

CATEGORIAS. HISTÓRIA DOS CONCEITOS, HISTÓRIA DAS IDEIAS, HISTÓRIA DOS DOGMAS JURÍDICOS

CATEGORIES. CONCEPTUAL HISTORY, HISTORY OF IDEAS, HISTORY OF LEGAL DOCTRINE

António Manuel Hespanha*

RESUMO: O projeto de uma história de categorias, como linha metodológica específica, tem que lutar em três frentes. Por um lado, tem que lutar na frente da "história social", contra aqueles que pensam - certamente vacinados pela história tradicional das ideias - que, como a história é feita de atos humanos e não de palavras, é aí, nesse plano de atos e comportamentos, que essa historiografia tem que assentar arraiais. A eventual lógica dos discursos estaria sujeita às restrições existentes na história das lutas sociais. Que, mesmo que haja um senso de discurso autônomo, ele tem que ser socialmente adequado, perdendo sua própria lógica e obedecendo à lógica dos "interesses" dos grupos de apropriação. Ou que os discursos são meras representações de práticas, dotados de uma eficácia social mais fraca do que os comportamentos não linguísticos. Por outro lado, a história das categorias tem que lutar contra uma história de ideias consideradas como a biografia intelectual dos autores. Finalmente, a história das categorias tem que lutar com a história dos conceitos, entendida como uma celebração de entidades intelectuais trans-históricas. Feita de grandes narrativas historiográficas sobre evolução histórica (não apenas materialismo histórico, mas também coisas como "modernização", "construção do Estado", "institucional ou racionalidade", nosso catálogo de direitos humanos), mas também de outras ferramentas de interpretação histórica universais e intemporais: conceitos eternos, modelos intemporais de cálculo pragmático e de motivações para agir, escalas de valores e estilos de vida. Como aqueles com que lida o narrativismo ingênuo.

PALAVRAS-CHAVE: História dos Conceitos. História Intelectual. Categorias. Descentramento do sujeito. Textualismo. Virada Discursiva.

SUSMÁRIO: Introdução: Categorias, Conceitos, Representações. 1 A Autonomia da História do Discurso. 2. As Gramáticas da Argumentação. 3 Os Constrangimentos do Discurso. 4 O Descentramento do Sujeito. 5 Culturas de Senso Comum, Culturas Divergentes e Biografias Intelectuais. 6 Discurso, Pensamento e Ação. 7 Arqueologia dos Saberes e Orientações Vizinhas. 8 E a História do Direito? Referências.

ABSTRACT: *The design of a history of categories, as a specific methodological line, has to fight on three fronts. On the one hand, it has to fight in front of "social history", against those who think - certainly vaccinated by the traditional history of ideas - that, as history is made of human acts and not of words, it is there, in this plane of acts and behaviors, that historiography has to settle its camp. The possible logic of discourses would be subject to the constraints existing in the history of social struggles. That, even if there is an autonomous sense of discourse, this has to be socially appropriate, losing its own logic and obeying to the logic of the "interests" of appropriating groups. Or that discourses are merely representations of practices, endowed with a social effectiveness weaker than non-linguistic behaviors. On the other hand, the history of categories has to fight against a history of ideas considered as the intellectual biography of the authors. Finally, the history of categories has to struggle with the history of the concepts as a celebration of trans-historical intellectual entities. Made of grand narratives of historians about historical evolution (not just historical materialism, but also things like "modernization", "state building", "institutional or rationality," our catalogue of human rights) or of everlasting concepts and also of intemporal models of pragmatic calculation and motivations to act, of scales of values, and life styles, as narrativism does.*

KEYWORDS: *Conceptual History. Intellectual History. Categories. Decentralization of the Subject. Textualization. Discursive Turn.*

* Doutor em História Política e Institucional pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade de Coimbra, Portugal. Doutor honoris causa pela Universidade de Lucerna, Itália, e pela Universidade Federal do Paraná. Pós-Graduado em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal. Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Portugal.

INTRODUÇÃO: CATEGORIAS, CONCEITOS, REPRESENTAÇÕES

O tema deste artigo é “categorias”. Podia chamar-lhes “imagens”, “representações” ou “conceitos”. Escolho a primeira palavra propositadamente. Categoria remete, na reflexão sobre o conhecimento, para a ideia de modelos de organização das percepções da “realidade”, se quisermos. Ou seja, conota uma capacidade activa, estruturante, criadora (*poiética*) na modelação do conhecimento. E este é um sinal metodológico que queria deixar desde já, o de que pressuponho que estas entidades a que me referirei têm essa capacidade de criar conhecimento (se não – adianto já toda a provocação... – de criar “realidade”).

Nisso “categoria” leva vantagem sobre as restantes palavras, nomeadamente sobre “imagem”, ou “representação”. Tradicionalmente, “imagem” ou “representação” eram palavras que denotavam alguma passividade. A *imagem* era a cópia, ou representação, de uma *coisa*. *Representar*, em termos jurídicos, era “estar em vez de”. Já em termos teatrais – e políticos, no Antigo Regime – era um tanto mais do que isso: era antes apresentar algo escondido, mesmo inevitavelmente escondido; com o que “representar” podia constituir a primeira visão de uma coisa, uma “apresentação”, como quando apresentamos – tornamos conhecidas pela primeira vez - pessoas. Assim, o reino, como corpo místico, via-se pela primeira vez (apresentava-se) nas cortes (Hofmann, 1974; Cappellini, 1987). Com isto, já havia alguma novidade e criação.

Hoje em dia, os historiadores – mesmo aqueles que não se confessam de bom grado como construtivistas – fazem dos termos “imagens”, “imaginário” e “representação” um uso que lhes realça, além do aspecto arbitrário, o seu aspecto *poiético*. Ou seja, por um lado, sublinham que a imagem não mantém nenhum vínculo forçoso com a “realidade”, antes sendo criações autónomas dos sujeitos (colectivos, prefere-se hoje pensar). Por outro lado, realçam que, uma vez instalados, estes imaginários modelam as percepções, as avaliações, os comportamentos. Com esta revisão, o termos convém-me e, por isso o usarei por vezes, para evitar a monotonia do discurso. Em todo o caso, “categoria” tem uma vantagem suplementar – a de realçar o carácter orgânico, arrumado, destes quadros mentais: o facto de eles constituírem conjuntos tendencialmente coerentes entre si, com lógicas internas de organização e de desenvolvimento. Para além de que, apesar de tudo, me parece mais forte no termo “categoria” a evocação da sua natureza activamente organizadora.

Esta remissão para a lógica de organização existe também na palavra “conceito”. Na sua etimologia está o verbo latino *capere*, que significa agarrar, tomar; tal como, no correspondente alemão (*Begriff*), está o verbo *greifen*, com a mesma conotação activa, ao passo que ao sinónimo *Auffassung* subjaz o verbo *fassen*, agarrar, apanhar, tomar. O que me afasta da palavra é o facto de estar muito embebida por concepções racionalistas; por insinuar um esforço mental consciente e reflectido, típico dos pensadores e dos filósofos, gente de que não me vou ocupar muito, enquanto tais, ou seja, enquanto produtores conscientes e individualizados de ideias. Temo que, se optasse por falar de “conceitos”, se confundisse o meu trabalho com uma empresa de “história das ideias”, concebida como história de ilustres pensadores e dos seus intencionais pensamentos. E não é disso que vou tratar. Qualquer grande pensador que aqui surja aparece sem galões, reduzido a um soldado raso (eventualmente mais eloquente) de um grande exército anónimo. É certo que a ideia de uma “história dos conceitos”¹ foi relançada por Reinhart Koselleck com intenções muito semelhantes às que exprimi². Em todo o caso, o peso da palavra “conceito” ainda é, nos discursos usuais, demasiado para que se utilize sem a preocupação de se ser mal entendido, aproximando-nos à força de uma história individualista, subjectivista, intencionalista das construções intelectuais.

O projecto de uma história das categorias tem que combater em duas frentes. Por um lado, tem que combater, na frente da “história social”, aqueles que acham – decerto vacinados pela história tradicional das ideias – que, como a história se faz de actos humanos e não de palavras, é lá, nesse plano dos actos e comportamentos, que a historiografia tem que assentar arraiais. Claro que esses homens que agem também pensam e também falam. Mas esse pensar

¹ BÖDEKER (Ed.), 2001, com contributos de Reinhart Koselleck, Ulrich Ricken, Hans Erich Bödeker, Jacques Guilhaumou, Mark Bevir, Rüdiger Zill und Lutz Danneberg. Já a revista *Archiv für Begriffsgeschichte*, editada por Gunter Scholtz, em colaboração com Hans-Georg Gadamer e Karlfried Gründer (desde 1955), tinha a intenção de constituir um ponto de partida para um dicionário dos conceitos filosóficos. A obra de referência sobre a história dos conceitos de Koselleck é o seu texto “Sozialgeschichte und Begriffsgeschichte,” (KOSELLECK, 1986, p. 89–109; inicialmente [1987] publicado como introdução metodológica a CONZE; BRUNNE, *Geshchichtliche Grundbegriffe, Historisches Lexikon zur politischen-sozialen Sprache in Deutschland*, 1972-1997). Mais tarde, têm-se reunido os textos metodológicos de Koselleck: Reinhart Koselleck, *Le futur passé. Contribution à la sémantique des temps historiques* (KOSELLECK, 1990); *The Practice of Conceptual History: Timing History, Spacing Concepts* (KOSELLECK, 2002); *Begriffsgeschichten: Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache* (KOSELLECK, 2006). Para uma exploração desta corrente, são importantes: “Begriffsgeschichte and social history”, em *Economy and Society* (KOSELLECK, 1982); e, para uma importante contra-distinção de orientações vizinhas, Niels Akerstrom Andersen, *Understanding Foucault, Koselleck, Laclau, Luhmann*, (ANDERSEN, 2003).

² V. nota anterior. Fora da Alemanha, uma proposta semelhante tem sido avançada por J. G. A. Pocock, Quentin Skinner [TULLY (ed.), 1989]. Sobre esta riquíssima discussão v. Giuseppe Duso, *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica* (DUSO, 1999); e M. Barberis, *Libertà* (BARBERIS, 2002, “Introdução”).



e esse falar limitar-se-iam a pensar em *coisas* e a falar de *coisas*. Por outras palavras, os homens construiriam o pensamento a partir da “realidade”, avaliariam a realidade em função de “interesses” e, em função da realidade e da sua avaliação, assumiriam “comportamentos”, uns dos quais eram discursos, com os quais traduziriam em “palavras” o modo como viam e avaliavam a realidade e a forma como reagiriam; e que, de novo, seriam apreendidos por outros como “realidades”, avaliados segundo outros “interesses” e respondidos com outros “comportamentos”. “Interesses”, “realidades”, “comportamentos” seriam, em termos sociais, *coisas*. O resto, incluindo as “palavras”, seriam, nos mesmos termos, *não coisas*. Como a história social se devia ocupar de coisas, as ideias e as palavras não faziam parte dela, por justamente lhes faltar “espessura social”.

Hoje já poucos põem as coisas assim. Quase todos percebem que há mediações, refrações, criação: (i) na passagem da “realidade” à sua “representação” intelectual; (ii) na identificação dos nossos interesses; (iii) na avaliação da realidade em face deles; (iv) na formulação de programas de acção-resposta (reacção).

Mas algumas manhas persistem. Por exemplo, a de, quando se fala na autonomia e criatividade dos discursos e das suas figuras, se responder com o facto de que estes não falam por si, mas que são *apropriados* socialmente. E que, sendo-o, perdem uma lógica própria e se dobram à lógica dos “interesses” dos grupos apropriadores. E, com isto, voltamos à vaca fria. Pois os tais “interesses” voltaram a ser *coisas* perante as quais as palavras recebidas (“apropriadas”, tornadas “coisa própria” pelas imperiais coisas) voltaram a perder qualquer autonomia). Que existe uma sobre-determinação de sentido local sobre o sentido geral, que falamos, ouvimos, sentimos, avaliamos “em situação” e que isso redefine os sentidos gerais, isso parece evidente. Mas que essa redefinição decorra de “interesses em bruto”, no “estado de natureza”, não mediados por representações “internas” particulares, isso já é uma coisa totalmente diferente.

Outra via de recuperar a soberania das *coisas* é a de, falando-se em discursos, se responder com as *práticas*. As práticas serão, naturalmente, *coisas*. Puras e duras. Gestos, gestos cruzados, contra-gestos, contagens, frequências, viagens, tiros, cópulas, cultivos. Coisas meramente exteriores, sem qualquer interioridade. Uma vénia já é duvidoso que seja uma “coisa”; uma palavra, quase nunca; uma ideia, isso jamais. Se houver uma qualquer dimensão interior na prática, ela já deixa de ser prática e passa a representação. E estas nunca fecundariam as práticas. Trata-se, na verdade, apenas de uma maneira de simular alguma abertura às



representações, por quem, na verdade, crê que elas cantam ociosamente, enquanto as práticas, afanosamente, constroem a história. Bondosamente, sugere-se agora que a formiga às vezes para um bocadinho para ouvir a cigarra. Mas segue, imperturbada, a sua lida.

Num texto de síntese, KOSELLECK (1990) identifica algumas situações peculiares de autonomia dos discursos.

A primeira delas parece banal; mas contém mais de razão que aquilo que aparenta. Trata-se do uso de conceitos técnicos ou enfaticamente carregados de sentido. Uns e outros têm uma evidente espessura, que os faz dizer para além do que aquilo que os locutores querem. No primeiro caso – de que os exemplos típicos são as linguagens formalizadas, como, por exemplo, as linguagens de programação dos dias de hoje –, estamos perante aquilo a que Umberto ECO (1990) chamou os “limites da interpretação”: o conceito, na sua fixidez técnica ou formalista, resiste à “apropriação”. E, por isso, a “história social” não tem grande volta a dar-lhe. Dir-se-á que, na longa duração, isto raramente ou nunca acontece, pois não há formalismo que resista ao tempo. É verdade, mas, no curto e médio termo, é claro que há discursos e categorias não disponíveis. Existe, no entanto, uma segunda espécie de indisponibilidade: a dos conceitos tão carregados de sentido que este sentido (positivo ou negativo) sobre-investe o sentido dos utilizadores. As categorias dizem mais do que se quer, têm sentidos preter-intencionais. É por isso que nem um honesto ateu está à vontade com a palavra Deus; ou que um rebento das boas velhas famílias portuguesas nunca usa, deliberadamente, a rabiosa palavra “vermelho”, mas apenas “encarnado”. Num plano menos fútil, Koselleck descreve o impacto objectivo de palavras polémicas na história política europeia, como “revolução”, “feudal”, “cidadão”. Mesmo ciciada, melosamente insinuada, “revolução” é sempre Revolução (KOSELLECK, 1990, 103). Daí que estas palavras fecundas não sejam domesticamente apropriáveis, senão limitadamente, pelos grupos sociais. Realmente, elas estão antes deles; fazem eventualmente os grupos sociais (CERRUTI, 1995).

Mas estas situações não esgotam o fenómeno da autonomia dos discursos e a necessidade de os tomar como objetos autónomos de história. E com isto entramos num segundo aspecto da autonomia da história dos discursos. Os discursos como palcos de lutas sociais. As categorias como praças fortes que se conquistam ou se perdem, na luta social.

1 A AUTONOMIA DA HISTÓRIA DO DISCURSO

Realmente, muitos nomes não são apenas nomes. “Intelectual”, “burguês”, “proletário”, “homem”, “demente”, “rústico”, são, além de sons e letras, estatutos sociais pelos quais se luta, para entrar neles ou para sair deles. Numa sociedade de classificações ratificadas pelo direito, como a sociedade de Antigo Regime, estes estatutos eram coisas muito expressamente tangíveis, comportando direitos e deveres específicos, taxativamente identificados pelo direito. Daí que ter um ou outro destes nomes era dispor de um ou outro estatuto. Daí que, por outro lado, classificar alguém era marcar a sua posição jurídica e política. A mobilidade de estatuto que então existia não era tanto uma mobilidade *social*, nos termos em que hoje a entendemos (enriquecer, estudar, melhorar o círculo das suas relações, mudar de bairro); era antes e sobretudo uma mobilidade onomástica ou *taxinômica* – conseguir mudar de nome, conseguir mudar de designação, de categoria (discursiva), de estado (nobre, fidalgo, jurista, peão, lavrador). Claro que a mudança de vida podia ser importância; mas quem decidia dessa importância era a própria entidade conceptual que designava o estado pretendido. Ou seja, era o conceito de nobreza (a definição da categoria da nobreza) que decidia que mudanças de vida eram necessárias para se ser admitido.

Pierre Bourdieu generalizou esta perspectiva a todos os mecanismos de distinção social, construindo uma teoria geral sobre o modo de organizar estratégias de luta por símbolos, por marcas de distinção (BOURDIEU, 1979). E também explicou que, já quando se fala, se estão a fazer coisas muito mais complicadas do que designar objectos existentes aí, em estado bruto, fora do discurso. Na verdade, não apenas se estão a construir, de novo, objectos; como se está a construir poder, por vezes um poder imenso, com essas coisinhas aparentemente voláteis e frágeis que são as palavras, mas que, na realidade, podem fazer coisas (BOURDIEU, 1982).

Por isso é que podemos encarar a categorização social como uma forma de institucionalização de laços políticos e as tentativas de re-categorização como uma espécie de revolução. Simona Cerruti estudou este impacto político das categorias na sociedade torinense dos fins do Antigo Regime e o modo como a reforma social e política passava sobretudo pelo refazer do âmbito e hierarquia dessas categorias. Em Portugal, Nuno Monteiro e Fernanda Olival, entre outros, têm, por sua vez, estudado as lutas pelo poder de classificar. Os seus trabalhos mostram a persistência da política da coroa para se arrogar o direito de classificar pessoas como nobres (nobilitar) (MONTEIRO, 2000), ou como cavaleiros das ordens militares

(OLIVAL, 2002), enquanto a nobreza mais antiga e os juristas – cada grupo pelas suas razões – se manifestavam frequentemente no sentido de que essa classificação fosse feita pela “natureza”, pelo valor, pelos usos e fama estabelecidos, níveis de leitura em que eles eram os peritos com o poder de classificar (HESPANHA, 1993).

Num estudo de há uns anos mostrei como o uso pelos juristas medievais de categorias de classificação dos oficiais públicos provindas do império bizantino, e já sem qualquer correspondência com a realidade político-administrativa, tinha efeitos políticos concretos, inculcando a ideia de centralização política e de hierarquia dos funcionários entre si (Hespanha, 1984). Neste caso, o conjunto das categorias nem sequer é aplicado a pessoas. Apenas funciona como um modelo de organização política com o qual a situação administrativa instalada é continuamente confrontada, sendo por ele avaliada e paulatinamente conformada.

O próprio facto de estas categorias serem objecto de um confronto social – i.e., de os seus contornos e conteúdos serem objecto de despique – fá-las, evidentemente, mover. Mas apenas nos termos de uma gramática que é a delas. Ou seja, é o próprio sistema das categorias que selecciona as regras da luta. Nem todos os argumentos serviam, nem todas as autoridades eram sempre invocáveis, nem todos os limites eram sempre ultrapassáveis (KOSELLECK, 1990, 103).

2 AS GRAMÁTICAS DA ARGUMENTAÇÃO

Mas não é apenas no plano da categorização que os conceitos têm um impacto nas lutas sociais. Todo o conflito é, de algum modo, *raisonné*. Ou seja, debate-se mais do que se combate. Esgrimem-se argumentos, tentando desvalorizar os argumentos do adversário e reforçar o consenso social sobre os nossos. Argumentos, há-os para todos os gostos e para todas as causas. As Escrituras Sagradas e a tradição textual do direito (nomeadamente, o *Corpus iuris civilis*) foram fontes inesgotáveis de muito variadas de tópicos políticos. Mas também os argumentos são relativamente indisponíveis. Quando a argumentação e a retórica constituíam a base dos estudos propedêuticos da universidade, todas as pessoas cultas, que participavam nos grandes debates, estavam conscientes das regras de uso de cada argumento. Para isso existiam os tratados *De argumentibus et locis communibus* (Dos argumentos e lugares comuns). Hoje, não dispomos deste ensino formal. Mas cada argumento, para além de ter as suas regras próprias, chama por outros ou repele outros. Realmente, o campo dos argumentos está organizado por



regras de implicação, de simpatia, de antipatia ou de exclusão. De tal modo que o uso de um tópico conveniente pode implicar a aceitação de outros muito inconvenientes. Por exemplo, e como veremos mais tarde, era conveniente, para a justificação da escravatura, aceitar o tópico aristotélico de que havia homens que, por natureza, estavam destinados a servir. Mas a aceitação deste tópico implicava reconhecer algo que podia ser social e politicamente incómodo, embora numa outra região do discurso: ou seja, que o género humano não era uno e que, portanto, a Salvação não podia ser universal.³

Ou seja, nem tudo se pode invocar. E, mais do que isso, invocar certas razões pode ter consequências indesejadas e indesejáveis. De onde, as intenções políticas de quem fala – as “razões dos políticos”, colhidas na história política conjuntural – podem não ser a única instância decisiva do que é dito. A lógica interna do próprio discurso em que essas intenções se exprimem fornece, seguramente, uma outra leitura. Também os argumentos de quem fala existem previamente nas memórias tópicas – no senso comum – de uma cultura local (por exemplo, a cultura política, ou a cultura parlamentar); têm regras de uso, competências demonstrativas limitadas e organizam-se entre si segundo relações objectivas.

É este facto da relativa indisponibilidade do discurso pelos falantes⁴ que autoriza uma história autónoma das categorias e dos discursos. KOSELLECK (1990, p. 110) exprime esta ideia com nitidez:

cada conceito abre certos horizontes, tal como fecha outros, define experiências possíveis e teorias pensáveis ... A linguagem conceptual é um médium dotado da sua própria coesão que permite exprimir tanto a capacidade de experiência (*Erfahrungsfähigkeit*) como a dimensão teórica (*Theoriehaltigkeit*).

Koselleck vai bem fundo na justificação do carácter criativo do discurso. Na verdade, ele sublinha o modo como o discurso conforma a própria vida: ao pré-determinar a sua apreensão (experiência). Poder-se-ia acrescentar: ao avaliar essa experiência, ao identificar os interesses, ao escolher os comportamentos. Em suma, antes dos momentos pragmáticos, existem sempre momentos “dogmáticos”.

³ Sobre este tema da cogência das regras de argumentação, o melhor é, ainda, PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 1958; e VALLAURI, 1975.

⁴ Pode ir-se mais longe neste “descentramento do sujeito locutor”. Do discurso pode passar-se à materialidade do suporte da comunicação: a oralidade, a escrita; ou, mesmo, a materialidade do *layout* tipográfico, como tem sido sugerido pela *material bibliography* e pelos estudos de história do livro.

Daí que, muito coerentemente, Koselleck inclua a história das categorias no âmbito da história estrutural. As categorias constituem, de facto, modelos muito permanentes de atribuir sentido aos comportamentos individuais e individualizados – “cada um dos significados ligados a uma palavra ultrapassa a unicidade própria dos acontecimentos históricos” (KOSELLECK, 1990, p. 115). Tal como as estruturas (virtuais) da língua (*langue*) atribuem sentido à língua falada (*langage*) e aos actos de fala (*linguistic utterances*). É neste sentido que as categorias conceituais escapam a uma história cronológica dos seus sucessivos usos, reclamando antes uma história da gramática abstracta que dá sentido aos seus usos verificados e a verificar. A história de um conceito não é, por isso, uma mera cronologia, uma narrativa empirista de usos, comportando, também, aspectos sistémicos. Por isso, o autor afirma (*id, ibid*):

Uma vez “forjado”, um conceito contém, pelo único facto de constituir “língua”, a possibilidade de ser empregue de forma generalizante, de constituir um elemento de tipologia ou de abrir perspectivas de comparação ... Os conceitos não nos informam somente do carácter único dos significados passados, mas contém possibilidades estruturais, apresentam estruturas contemporâneas em conjunto com outras que o não são, de uma forma que que não é possível reduzir ao simples desenrolar dos acontecimentos na história.

13

3 OS CONSTRANGIMENTOS DO DISCURSO

De onde vem à categoria esta autonomia frente à história? Se não vem das intenções dos locutores ou dos interesses dos grupos, de onde surge este seu poder de organizar as vidas?

Há mais de cinquenta anos, Michel FOUCAULT (1966) escreveu um livro muito importante sobre as categorias da cultura clássica europeia, descrevendo aquilo que, a um nível muito profundo, o das suas categorias mais fundamentais, separara essa cultura, quer da anterior quer da de hoje. Para descrever essas grandes formas culturais, essas molduras mais gerais do conhecimento, Foucault cunhou um conceito, o de *episteme*. Num momento em que as explicações sociologistas da história cultural tinham um impacto muito forte na cultura universitária francesa, Foucault foi severamente criticado pelo facto de não providenciar uma explicação sociológica para a génese destes modelos intelectuais.

Três anos depois, um novo livro aparece expressa e exclusivamente dedicado a explicitar a sua metodologia subjacente (FOUCAULT, 1969). O seu título – *L'archéologie du savoir* – remete já para a ideia de que o saber tem uma “origem”. Só que Foucault recusa enfaticamente uma concepção “humanista” desta origem, quer ela estivesse num sujeito

individual (psicologismo, racionalismo clássico), quer num sujeito colectivo (sociologismo, nomeadamente o materialismo histórico da vulgata estabelecida, que não inclui toda a sociologia cultural marxista, nomeadamente a gramsciana e pós-gramsciana). Essa origem encontra-a Foucault em dispositivos materiais da produção cultural – desde as tradições textuais aos circuitos de comunicação, desde as bibliotecas aos “campos de objectos” disponíveis para serem falados, desde as linguagens técnicas aos arquivos da memória cultural invocados, desde as formas de divisão social e de institucionalização do trabalho intelectual às suas relações com as estruturas sociais mais globais. É nesses *dispositivos* e nas práticas discursivas que eles suscitam que as *formações discursivas*, ou seja, as particulares configurações dos discursos num determinado período, têm a sua origem.

Glosado e adaptado de muitas formas, por vezes desenvolvido e estendido no seu âmbito de aplicação, este texto continua, a meu ver, a ter uma enorme operacionalidade na resposta à questão acima formulada. Os discursos não vêm do nada, nem vêm de um Todo que seja a Razão universal. Mas também não são, tão pouco, a expressão, dócil e disponível, de intenções dos sujeitos. Vêm da realidade objectiva das práticas de discurso, em que, seguramente, há sujeitos que falam e que escutam; mas em que uns e outros falam e escutam em lugares e com meios sobre os quais não dispõem de um poder de conformação. Estas práticas fazem parte da história, mas de uma história em que, no centro, não está o Sujeito, com o seu poder de atribuição de sentido. Mas antes dispositivos objectivos que, objectivamente, constituem os sentidos possíveis. Dispositivos, uns intelectuais, outros materiais, outros sociais. Entre os primeiros estão as nossas categorias.

Sem querer dar ao tema um desenvolvimento que aqui seria desproporcionado, remeto, com estas linhas, para *L'archéologie du savoir*, um obra canónica, que estabelece a base teórica e metodológica de que aqui parto e que explicitarei melhor – com especial aplicação aos discursos dos juristas – em outros lugares (HESPANHA, 1978, 1990, 1994).

4 O DESCENTRAMENTO DO SUJEITO

Na obra de M. Foucault, esta ideia de “descentramento do sujeito”, de substituição do sujeito como instituidor do sentido dos discursos por estruturas objectivas de produção discursiva não abria explicitamente para aquilo que se veio a chamar “bibliografia material”. Ou seja, para a ideia de que na génese dos sentidos do discurso podem estar elementos

puramente materiais dos suportes da comunicação. Embora esta ideia – que seguramente agradaria a Foucault – já tivesse sido suficientemente explicitada por Walter Ong, no final dos anos 1950, a propósito da história da lógica ocidental (ONG, 1958). Para ele, a evolução de um pensamento argumentativo, dominante até ao séc. XVI, para um pensamento sistemático, cujo emblema vem a ser a nova lógica de Pierre de la Ramée (Petrus Ramus), relaciona-se estreitamente com a difusão massiva da imprensa e com uma nova organização da página escrita – a “folha corrida”, substituindo o fólio glosado, em que o texto canónico aparece rodeado dos comentários (individualizados) de sucessivos autores.⁵

Alguns anos depois, Marshall MCLUHAN (1962, 1964) voltou ao tema da influencia da estrutura material dos *media* na criação de sentido, alargando o âmbito da discussão aos novos “textos” da galáxia audio-visual, por oposição à galáxia do impresso.⁶ Do lado da antropologia, o tema é completado por Jack GOODY (1977), numa obra clássica sobre o modo como a oralidade e a escrita condicionam o pensamento, mesmo nas suas operações mais básicas, como listar, analisar, sistematizar, contextualizar (ver também GOODY, 1968). Até que o tema surge também num seu lugar natural – a história do livro –, com a redefinição do próprio conceito de “bibliografia”, levada a cabo por Donald F. McKenzie, de modo a incorporar no estudo dos textos todos os elementos que contribuem para lhes dar sentido, começando pela sua apresentação gráfica, da responsabilidade dos editores e, antes deles, da própria organização da produção material do livro.⁷

Perspectivas deste tipo têm dois tipos de consequências. Por um lado, afastam a ideia de sujeito e de intencionalidade do sentido ainda mais do centro da interpretação e da constituição das categorias. Por outro, convidam a um estudo das origens do sentido – a uma “arqueologia dos saberes” – muito atenta aos detalhes mais materiais da comunicação. Ou seja, no caso dos impressos: a estrutura do trabalho editorial e as suas consequências no livro,⁸ a

⁵ O fólio glosado, materializando graficamente a situação discursiva de diálogo, de posições dissonantes e não integradas, era menos compatível com a arte tipográfica do que a folha corrida. Mas esta, promovia a redução da pluralidade de opiniões a uma exposição sistemática. Ver do mesmo ONG (1967, 1971, 1982).

⁶ Considere-se também, no seu conjunto, a reflexão da escola canadiana de teoria da informação (McLuhan, Havelock, Ong, Innis) – ver TABBI (1998).

⁷ Ver MCKENZIE (1986), bem como os seus ensaios recolhidos em MCDONALD; SUAREZ (2002). Especificamente sobre o novo conceito de bibliografia (material ou analítica), cf. a primeira obra, p. 9 e ss. Note-se que McKenzie se refere a um conceito muito alargado de texto, que engloba a escrita, a imagem parada ou em movimento, o som, etc.

⁸ Ver “Printers of the Mind: Some Notes on Bibliographical Theories and Printing-House Practices”, em MCDONALD; SUAREZ (2002, p. 13-85).

organização da página,⁹ os tipos,¹⁰ o uso das maiúsculas,¹¹ a divisão do texto impresso,¹² a “ilustração” do texto, o número de páginas,¹³ o formato do livro, a organização das bibliotecas e as suas políticas de aquisições,¹⁴ a própria forma escrita e os significados que ela pode revestir para os seus utilizadores.¹⁵ A obra de McKenzie, um erudito estudioso da edição (além de, no começo da sua vida profissional, ter sido ele mesmo um tipógrafo), está repleta de exemplos de todo o peso que estes elementos materiais têm na produção de sentido. E, passados anos, esta ideia do condicionamento do conteúdo pela forma impactou fortemente sobre, por exemplo, a história do direito, a ponto de levar a uma historiografia jurídica orientada para o estudo dos meios de comunicação do direito¹⁶.

Mas – abordando agora a questão de outro ponto de vista – fará sentido a teoria da acção implícita nesta estratégia de explicação histórica, na qual modelos ou horizontes mentais tendem a pre-formar, tanto o diagnóstico das situações, como as estratégias de comportamento, e em que o *macro* é a condição da interpretação do *micro*?¹⁷

Sirva-me de contra-exemplo a atual tendência para centrar todo o sentido no *caso*, que, na suas características irrepetíveis e irredutivelmente complexas, construiria os sujeitos da acção (ou seja, os poria em acção). Ou melhor, os poria em *acções*, já que a complexidade das situações e dos sentidos que os contextos envolvem é múltipla e inesgotável. Uma visão destas tem várias consequências historiográficas, diametralmente oposta às que adopto.

A primeira é a de que todas as evocações de quadros gerais de referência – ou horizontes de expectativas, ou quadros de avaliação, ou padrões de valoração – são deliberadamente

⁹ Tentei isso, com uma imaginação algo arriscada, em HESPANHA (2007).

¹⁰ Ver “Indenting the Stick in the First Quarto of King Lear (1608)”, ou “Stretching a Point: Or, the Case of the Spaced-out Comps”, em MCDONALD; SUAREZ (2002, p. 86-109).

¹¹ Ver o meu HESPANHA (1972).

¹² MCKENZIE (1986, p. 56) refere um dito de Th. Hobbes sobre o impacto que a atomização da Bíblia em versículos teria tido na sua apropriação por várias seitas cristãs.

¹³ O exemplo aduzido por McKenzie é tirado de James Joyce, adaptando o número de páginas à sugestão subliminar da importância do número 13.

¹⁴ Ver “Our Textual Definition of the Future: The New English Imperialism?” em MCDONALD; SUAREZ (2002, p. 276 e ss).

¹⁵ Notável a sua análise do Tratado de Waitangi, celebrado em 1840 entre a coroa britânica e 46 chefes maori, em “The sociology of a text: oral culture, literacy, and print in early New Zealand”, em MCDONALD; SUAREZ (2002, p. 77-130). Sobre as transições de suporte comunicativo, mas na Europa do séc. XVII, v. “Speech—Manuscript—Print”, em MCDONALD; SUAREZ (2002, 237-258).

¹⁶ Ver VESTING (2011-2015) e as recensões e descrição deste projeto em: <<http://archiv.ub.uni-marburg.de/ep/0002/article/viewFile/2998/2898>>. Acesso em: 01 ago. 2018. Quanto à sua aplicação, ver HESPANHA (no prelo).

¹⁷ Sobre a oposição entre “macro-história” e “micro-história”, ver SCHLUMBOHM (1998), com contributos de Maurizio Gribaudi, Giovanni Levi, Jürgen Schlumbohm e Charles Tilly.

suspensos (ou mesmo definitivamente excluídos). Cultura de elites, cultura popular, sistemas de crenças, modelos de religiosidade, de disciplina, de poder e de resistência, regularidades disciplinares, quadros institucionais e, evidentemente, sistemas jurídicos, tudo isto são formas de iludir o verdadeiro sentido dos actos humanos, justamente porque são modelos gerais pelos quais a acção concreta nunca se deixa moldar. A segunda é pôr a tónica na recepção, mais do que na produção, tema um tanto trivial nos dias de hoje; mas que aqui aparece com uma coloração um pouco diferente das formulações clássicas, tanto ao substituir a noção de “horizonte pessoal de leitura” pelo de “contexto prático de utilização”, como ao propor uma capacidade poética ilimitada e arbitrária por parte dos leitores em situação.

A terceira é a de que a única escala de observação é, portanto, a pequena escala, aquela que reconstrói aquela situação que, por sua vez, constrói os actores, os lances (*enjeux*) e as estratégias. É claro que, se por “atender às situações” apenas se quer significar contextualizar adequadamente as “aplicações” de modelos gerais e verificar a ambivalência das suas apropriações, o método não passa de um truísmo. A quarta é a de que a interpretação das situações nunca fornece chaves que ultrapassem essa situação, uma vez que os contextos são irrepetíveis. Quando muito, facilita “alusões” (que bem se podem transformar em “ilusões”...). A reconstrução de um “objecto geral” – como “cultura política” - surge assim como um problema metodológico central. A quinta é que, vista esta irrepetibilidade dos contextos e a inextensibilidade dos modelos interpretativos, a narrativa histórica é inverificável. Por muito que se sobrecarreguem os textos de citações eruditas e de papelada de arquivo, ou por muito enfáticas, fortes ou mesmo terrorizantes que sejam as afirmações dos autores, as conclusões a que se chega são apenas problemáticas e provisórias alusões a sentidos inatingíveis, locais e efémeros.

5 CULTURAS DE SENSO COMUM, CULTURAS DIVERGENTES E BIOGRAFIAS INTELECTUAIS

Seja como for. As questões postas ao modelo que proponho (que é também o que tenho cultivado, mas nem sempre aquele que tenho sugerido...) não deixam de ser pertinentes. A meu ver, sobretudo em dois pontos. Primeiro, quando se reclama uma melhor dilucidação da tensão entre categorias culturais dominantes (simplificando um pouco, de senso comum) e categorias alternativas, bem como uma atenta ponderação dos seus equilíbrios. Segundo, quando se insiste

na necessidade de uma melhor explicitação da matriz de transações que, num contexto determinado, se realizam entre o modelo do senso comum e os impulsos induzidos pela situação concreta.

A minha convicção pessoal é a de que existem matrizes gerais de percepção, avaliação e reacção, que são históricas e integram do senso comum. Que estas, tendo espaços de incerteza e limites de variação, são tendencialmente coerentes. Que é disso que se fala quando se fala de categorias de senso comum. E que este senso comum – mais do que as situações que nos enredam – pesa duramente sobre as nossas vidas. Neste sentido, creio que a história da cultura comum, como a que tento fazer e como a que outros têm feito, tem um sentido explicativo muito grande, sobretudo se se quiserem entender os processos sociais seriais e massivos. Não me comove muito o descentramento do sujeito que com isto se opera. Por um lado, porque não creio que do seu descentramento venha algum mal à história; mas, mesmo que viesse, o sujeito não é menos descentrado se o escravizarmos à lógica das situações concretas. O ponto teórico crítico, aqui, é outro. É o da capacidade trans-histórica de aceder a esses universos categoriais dadores de sentido. Porém, tenho que dizer que não conheço nenhum fundamento metodológico que garanta que, se descermos do macro para o micro, das categorias para as práticas, das estruturas para os indivíduos, esses problemas de inacessibilidade desapareçam.

Esta última observação permite-nos um curto excursão sobre uma das novas modas da história – a biografia. Nos últimos tempos, a biografia ficou de moda. Os méritos da novidade vão para um grupo de companheiros de ofício, de inspiração relativamente consistente, com referências culturais também bastante partilhadas e todos eles comungando, se não me engano, de um certo desfastio pela história chamada estrutural. Em comum têm também a escrita sedutora e um bom conhecimento, pelo menos ao nível que lhes interessa, do período sobre que trabalham¹⁸.

Na teorização desta história biografia, a que também chamam “política”, ressaltam sobretudo duas ideias-chave. Uma delas é a recusa de esquemas interpretativos “fortes”, daqueles usados pelos cientistas sociais dos vários matizes, substituindo-os por uma interpretação “evidente” (pelo menos, de “senso comum”), do género daquela que nós usamos para nos orientarmos na vida. O que, sendo pacífico para nós interpretarmos a vida de hoje, é

¹⁸ Em Portugal, a teorizadora desta nova história política, entendida como história biográfica, tem sido Fátima Bonifácio. Os “operacionais” são vários, colaborando muitos deles no número [tal] da *Análise social*, dedicado ao tema.

bastante mais problemático para nós interpretarmos a vida de há muitos anos. Os nossos filhos sabem disso, quando procuram entender os pais; e nós próprios o sabemos também quando temos a sorte de ainda poder tentar entender os nossos. Na minha opinião, por detrás da “evidência” de alguns enredos, podem esconder-se retroprojeções da sensibilidade de hoje. E isto, já se vê, tem perigos graves. A outra ideia-chave do nóvel biografismo é a de que são os homens concretos – e não os desenvolvimentos anónimos “das estruturas”, também mentais – que modelam a história. Mas como não são muitos os homens que estão em condições de modelar a história – pelo menos, a história de um país –, quem acaba por interessar a esta corrente historiográfica são os “grandes homens”, nomeadamente os “grandes políticos”.

A “grande biografia” exige, em princípio, um “grande biografado” (pressupondo, naturalmente, que é escrita por um grande biógrafo). Na sua falta, a biografia transforma-se num acto de cruel assassinato de um personagem, sempre confrontado com o personagem ideal que nunca foi, que nas condições não poderia ter sido e que porventura nem sequer quis ser. Ressalvado o livro de Vasco Pulido VALENTE (2001), que pode ser a boa contraprova do que acabo de dizer, e a reabilitação de João Franco, da autoria de Rui RAMOS (2001), a última literatura, e não apenas deste género, sobre o século XIX português tem ganho, por isso mesmo, um tom ácido, corrosivo, e sub-repticiamente moralista, de inventariação de mediocridades; que só não espanta muito porque parece herdeira da auto-avaliação dos próprios contemporâneos, também eles cultivando já um juízo azedo sobre uma sociedade que, um pouco olímpicamente, consideravam decadente. Para além de que, no mínimo, esta pré-compreensão implica um confronto sem sentido entre “países modelos” (a Inglaterra, a Prússia, a França) e “países medíocres” (designadamente, Portugal).

Dáí que, voltando um pouco atrás, talvez se deva repensar a hipótese mais tradicional de investigar a vida dos outros homens, traçando os tais grandes frescos sociais ou mentais – que, necessariamente, haverão de ser informados por algum modelo interpretativo geral –, de onde resultem os grandes cenários (económicos, culturais, institucionais, jurídicos) em que os homens – pequenos e grandes – se movem. E aí retornaremos, seguramente, a uma história das categorias, dos sentidos comuns, mais gerais ou mais locais, que comandavam os cálculos pragmáticos, que definiam, por exemplo, o que era “glória”, e, depois, que papel a sua busca devia ocupar numa estratégia de vida.

Em suma. O que se pretende aqui sublinhar é a necessidade de ter em conta o modo de transacção entre ideias e interesses, entendidos estes últimos como os resultados mais directos

da interacção social.¹⁹ Poder-se-á então entender como um sistema de ideias (o liberal), cuja lógica era a da generalização absoluta da cidadania, posto em contacto com um certo "ambiente" de práticas e interesses políticos inóspito a essa generalização, é deformado por ele, e obriga a desenvolver elementos teóricos capazes de introduzir critérios selectivos nas anteriores teorias da nação e do indivíduo.

É justamente este tipo mediatizado de conversação entre “sistema” e “ambiente”²⁰ que permite ultrapassar, quer uma história das ideias que ignora os mecanismos de transacção com o exterior do sistema ideológico, quer com uma história social (ou uma história política) que pressupõe que as "ideias" são ilimitadamente mobilizáveis e disponibilmente funcionalizáveis a quaisquer projectos, estratégias ou interesses sociais e políticos. Assim, o que aqui nos interessa é sublinhar o modo como interesses até aí justificados teoricamente nos quadros de uma concepção - que, por motivos também teóricos, deixou de poder servir - buscaram novas justificações nos quadros da nova teoria, para poderem sobreviver socialmente. E, ao mesmo tempo, é ver esta teoria a alterar-se si mesma para poder incluir em si desenvolvimentos capazes de justificar os novos/antigos interesses. O processo pode ser assim descrito: uma nova teoria deslegitima interesses estabelecidos. Nem a primeira nem os segundos podem ser sacrificados. Assim, a teoria tem que se equipar com módulos teóricos suplementares que permitam re-legitimar (em novos quadros) os interesses “permanentes / subsistentes”.

Apenas mais uma nota sobre “interesses”. Interesses são também, muito claramente, representações, neste caso acerca das vantagens (ou inconvenientes) do alargamento do universo político a certas categorias pessoas. Mas, ao estudarmos estes interesses, não estamos a tocar numa realidade bruta (isto é, não mediatizada por representações). Pelo contrário, estamos em pleno mundo das imagens e de representações acerca de categorias de pessoas e

¹⁹ Alguma literatura acerca da história dos interesses tem salientado como estes são inevitavelmente mediatizados pelas representações da “realidade social”, e, deste modo, como tão pouco eles escapam à capacidade poética das categorias. Cf. ORNAGHI; COTELLESA (2000).

²⁰ Com estas referências a “sistema” e “ambiente”, remeto para os modelos teóricos auto-poiéticos, que me parecem muito produtivos neste contexto. Cf., por todos, LUHMANN (1990). No mesmo sentido de evocação de uma perspectiva sistémica, ver a seguinte formulação de M. Barberis: “Si potrebbe forse aggiungere — riformulando le posizioni della Storia concettuale e della Scuola di Cambridge nel gergo dell’evoluzionismo filosofico — che i concetti giuspolitici nascono ed evolvono come le specie naturali, adattandosi ai mutamenti dell’ambiente. Coloro i quali, nei diversi contesti storici, partecipano ai giochi della politica o del diritto, compiono certo atti intenzionali, come deliberate mosse del gioco; tali atti intenzionali, però, generano spesso effetti inintenzionali, né voluti né previsti dagli autori, fra i quali occorre annoverare gli stessi concetti, sempre intesi come regole d’uso del linguaggio. Dunque, i concetti si formano e si affermano compatibilmente con le esigenze dell’ambiente, e sopravvivono solo a patto di adattarsi ai mutamenti di questo” (BARBERIS, 1999).

acerca de vantagens e desvantagens políticas. Identificamos mulheres, dementes, falidos, loucos, menores, a partir das imagens (dos esquemas de percepção) que aplicamos à realidade contínua do universo dos nossos parceiros sociais. Atribuímos ou não vantagens à sua participação política, em função imagens sobre as suas qualidades, sobre a ordem política, sobre as nossas qualidades e, finalmente, sobre o que nos convém da ordem política.²¹

6 DISCURSO, PENSAMENTO E AÇÃO

Merece a pena identificar melhor a novidade destas perspectivas metodológicas propostas relativamente ao objeto e objetivo da narrativa histórica, nomeadamente quanto a esta valorização respetiva entre “o pensamento” e “a ação”.

Os modos de fazer história não estão tipificados. Cada um pode escolher um pouco mais disto ou um pouco mais daquilo. Mas não é mau, a bem da clareza sobre o que se está a fazer, que se distingam entre si as narrativas históricas típicas. A historiografia mais tradicional identificava “factos empíricos”, como realidades externas (postos, positivos) e descrevia-os. Depois, a historiografia das ideias considerou que esses factos não eram senão a concretização de representações intelectuais internas e dedicou-se a descrevê-las. Ou pura exterioridade, ou pura interioridade. Superar este dualismo foi a proposta de certas correntes do pensamento social, ainda presas, fundamentalmente, a perspectivas dualistas. Ora o “materialismo” (marxista ou não), considerando as ideias como reflexos dos factos; ora o “idealismo”, considerando os factos como projeções das ideias. É neste contexto que se têm que valorizar diversos modelos metodológicos que autonomizam um terceiro nível da prática humana, como que situado entre o pensamento e a ação – a ação discursiva ou comunicativa, que produz um sentido objetivado.

Um destes modelos foca-se nos atos de fala (*speech acts*) – ou na ação comunicativa (*kommunikatives Handeln*) –, como atos humanos comunicativos, ou seja atos humanos que exprimem um sentido partilhado entre agentes emissores e agentes recetores. Esta partilha implica que o sentido do ato deixa de ser o sentido pensado e passa a ser algo de autónomo do emissor, algo de intersubjetivo, que torna possível a comunicação entre o autor e o destinatário. Mas significa também que é algo de diferente do sentido do leitor individual, o que permite a comunicação transversal entre um auditório (de recetores). Por isso, deixam de ser relevantes

²¹ Sobre o carácter construído do “interesse”, ORNAGHI, 2000; LORENZO; COTELLESA, 2000, “Introduzione”.



as ideias-antes-da-comunicação (história das ideias), bem como a relação “de influência” entre duas pessoas (história “das influências”), já que as “ideias” só podem ser identificadas quando expressas por atos de fala, com o seu sentido objetivo, e as influências entre duas pessoas são sempre mediadas por um código autónomo de comunicação. Por isso também, tendem a perder relevância os “grandes autores”, o cânon literário, a biografia intelectual e, em contrapartida, tende a ser preferido o estudo dos factos massivos de comunicação, aquilo que normalmente / habitualmente acontece na ação comunicativa.

Há, no entanto, quem continue a insistir na capacidade individual de alterar o código comunicativo e, por isso, realce a importância dos grandes autores, que foram capazes de introduzir alterações nesse código, criando novos sentidos e deslocando sentidos estabelecidos. Não se negando a importância conformadora (propiciadora, modeladora e limitativa) do sentido intersubjetivo, assume-se que este sentido pode ser modificado por atos de fala dissidentes e poderosos, provindos de uma elite de criadores que escaparam aos condicionamentos do código, tanto ao criar como ao comunicar as suas criações. Assim, a crítica literária de Harold Bloom (1930-...) distingue enfaticamente o ato de produção de sentido pelos grandes autores que formaram o cânone ocidental, tanto dos sentidos comuns em que criaram e transmitiram as criações, como daqueles que têm conformado a sucessiva receção das suas obras.

Todo o peso desta teoria depende da possibilidade de demonstrar várias coisas. Em primeiro lugar, que as modificações do código de comunicação se relacionam com a novidade dos sentidos introduzida por um autor (por uma obra). Mais difícil ainda, que esta novidade não foi condicionada pelo impacto desse código nas representações interiores desse autor ou pelas leituras que o autor (a obra) sucessivamente foi tendo. Finalmente, que tal novidade marcou, para sempre, o significado histórico desse autor. Se não se pressupuser uma comunicação muito íntima entre Bloom e os 26 autores que ele seleciona na tradição literária ocidental – o que lhe permitiria um contato com cada um deles antes-da-escrita –, a validade da teoria é impossível de sustentar. De algum modo, esta perspetiva combina a tradicional história das ideias – centrada na “originalidade”, “caráter fundador”, “influência intelectual”, dos grandes autores – com a história objetiva do sentido, dirigida para os factos massivos e impessoais de comunicação, que aqui funciona como uma pedra de toque, um fundo de contraste, dos autores (obras) canónicos.

Por isso é que, a meu ver, a história dos conceitos só se distingue nitidamente da história das ideias quando se dirige para a história do código – história dos conceitos, história dos

gêneros literários, história das formações discursivas, história dos campos semânticos, história dos suportes da comunicação –, desvalorizando sentidos dissidentes, que permanecerão como atos de comunicação sem sentido, ignorados até que uma mudança de código lhes atribua um sentido válido ou, até, dominante. Se (e quando) isto ocorrer, o que passará a ser estudado é, novamente, um código (emergente), em cuja genealogia poderá estar – não apenas e nem sempre – a tal “personalidade fundadora”. Por isso, a história dos conceitos, tal como as outras modalidades de uma história dos sentidos objetivados, fixa-se nos usos *habituais* das categorias, na medida em que estas produzam classificações *habituais* “da realidade” e insinuem comportamentos discursivos e extradiscursivos também *habituais*.

De alguma forma, esta proposta metodológica é uma forma de história social. Os “atos de conceptualização” são atos de produção social de sentido (i.e., intersubjetivos, mas não interindividuais), em que intervêm um emissor e um recetor, cada um com os seus códigos particulares de comunicação, condicionados por relações sociais de comunicação e preformadores de outros tipos de ação social. Ao falar com outros, age-se em sociedade e produzem-se estados (equilíbrios) sociais. Tal como propus há bastantes anos, para o campo restrito da história do direito (HESPANHA, 1978), isto permite uma história social dos conceitos, que ligue a produção de conceitos às condições sociais da sua produção, de modo a que se evite a explicação do discurso pelas condições (extradiscursivos) da prática social. De facto, uma coisa são os factos brutos, outra coisa, os sentidos que lhes damos, as classificações ou categorizações a que os sujeitamos. Estas últimas são produzidas por nós, dando sentido “às coisas”, e não pela coisas em si mesmas e espontaneamente. Mas os sentidos que damos às coisas, por sua vez, são produzidos com os meios de produção de sentido disponíveis na nossa prática de comunicar – sentidos já estabelecidos: campos vocabulares, “arquivos” de imagens e de conceitos, desde os de senso comum até aos dos saberes técnicos. É por aqui que a história social penetra no mundo da história dos conceitos, ao contribuir para identificar a panóplia de meios de produção de conceitos que cada esfera de comunicação tem à sua disponibilidade.

7 ARQUEOLOGIA DOS SABERES E ORIENTAÇÕES VIZINHAS

A meu ver, a metodologia mais nítida e radical de descrever o objeto e métodos da história dos conceitos é a de Michel FOUCAULT (especialmente em *L'archéologie du savoir*, 1969). Reinhart KOSELLECK (1923-2000), o pai da história dos conceitos, não hipotecou o



seu projeto à aceitação ponto por ponto da teoria de Foucault. Com isso, garantiu uma maior aceitabilidade da sua proposta no meio dos historiadores. Com maior ou menor rigor, embarcaram na empresa cultores da história das ideias, da história da cultura, da história dos saberes, da história dos textos, da história das mentalidades, condimentando-a ou com mais idealismo, ou com mais sociologismo, ou com mais textualismo. Deste ambiente de sincretismo não vem grande mal ao mundo. Mas corre-se sempre o risco de induzir em inconsistências teóricas que, mais tarde ou mais cedo, vão prejudicar a credibilidade do movimento.

Filtrar um pouco as aplicações podia, por isso, ser vantajoso. Não tanto para excluir algumas, mas antes para dar a cada um o que é seu, evitando uma *sauce rose*, amável mas descaracterizadora e, afinal, cheia de equívocos de métodos. Este depuramento metodológico poderia ter os seguintes ingredientes:

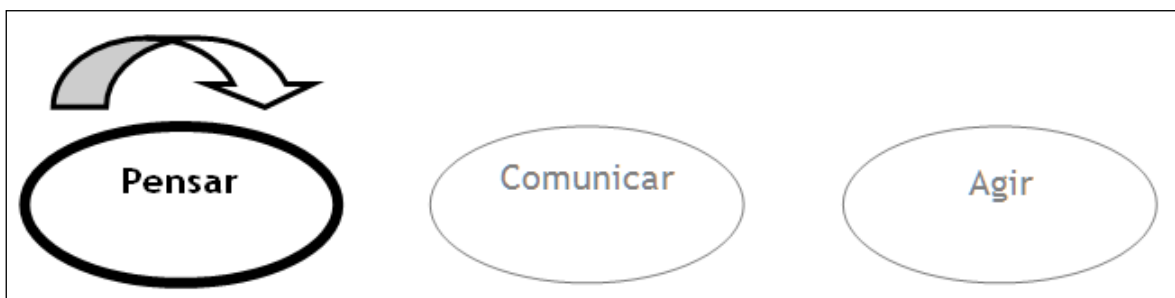
(i) centrar-se em usos massivos dos conceitos – extraídos de corpos textuais de uso comum, normalmente aceites, consensuais, no universo de comunicação que se quer considerar (v.g., os juristas, os civilistas, os juristas do *civil law*, a jurisprudência constitucional sul-americana);

(ii) excluir idioletos próprios de um autor – objeto legítimo de uma biografia intelectual – bem como a problemática “da influência”;

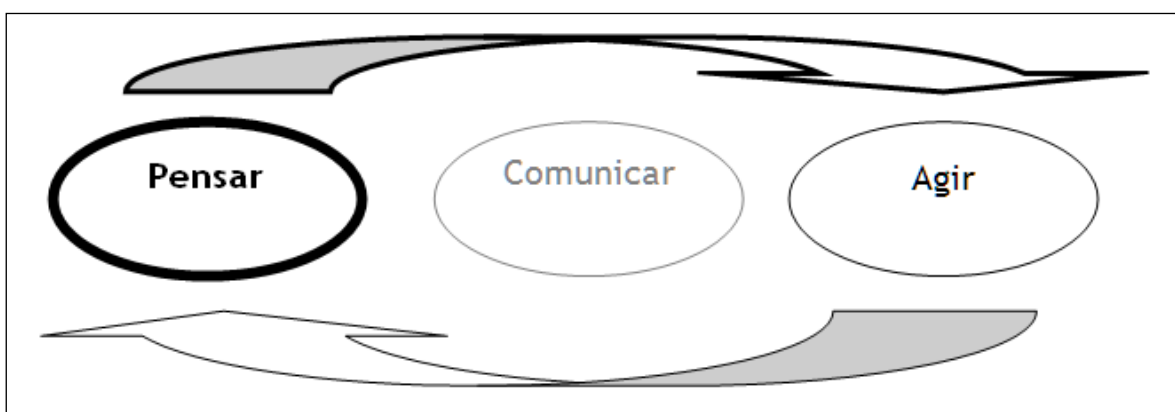
(iii) usar o “contexto social” para explicar as condições de constituição daquela esfera de comunicação (Habermas) ou formação discursiva (Foucault), com aquela particular configuração; mas não para explicar diretamente a ocorrência, sintática e semântica, de um conceito; já a sua análise pragmática talvez possa ser feita, tanto ao nível das relações entre o conceito a prática do discurso, como ao nível do impacto direto daquele sobre as relações sociais (incluindo as relações sociais de quem comunica).

Definida assim a história dos conceitos, ficariam estabelecidas as distâncias entre ela e análises próximas.

A história das ideias – e a história dos dogmas dos juristas (*Dogmengeschichte*) – ou não é sensível à contextualização, encarando as ideias como entidades que se desenvolveriam segundo uma lógica autónoma, ligada ao progresso do espírito humano, ou contextualiza as ideias com outras ideias, no âmbito de sistemas ideológicos/culturais. Contextualização pelo discurso ou contextualização pela prática social são alheias a esta história idealista e formalista.

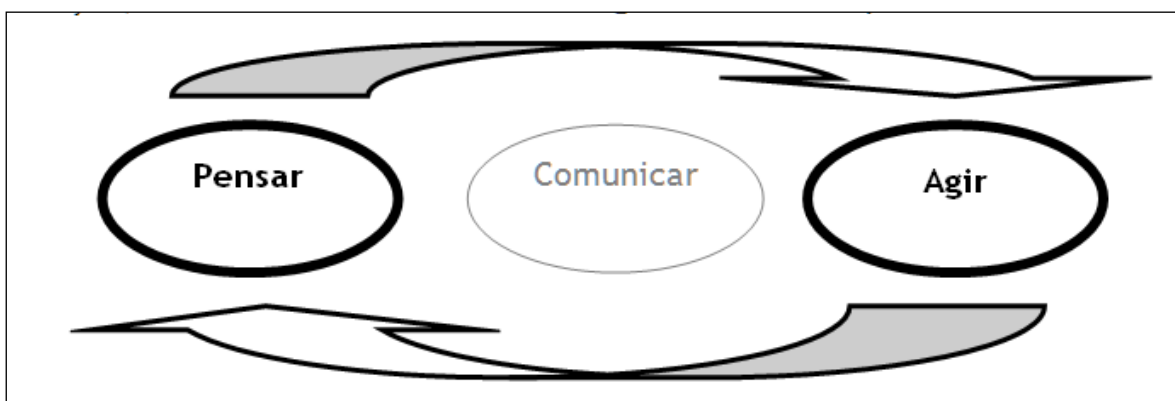


(História das ideias, História dogmática, *Dogmengeschichte*)



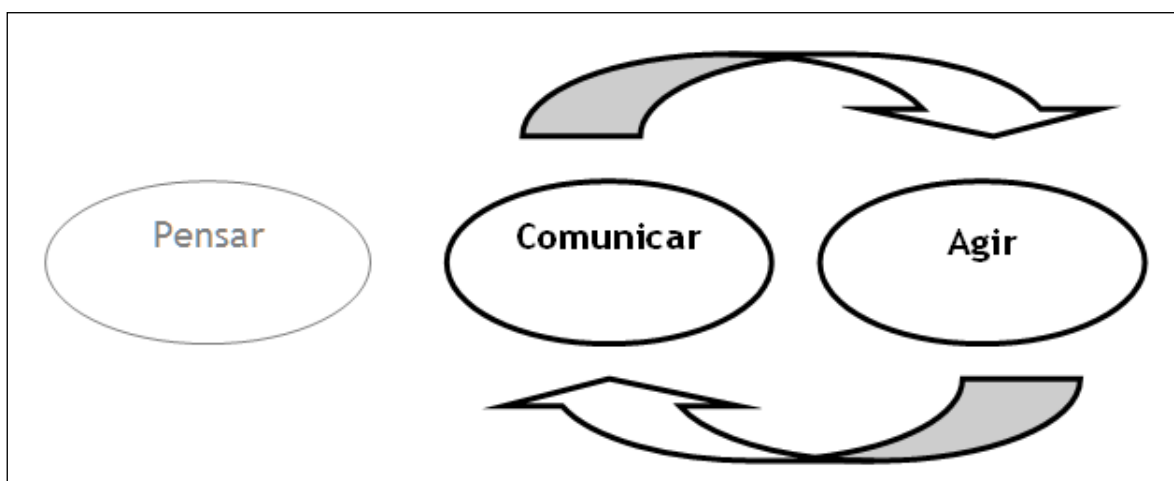
(História culturalista, *Kulturgeschichte*, História das mentalidades)

A sociologia histórica das ideias contextualiza as ideias em função de interesses ou de efeitos sociais. Estuda as “ideias em sociedade” ou as “ideias para a sociedade”. Na medida em que ignore a contextualização discursiva – ou seja, enquanto não considere relevante para os posteriores efeitos sociais o modo de ser da exteriorização das ideias em discursos – difere da história dos conceitos. O discurso seria um meio transparente, desprovido de qualquer poder conformador do sentido, pelo que se podia prescindir deste momento de exteriorização (de comunicação) das ideias ao estudar a sua origem ou o seu impacto social.



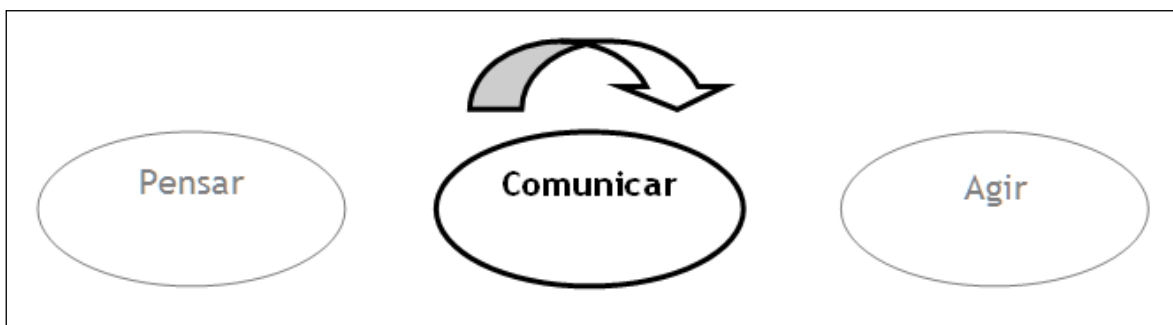
(Sociologia histórica das ideias)

A sociologia do discurso, exclusivamente vinculada a uma história dos grupos sociais – incluindo o grupo dos titulares desse discurso (como, por exemplo, em Pierre Bourdieu) – corre o risco de funcionalizar demasiado os objetos discursivos (por exemplo, os conceitos) às estratégias intencionais desses grupos, ignorando as lógicas, socialmente cegas, internas à espessura da comunicação (relações sintáticas e relações semânticas). O discurso é aqui considerado como um nível específico de análise, mas esta análise está focada para as relações entre fenômenos discursivos e fenômenos sociais, não para as relações “internas” entre fenômenos discursivos e outros fenômenos discursivos. Embora o discurso tenha efeitos externos (extradiscursivos) e internos (intradiscursivos: sintáticos, semânticos e pragmáticos), só os primeiros tendem a ser considerados.



(História do discurso)

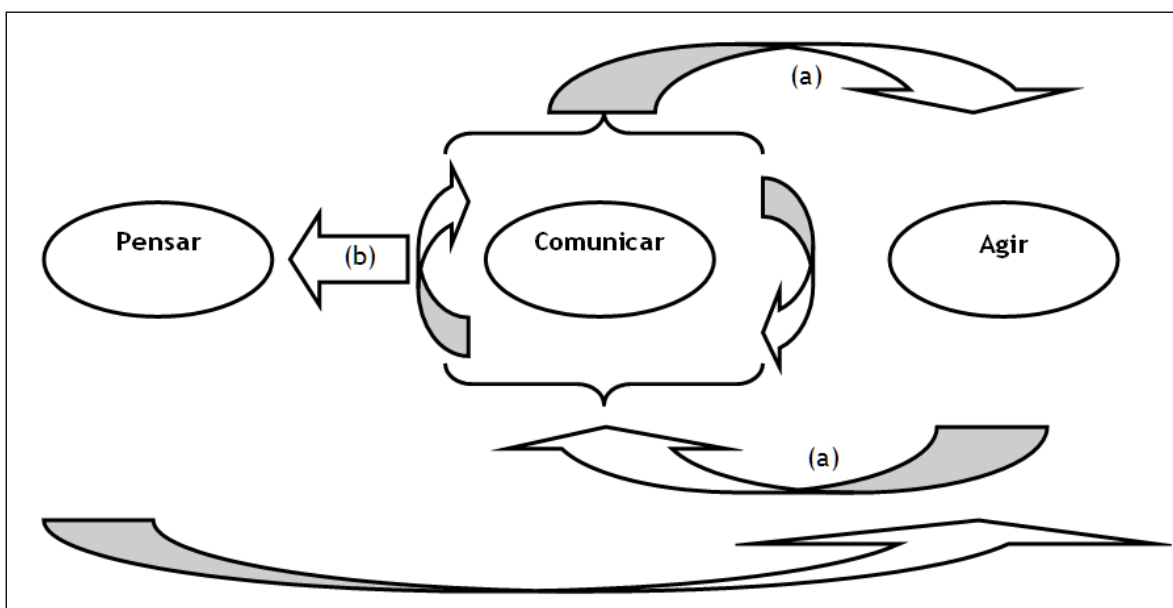
A análise formalista dos discursos – por exemplo, uma história do discurso inspirada pelos métodos da filosofia analítica, como é o caso de algumas abordagens históricas da lógica ou da argumentação jurídica – interessa-se pelas entidades autónomas (auto-referenciais, autopoieticas) do discurso, mas não pelas transações entre estas entidades e o contexto (ambiente) da comunicação. As formações discursivas são estruturas da comunicação historicamente aleatórias (como as *epistèmes* do primeiro Foucault) ou arbitrarias (como nas análises discursivas que prescindem do nível pragmático do sentido).



(História formalista [neo-positivista] do discurso)

Em contrapartida, a mais complexa história dos discursos começa por considerar o modo como estes dependem tanto uns dos outros (teoria dos campos semânticos) como da formação discursiva no seu todo (a típica “arqueologia dos saberes”, de M. Foucault). Mas continua, primeiro (a), a ter em conta as relações entre as formações discursivas e as formações sociais; e, depois (b), a atender ao modo como a forma da comunicação condiciona a forma da representação intelectual da “realidade” social (e, conseqüentemente, a ação social).

27



(História “global” do discurso, Arqueologia dos saberes)

8 E a História do Direito?

Na história do direito, parece que se podem encontrar ilustrações de todas estas perspectivas. Para tomar exemplos. F. Wieacker e H. Coing constituem dois exemplos modelares de história das ideias, o primeiro dissolvendo mais a história das ideias jurídicas na história das



culturas do centro da Europa, o segundo centrando-se mais nas ideias jurídicas e, por isso, mais próximo de uma história formalista da dogmática, de que só não é um representante porque esses conceitos (dogmas) são considerados menos como entidades linguísticas ou discursivas do que como entidades “do pensamento jurídico”. O mesmo se diga da maior parte das obras gerais sobre história (não institucional) do direito – Michel Villey, G. Tarello, A. Cavanna, P. Grossi, M. Stolleis, P. Prodi, B. Clavero, A. Padoa-Schioppa, A. M. Hespanha –, nas quais o sincretismo metodológico é quase sempre hegemônico por uma aproximação culturalista.

Uma perspectiva sociológica, em que o discurso dos juristas é relacionado com contextos sociais, mais do que culturais, é mais comum nos EUA – L. M. Friedmann, Duncan Kennedy. Na Europa, esta orientação é assinalada num artigo de Filippo RANIERI (1982) – pouco citado e pouco seguido – em que se chamava a atenção para esse domínio, etiquetado como “sociologia da literatura jurídica”. A sua fonte de inspiração era a então recente historiografia (sobretudo francesa) sobre o livro (por exemplo, BACZKO, 1971), que tinha dado aos livros uma entidade diferente de meros portadores de acontecimentos intelectuais e que, portanto os tomava como objetos autónomas de uma história própria, como “dado social empírico”. Dado o prestígio que por então tinha a história quantitativa, não admira que os temas desta nova história do livro fossem predominantemente quantitativos – a quantificação da publicação, a distribuição dos temas, os movimentos do mercado editorial. E, de facto, é sobretudo isso que Ranieri retira como inspiração de trabalhos que contava levar a cabo, na base da magnífica coleção de dissertações académicas de que curava no *Max-Planck-Institut f. europäische Rechtsgeschichte* (Frankfurt/Main). Porém, ele não deixa de assinalar a revolução copernicana que esta promoção do livro a objeto autónomo de história representava: o sujeito, como autor de sentidos, era substituído pela estrutura da produção e da distribuição de livros, isto compreendendo elementos de conteúdo – ramos de saber, temáticas –, mas também elementos formais, desde os “géneros”, até aos aspetos puramente gráficos/materiais do objeto livro.

Justamente na Alemanha, a chamada “teoria da receção” (Hans-Robert Jauss, Wolfgang Iser)²² prepara o campo para este descentramento do autor, valorizando sentidos que eram antes imputáveis ao livro e à leitura que ele suscitava. Umberto ECO (1979, 1990) virá a desenvolver este filão, distinguindo a *intentio auctoris*, a *intentio lectoris* e a *intentio operis* e aperfeiçoando o seu anterior conceito de “obra aberta” (*L’opera aperta*, 1967). Nos anos seguintes, a história

²² Sobre o assunto ver HOLUB (1984).



do livro, francesa e anglo-saxónica, foi detalhando os temas e as metodologias destes aspetos menos quantitativos. Em França, destacou-se a vastíssima obra, de teorização e de recolha empírica, de Roger Chartier, sobre o texto, o livro e a leitura, que viria a destacar muitas perspetivas novas de uma história autónoma do livro. Fora disto, detetam-se influências de uma abordagem sociológica dos discursos, por exemplo, em André-Jean Arnaud ou Aldo Schiavone.

A narrativa do discurso jurídico como campo de luta pelo poder simbólico é a perspetiva adotada pelos historiadores do direito que seguem a metodologia de análise dos campos literários proposta por Pierre Bourdieu, como é o caso Yves Dezalay, ou Lucien Karpik, que se têm ocupado de história e sociologia da profissão jurídica na atualidade; mas há muitos textos de âmbito mais monográfico que se poderiam incluir neste apartado. Exemplos de uma história do discurso jurídico que privilegie as suas estruturas formais são mais raros. A parte histórica da obra de Th. VIEHWEG (1953) sobre a tópica podia ser um deles, tal como o podiam ser obras que seguiram essa pista nos anos imediatos (VALLAURI, 1967; HORAK, 1969; e MORTARI; 1976).

Em contrapartida, não creio que, até hoje, sejam comuns intervenções que respeitem os requisitos metodológicos de uma história “autónoma” do discurso, no domínio do direito. Pietro COSTA (1968) aponta de forma pioneira para aí, na sua obra sobre a *iurisdictio*. Talvez menos nitidamente no seu monumental trabalho sobre “cidadania”. Eu aponte algumas vezes o programa, mas não creio que o tenha cumprido bem, até hoje; menos mal, porventura, num livro dedicado à linguagem da discriminação na época moderna (HESPANHA, 2010). E, no entanto, a história do direito parece um campo bem calhado para este exercício, porque, na cultura ocidental, o discurso do direito sempre foi muito evidentemente um meio de comunicação bastante formalizado, com um tesouro bem estabelecido e pouco disponível de objetos discursivos – conceitos, estratégias argumentativas, regras de inferência –, relativamente impermeável às intenções dos autores e às necessidades das coisas, produtor de efeitos sociais e de modelos de imaginação e de representação da “realidade”, gerador de poder social, tanto por causa daquilo que é dito, como por causa da forma como é dito. E, no entanto, parece que este primado do discurso, frente às ideias e frente às coisas, tão visível para quem olha para a prática dos juristas (cultos) desde há dois milénios, se furta à análise daqueles (juristas) que costumam fazer história ou sociologia do direito.

Um fenómeno tão bizarro de invisibilização tem que ter razões fortes, a buscar, por sua vez, na sociologia do discurso histórico-jurídico. Uma delas pode ser que quem faz história do



direito faz direito, oscilando entre dois modelos incompatíveis de legitimação do que diz: o discurso jurídico legitima-se alegando ter um valor absoluto – ou seja, não admitindo metadiscursos sobre si mesmo. Sendo que o discurso histórico-jurídico se legitima ao reclamar essa legitimidade de discursos sobre o do direito. O discurso jurídico legitima-se pelo seu apagamento, ou perante a força da razão (*ratio scripta*) ou perante a força das coisas (*rerum natura*). O discurso histórico-jurídico só pode ter como objeto o discurso do direito se este for reconhecido como uma instância autônoma de sentido. Esta difícil articulação entre dois lugares de autoridade discursiva poderá ser explorada para entender que, na história do direito, o mais óbvio se transforme no mais incomum.

Recentemente, Thomas Vesting enfatizou a ideia de que, sendo o direito um facto comunicativo, a história do direito devia ter como objeto os meios de comunicação do direito.²³ E, embora não seja um historiador, fez esforços persistentes e muito meritórios neste sentido. Sacrificando, porventura, em algo a visão histórica à lógica do programa metodológico que prossegue. Ainda mais recentemente, um grupo de historiadores do direito empreendeu o projeto de fazer a história do direito na Europa através da história dos seus grandes livros (DAUCHY et al, 2016). O que, se se for coerente com o espírito do projeto, obrigará a adotar uma atitude de historiador dos livros, nomeadamente nos seus aspetos mais formais, atendendo mais aos títulos, à sistematização, aos universos de referências, à disseminação dos exemplares e aos círculos de comunicação que isto indiciava do que aos “conteúdos” e às “ideias”.

30

REFERÊNCIAS

ANDERSEN, Niels Akerstrom. *Understanding Foucault, Koselleck, Laclau, Luhmann*. Bristol: Polity Press, 2003.

BACZKO, Bronislaw. Livre, sémantique et histoire. *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, v. 26, n. 3/4, p. 785-790, 1971.

BARBERIS, Mauro. *Libertà*. Bologna: Il Mulino, 1999.

BÖDEKER, Hans Erich (Ed.) *Begriffsgeschichte - Diskursgeschichte – Metapherngeschichte*. Göttingen: Wallstein Verlag, 2001.

BOURDIEU, Pierre *La distinction*. Paris: Éditions de Minuit, 1979.

²³ Ver nota 16.



_____. *Ce que parler veut dire: économie des échanges linguistiques*. Paris: Fayard, 1982.

CAPPELLINI, Paolo (1987). “Rapresentanza in Generale - Diritto Intermedio”, in *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, vol. XXXVIII, 435 ss...

CERRUTI, Simona (1995). “La construction des catégories sociales”, in J. Boutier, D. Julia (dir). *Passés recomposés. Champs et chantiers de l'histoire*. Paris: Autrement, pp. 224-234.

CONZE, Werner; BRUNNER, Otto; KOSELLECK, Reinhart (Coords.) *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politischen-sozialen Sprache in Deutschland*. Stuttgart: Klett-Cotta, 1972-1997.

COSTA, Pietro. *Iurisdiction: Semantica del potere politico nel pubblicistica medievale (1100–1433)*. Milano: Giuffrè, 1968.

Dauchy, Serge; Martyn, G.; Musson, A.; Pihlajamäki, H.; Wijffels, A. (eds)(2016). *The Formation and Transmission of Western Legal Culture: 150 Books that Made the Law in the Age of Printing*. Berlin: Springer.

DUSO, Giuseppe. *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica*. Laterza: Biblioteca di cultura moderna, 1999.

31

_____. *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica*, Laterza, Biblioteca di cultura moderna, 1999.

ECO, Umberto. *Lector in fabula*. Milano: Bompiani, 1979.

_____. *I limiti dell'interpretazione*. Milano: Bompiani, 1990.

FOUCAULT, Michel. *Les mots et les choses*. Paris: Gallimard, 1966.

_____. *L'archéologie du savoir*. Paris: Gallimard, 1969.

GOODY, Jack. *The domestication of the savage mind*. Cambridge: Cambridge University Press, 1977.

GOODY, Jack (Ed.). *Literacy in Traditional Societies*. Cambridge: Cambridge University Press, 1968.

Hespanha, António Manuel. Forma e valores nos Estatutos Pombalinos. *Vértice*, n. 347, p. 927-941, 1972.

_____. *A história do direito na história social*. Lisboa: Horizonte, 1978.

_____. Représentation dogmatique et projets de pouvoir. Les outils conceptuels des juristes du *ius commune* dans le domaine de l'administration. In: HEYEN, E.-V. (Ed.). *Wissenschaft*

und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime. Frankfurt/Main: Vitt. Klostermann, p. 1-28, 1984.

_____. Una historia de textos. In: TOMÁS Y VALIENTE, F. et al. *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*. Madrid: Alianza, p. 187-196, 1990.

_____. A nobreza nos tratados jurídicos dos séculos XVI a XVIII. *Penélope*, n. 12, p. 27-42, 1993.

_____. Tradizione letteraria del diritto e ambiente sociale. In: BENEDICTIS, A.; MATTOZI, I. (Eds.). *Giustizia, potere e corpo sociale nella prima età moderna. Argomenti nella letteratura giuridico-politica*. Bologna: CLUEB, p. 23-36, 1994.

_____. Form and content in early modern lawyers' books. Bridging material bibliography with history of legal thought. *Portuguese Studies Review*, v. 6, n. 1. Republic. com modificações formais in *Rechtsgeschichte*, n. 12, mar. 2008, p. 12-50; e em versão italiana como *Cultura giuridica; libri dei giuristi e tecniche tipografiche*. In: VISCEGLIA, M. A. (Ed.). *Le radice storiche dell'Europa. L'età moderna*. Roma: Viella, p. 39-68, 2007.

_____. *Imbecillitas. As bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades de Antigo Regime*. São Paulo: Annablume, 2010.

_____. The Law in the High and the Late Middle Ages: The Learned *Ius commune* and the Vernacular Laws. 18. Southern Europe (Italy, Iberian Peninsula, France). In PIHLAJAMÄKI, H.; DUBBER, M.; GODFREY, M. (Eds.). *Oxford Handbook of European Legal History*. Oxford: Oxford University Press, 2018.

HOFMANN, Hasso. *Repräsentation—Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*. Habilitationsschrift. Schriften zur Verfassungsgeschichte, Band 22. Berlin: Duncker & Humblot, 1974.

HOLUB, Robert C. *Reception Theory. A Critical Introduction*. London: Methuen, 1984.

HORAK, Franz. *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*. Aalen: Scientia, 1969.

KOSELLECK, Reinhart. Begriffsgeschichte and social history. *Economy and Society*, v. 11, n. 4, p. 409-427, 1982.

_____. Sozialgeschichte und Begriffsgeschichte. *Sozialgeschichte in Deutschland: Entwicklungen und Perspektiven im internationalen Zusammenhang, 1: Die Sozialgeschichte innerhalb der Geschichtswissenschaft*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, p. 89-109, 1986.

_____. *Le futur passé. Contribution à la sémantique des temps historiques*. Paris: EHESS, 1990.

_____. *The Practice of Conceptual History: Timing History, Spacing Concepts*. Translated by Todd Samuel Presner et al. Stanford, CA: Stanford University Press, 2002.

_____. *Begriffsgeschichten: Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache*. Frankfurt: Suhrkamp, 2006.

LUHMANN, Niklas. *Essays on self-reference*. Columbia: Columbia University Press, 1990.

MCDONALD, Peter D.; SUAREZ, Michael F. (Eds.). *Making meaning. "Printers of the mind" and other essays*. Amherst-Boston: University of Massachusetts Press, 2002.

MCKENZIE, Donald F. *Bibliography and the sociology of texts*. London: British Library, 1986.

MCLUHAN, Marshall. *The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man*. Toronto: University of Toronto Press, 1962.

_____. *Understanding Media: The Extensions of Man*. New York: McGraw-Hill, 1964.

MONTEIRO, Nuno G. *O crepúsculo dos Grandes*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2000.

MORTARI, Vincenzo Piano. *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali*. Napoli: Jovene, 1976.

OLIVAL, Fernanda. *As ordens militares e o Estado moderno. Honra, mercê e venalidade em Portugal (1641-1789)*. Lisboa: Estar, 2002.

ONG, Walter (). *Ramus, Method and the Decay of Dialogue: From the Art of Discourse to the Art of Reason*. Cambridge: Harvard University Press, 1958.

_____. *The Presence of the Word: Some Prolegomena for Cultural and Religious History*. New Haven: Yale University Press, 1967.

_____. *Rhetoric, Romance and Culture*. Ithaca: Cornell University Press, 1971.

_____. *Orality and Literacy: The Technologizing of the Word*. Ithaca: Cornell University Press, 1982.

ORNAGHI, Lorenzo; COTELLESA, Silvio. *Interesse*. Bologna: Il Mulino, 2000.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*. Paris: PUF, 1958.

RAMOS, Rui. *João Franco e o fracasso do reformismo liberal (1884-1908)*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2001.

RANIERI, Filippo. *Juristische Literatur aus dem Ancien Régime und historische Literatursoziologie. Eine methodologische Vorüberlegungen. Aspekte europäischer*



Rechtsgeschichte. Festgabe für Helmut Coing zum 70. Geburtstag. Frankfurt/Main: V. Klostermann, 1982.

SCHLUMBOHM, Jürgen (Ed.). *Mikrogeschichte - Makrogeschichte: komplementär oder inkommensurabel?* Göttingen: Wallstein Verlag, 1998.

TABBI, Joseph. The Medial Turn. *Pynchon Notes*, n. 42-43, p. 317-327, 1998.

TULLY, James (Coord.). *Meaning and Context: Quentin Skinner and his critics.* Princeton: Princeton University Press, 1989.

TULLY, James (Ed.). *Meaning and Context: Quentin Skinner and his critics.* Princeton: Princeton University Press, 1989.

VALENTE, Vasco Pulido. *Glória.* Lisboa: Círculo de Leitores, 2001.

VALLAURI, Luigi Lombardi. *Saggio sul diritto giurisprudenziale.* Milano: Giuffrè, 1975.

VESTING, Thomas. *Die Medien des Rechts.* v. 1. Sprache, Weilerwirst: Vekbrück, 2011.

_____. *Die Medien des Rechts.* v. 2. Schrift. Weilerwirst: Vekbrück, 2011.

_____. *Die Medien des Rechts.* v. 3. Buchdruck. Weilerwirst: Vekbrück, 2013.

_____. *Die Medien des Rechts.* v. 4. Computernetzwerke. Weilerwirst: Vekbrück, 2015

VIEHWEG, Theodor. *Topik und. Jurisprudenz.* München: Beck, 1953.



NORBERTO BOBBIO, TRA GIUSNATURALISMO E POSITIVISMO

NORBERTO BOBBIO, BETWEEN NATURAL LAW AND LEGAL POSITIVISM

Gaetano Pecora*

RESUMO: Este artigo é a introdução à recente edição italiana de "Locke e o Direito Natural", o curso universitário que Norberto Bobbio desenvolveu no ano acadêmico de 1963-4 e que representa o fruto mais maduro de sua filosofia jurídica. A qual, ao menos no que toca à doutrina jusnaturalista, não se conclua com um juízo unitário e homogêneo. Juízo, sim, mas dividido, decomposto, porque tanto queria a natureza do problema, articulado por Bobbio em três questões diferentes: (a) qual foi a função prática do jusnaturalismo lockeano? (b) a qual necessidade interior ele respondia ontem? (c) quais capacidades cognitivas ele conserva hoje? Uma coisa, então, é reconstruir a função histórica do direito natural (que Bobbio saudava como algo grandioso); outra coisa é sondar-lhe a exigência ideológica (que Bobbio ora exaltava, ora depreciava); e outra coisa ainda é interrogar-se sobre sua validade teórica (denunciada por Bobbio como absolutamente inconsistente).

PALAVRAS-CHAVE: Bobbio. Constitucionalismo. Jusnaturalismo. Liberalismo. Locke. Positivismo Jurídico.

RIASSUNTO: Il saggio è l'introduzione alla recente edizione italiana di "Locke e il diritto naturale", il corso universitario che Norberto Bobbio svolse nell'anno accademico 1963-64 e che rappresenta il frutto più maturo della sua filosofia giuridica. La quale, almeno per quanto riguarda la dottrina giusnaturalistica, non si concludeva con un giudizio unitario ed omogeneo. Giudizio, sì, ma diviso, scomposto, perché tanto voleva la natura del problema, da Bobbio articolato in tre differenti domande: a) quale è stata la funzione pratica del giusnaturalismo lockiano? b) a quale bisogno interiore rispondeva ieri? c) quali capacità conoscitive conserva oggi? Una cosa, dunque, è ricostruire la funzione storica del diritto naturale (che Bobbio salutava come cosa grande); altra cosa è sondarne l'esigenza ideologica (che Bobbio ora esaltava e ora deprimeva); e altra cosa ancora è interrogarsi sulle sua validità teoretica (da Bobbio denunciata come assolutamente inconsistente).

PAROLE-CHIAVE: Bobbio. Costituzionalismo. Giusnaturalismo. Liberalismo. Locke. Positivismo Giuridico.

ABSTRACT: The essay is the introduction to the recent Italian edition of "Locke and the natural law", the university course that Norberto Bobbio held in the academic year 1963-64 and which represents the most mature fruit of his juridical philosophy. A juridical philosophy that, at least with regard to the natural law doctrine, did not have a unitary and homogeneous analysis. Bobbio's analysis is articulated in three different questions: a) what was the practical function of lockean giusnaturalism? b) what inner need did it answer in the past? c) what remains of that knowledge today? One thing, then, is to reconstruct the historical function of natural law (as Bobbio did); another thing is to explore the ideological need behind it (on which Bobbio expressed different and opposing interpretations); and, yet, another thing is to wonder about its theoretical validity (that Bobbio believed to be absolutely inconsistent).

KEYWORDS: Bobbio, constitutionalism, natural law, liberalism, Locke, legal positivism.

1. Quando giunse sull'ultima stazione della sua vita, Norberto Bobbio si voltò indietro. E fu allora che, nell'abbraccio dello sguardo retrospettivo, gli capitò di dividere la propria vicenda intellettuale in due parti separate, nettamente distinte, che si davano le spalle senza quasi riconoscersi tra loro: "Nei venti mesi fra il settembre 1943 e l'aprile 1945 – scrisse – sono nato ad una nuova esistenza, completamente diversa da quella precedente"¹ i cui contorni egli lasciava sfumare nelle lontananze di una oscura preistoria (e infatti proprio così – *Preistoria* –

* Laureato con lode presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Napoli, Italia. Professore ordinario di *Storia delle Dottrine Politiche* presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Sannio, Italia.

¹ BOBBIO, Norberto. *Autobiografia*. A cura di A. Papuzzi. Roma-Bari: Laterza, 1997, p. 3.



si intitola il primo capitolo dell'*Autobiografia*). Ora, in un angolino della “preistoria” di Bobbio, il diritto naturale s'era assicurato uno spazio suo, discreto ma fermo, appartato ma sicuro²; tanto sicuro che pareva dovesse sfidare l'urto del tempo e le incognite dei ripensamenti. E invece... Invece, quando l'orizzonte di Bobbio si aprì su un cielo diverso, proprio le impalcature di quella costruzione accusarono la cartapesta, le giunture scricchiarono, e sotto il luccichio della frase tornita e di suono buono, proprio lì Bobbio denunciò il vuoto di una posizione senza solidità. Da quel momento in avanti, con l'idea giusnaturalistica logorata dall'interno e impigliata nel laccio di un ragionamento fattosi sempre più chiaro col consumo degli anni, Bobbio fece brusco distacco col precedente se stesso (il “preistorico” Bobbio) e finalmente iniziò a correre l'avventura della sua storia che, però, non sarebbe tale senza quel non so che di incertezza mobile che fa tremolare anche le posizioni più nette e rigorose (e diremo più avanti quale tremolio insidiasse la fermezza dell'antigiusnaturalismo bobbiano).

Come che sia, ondulata e non completamente rettilinea, seghettata di sporgenze e di rientranze più che cementata in un blocco unico, certo è, dicevamo, che la seconda metà di Bobbio, quella che inaugura la maturità della sua storia nasce proprio così, sotto la costellazione della polemica col diritto naturale. In questo senso, il libro che il lettore si trova adesso fra le mani (e che fu l'oggetto del corso universitario tenuto nell'anno accademico 1963-64) cade a perpendicolo sulla seconda maniera di Bobbio, ed è precisamente tra quelle pagine che Bobbio vuole essere cercato oggi, quando - ammirati - gli si vuole far festa.

Che gioia seguirlo nei suoi ragionamenti! Entrare nel sistema di un autore (Locke, nel caso di specie) era cosa proprio per lui. Non hai mai la sensazione che gli sfugga la presa, peraltro resa ancora più sicura dal possesso pieno della lingua; non ti dà mai niente per dimostrato e invece, da quell'uomo di garbo che fu, dice tutto col massimo rispetto ma anche con franchezza intera; tutto, il bene e il male, la virtù e il vizio, tutto quel che c'è da dire dice, e lo dice come si dovrebbe sempre dirlo: vivo, chiaro, onesto, dove ogni parola porta una impronta tagliente con sé. Tagliente proprio nel senso che dove altri fondono e confondono, là invece essa taglia e separa, memore dell'antico insegnamento per cui la distinzione è né più né meno che l'arte di purificare il pensiero. Veramente: assistito dalla buona musa della scomposizione, non ci fu mai un Bobbio più puntualmente Bobbio di così. Sicchè se ci rifacciamo da lì, da quando cioè con Locke egli trovò il più felice impiego a questi umori di

² BOBBIO, Norberto. *Lezioni di filosofia del diritto*. Bologna: Casa editrice «La Grafolito», 1941, p. 234.



sottile notomizzatore, allora dovremo pure noi stare attenti a cogliere le differenze e ad impedire ogni promiscua mescolanza.

Sta bene, allora, ingranare questo libro nei giri della sua polemica antigiusnaturalistica. Purchè, però, immediatamente dopo scatti la domanda che chiameremo di salvaguardia (una domanda tipicamente bobbiana, quella che in assoluto porta la sigla del suo temperamento): “quale giusnaturalismo?” Ossia: su quale aspetto del diritto naturale la critica di Bobbio lasciò il graffio dell'unghia? E quali altri, invece, egli carezzò con favori di lode? E poiché quando c'è di mezzo Bobbio, la forza analitica della divisione procede con ritmo ternario, poiché cioè è ai ganci di quella cifra – il tre, appunto – che Bobbio arpionava le sue domande (per dire: libertà, sì, ma in che senso? Liberale, democratico o socialista? Oppure: giuspositivismo sta bene. Ma come intenderlo? Come un metodo di studio, una ideologia o una teoria del diritto? Ricordiamo? Sono solo alcuni degli interrogativi che egli disseminava tra le sue pagine dopo averli spiccati tutti dal fiorito cespo delle proprie tricotomie); poiché – dicevamo – veramente per lui il tre era il numero filosofico per eccellenza, ecco che anche adesso a stargli dietro si inanellano tre differenti questioni che vogliono essere trattate a sé, ognuna per conto proprio, senza rimbalzi dall'una all'altra come se ogni volta, e per tre volte consecutive, Bobbio parlasse su una chiave diversa che non si intona con le altre due e che perciò impediva a lui ieri (e vieta a noi oggi) di concludere con un giudizio unitario su Locke e il magistero giusnaturalistico. Giudizio sì, ma franto, scomposto, mai liscio e omogeneo perchè tanto richiedeva la natura del problema che Bobbio disarticolava nelle tre seguenti domande: a) quale è stata la funzione pratica del giusnaturalismo lockiano? b) a quale bisogno interiore rispondeva ieri? c) quali capacità conoscitive conserva oggi? Una cosa, dunque, è ricostruire la funzione storica del diritto naturale; altra cosa è sondarne l'esigenza ideologica; e altra cosa ancora è interrogarsi sulle sua validità teoretica. Bobbio, che aveva il gusto e quasi la voluttà delle distinzioni, proprio Bobbio che era nato col genio dell'analisi, poteva mai – lui, Bobbio – concedersi alle abbreviature drastiche e costringere tutte e tre le domande nel circolo serrato di una unica, rapidissima soluzione? No, che non poteva. Ed eccolo, perciò, lentamente, pazientemente, separare ciò che era unito, e sciogliere quel che era annodato; e così separando e sciogliendo comunicarci quel piacere delle sfumature che è, poi, l'autentico ornamento del vero.

2. Di solito, questi preparati di lunga mano, dove la padronanza dell'argomento fa tutt'uno col passo misurato dell'esposizione, quando cadono sulle sensibilità giuste, svogliono



da qualunque fretta e tirano le briglie all'impazienza che vorrebbe giungere fulminea alle conclusioni. Per cui, sincronizzati sulla cadenza di Bobbio, resisteremo pure noi al desiderio di frustare al galoppo la penna; e pure noi terremo dietro a quel suo discorrere pacato, pacatamente discorsivo, dove proprio si sente il ritmo regolare del pensiero che svolge se stesso senza saltare nessuno degli anelli necessari alla catena di un ragionamento logico. Avvinti nel giro di questa catena, cominceremo perciò esattamente come ha cominciato Bobbio, il quale quando si è interrogato sulla funzione storica del giusnaturalismo lockiano si è prima indugiato a sbalzarne le caratteristiche e poi, dopo, ce le ha rimandate riflesse nello specchio di alcune fundamentalissime vicende umane. Va da sé che quanto all'esposizione, noi prenderemo solo di scorcio Locke, senza ritrarlo di faccia e riproporre (male) ciò che Bobbio ha detto così bene; tanto bene che dopo la sua, ogni ulteriore spiegazione prende suono di fastidiosa lungagnata, e sarebbe un po' come di chi armeggi per ridistillare la grappa. Dunque più che entrarci dentro, ci affacceremo soltanto sul sistema lockiano, e come sempre capita quando ci si sporge su una veduta dall'alto, l'attenzione viene subito catturata dal punto di maggiore luce, quello che quasi lampeggia per dire: fermatevi e pensateci! Tanto più che quando Bobbio dovette fare la sintesi e andare sull'essenziale, era proprio lì che pure lui affissò lo sguardo, lì dove era scritto (dove Locke aveva scritto) che le “obbligazioni delle leggi di natura non cessano nella società, ma in molti casi diventano più coattive”. Questo, avvertiva Bobbio, è “uno dei passi decisivi”³; anzi, come dirà poi, è addirittura “il nucleo del pensiero politico di Locke”⁴. Perché? Come mai le obbligazioni naturali diventano più stringenti nella società politica? E prima ancora: cosa sono le leggi naturali?

Le leggi naturali sono le regole che vigono in quella condizione primigenia o prestatuale, che tutti, proprio tutti i giusnaturalisti, rubricano come stato di natura. Solo che dire “stato di natura” è ancora dire poco perchè dietro di esso sciamano un pulviscolo di colori così differenti, turbinano un incrocio di interpretazioni così varie che in questo vagabondo peregrinare tra le une e le altre concezioni, la mente finirebbe per dondolarsi irresoluta se non andasse diritta sull'uno anziché sull'altro autore. Dunque sta bene discorrere dello stato di natura. Purchè immediatamente dopo ci si domandi: ma lo stato di natura di chi? A noi, ovviamente, interessa la natura di Locke (e più precisamente, i riverberi che questa natura accende nella sensibilità di

³ BOBBIO, Norberto. Studi lockiani. In: BOBBIO, Norberto. *Da Hobbes a Marx*. Napoli: Morano, 1965, p. 127.

⁴ BOBBIO, Norberto. *Locke e il diritto naturale*. Torino: Giappichelli, 1963, p. 173.



Bobbio). Ebbene, gli uomini naturali di Locke né si affrontano gli uni contro gli altri armati, in una guerra di sterminio desolata da ogni sentimento di pietà, né vagano nei campi a guisa di animali solitari, ripiegati su se stessi e segregati dal resto del mondo. Condizione pre-statuale, sì, quella di Locke ma non alla maniera di Hobbes e neppure alla stregua di Rousseau; non guerra tra cattivi e nemmeno isolamento di selvaggi più o meno buoni. No, la situazione originaria dell'umanità viene immaginata da Locke come uno stato pacifico, benigno, dove gli uomini – all'inizio, almeno – intrattengono rapporti di operosa collaborazione reciproca e dove, soprattutto, praticano il gioco della catallassi (si ricordi che catallassi viene dal greco *katallassein* e significa non solo 'scambiare' ma anche 'diventare da nemici, amici'). Lo stato di natura, dunque, quale luogo dei rapporti economici e perciò stesso quale teatro dell'umana socievolezza (valgono un Perù le pagine di Bobbio sulle leggi naturali del mercato come si esaltano nel liberal-liberismo di Locke). Peccato però che questa armonia degli animi e che questa complementarità degli interessi cammini su un terreno malagevole, sdrucchiolo, dove c'è ogni giorno il rischio di cadere giù; giù nella violenza e nella distruzione reciproca. Mettiamola così: lo stato pre-politico di Locke è solo provvisoriamente uno stato pacifico. Ma perentoriamente, ma definitivamente no, non lo è. Non attualmente gli uomini si avventano gli uni contro gli altri, ma potenzialmente sì, potrebbero sempre farlo. Non oggi, forse neppure domani, ma dopodomani chissà...

40

3. Il fatto è che per Locke la natura non solo ha donato all'uomo il diritto alla vita, alla libertà e alla proprietà ma si è compiaciuta di largirgli anche un'ulteriore quarta facoltà (*timeo Danaos...*), che è quella di farsi giustizia da sé. Ebbene, proprio quest'ultima prerogativa proietta un'ombra minacciosa sullo stato di natura, così pericolosamente danzante sul ciglio della distruzione che basta niente, un nonnulla per affondarlo nel vortice della guerra intestina. E' sufficiente un minimo litigio, la più piccola delle liti perché salti tutto per aria e la vita – finanche la vita – si riduca ad un tragico azzardo quotidiano, quasi diremmo ad un cumulo di polvere animata che il panico e la ferocia possono in ogni momento spazzar via. E infatti là dove difetta il magistrato indipendente e ognuno deve amministrare in proprio la giustizia, là dove insomma vige il principio dell'auto-tutela, le cose vanno bene finché... finché stelle e destini propizi permettano che vadano bene. Ma nel momento in cui insorge una controversia, e ciascuno ha il diritto di farsi giustizia da sé, ecco che ogni litigante si ritroverà giudice in *re sua*. Trovandosi giudice in una causa propria, mancherà di quella freddezza o anche soltanto di



quella serena equanimità che, sola, può fargli riconoscere che sì, in effetti, lui ha torto e la controparte ha ragione. Proprio perché è direttamente coinvolto nella contesa che lui stesso deve giudicare, inclinerà per la soluzione che più gli si conviene sicché il torto sarà sempre dell'avversario. E specularmente l'avversario stimerà che egli abbia per sé l'esclusiva della ragione. Come in un rimando di contrasti, dunque, ciò che per il primo è il torto per il secondo è la ragione; quel che lì è il diritto qui è il rovescio; la sanzione dell'uno è esattamente l'illecito dell'altro. E viceversa. La scintilla del primo alterco, quindi, innesca un meccanismo di ritorsioni a catena che non finisce più, e che non avendo più fine alimenta la fiamma dalla quale viene divorato quel che di buono c'era pur dato di cogliere nello stato di natura (la vita, la libertà e la proprietà appunto). Ecco perché, per Locke, “non è cosa ragionevole che gli uomini giudichino della propria causa; (...) l'amore di sé li renderebbe parziali verso se stessi e i propri amici, mentre la malvagità naturale, la passione e lo spirito vendicativo li porterebbero ad esagerare nell'atto di punire gli altri”. E poi, con una battuta di riepilogo assai felice: “è facile infatti supporre che chi sia stato tanto iniquo da far torto al fratello non sarà certo tanto equo da condannarsi a causa di ciò”⁵.

41

Non solo. Se anche per avventura, in un'accensione di onestà, qualcuno riconoscesse da sé le proprie colpe, resterebbe pur sempre impregiudicata la questione di chi deve punirlo. La vittima? Sicuro, in un sistema di auto-tutela è precisamente lei che dovrà provvedervi. D'accordo, ma come la mettiamo se proprio questa vittima la natura s'è incapricciata a volerla debole e stortignaccola? Quando le si para dinanzi un marcantonio di ruggente vitalità, il delitto – ancorché sia dato distinguerlo dal diritto – il delitto non rimarrà necessariamente impunito? Chi gliela darà all'agredito la forza per colpire l'aggressore?

Chi? Di rimedio non c'è ne è che uno solo, che è poi precisamente quello allestito da Locke quando Locke, nel passaggio dallo stato di natura allo stato politico, prima spossa gli uomini del diritto di amministrare la giustizia, poi lo trasferisce ad un'unica autorità, e quindi correda questa autorità della forza necessaria ad ottenere il rispetto delle sue sentenze. Le quali sentenze, sostenute da un irresistibile apparato coercitivo, d'ora innanzi s'imporranno a chiunque, grande o piccolo che sia, macilento o nerboruto che la natura l'abbia fatto. Il tutto per assicurare il trionfo della giustizia, ossia proprio di quegli altri tre diritti - vita, libertà e proprietà - che pure sono incastonati nella natura umana; che pure sfolgorano di verità evidenti

⁵ LOCKE, John. *Il secondo trattato sul governo*. Roma: Editori Riuniti, 1974, p. 59.



(evidenti proprio come sono evidenti i ragionamenti della matematica); che pure... che pure... e che però, ad onta di ogni matematizzazione della natura, fin quando mancano dell'assistenza del potere pubblico vivono di vita stenta e tribolata. In questo senso, per Locke, il magistrato è l'organo della legge naturale; diciamo una specie di megafono che ne amplifica le sonorità e che con “atti notori” (così Locke battezza le leggi positive) le propaga in circolo perchè tutti facciano quello che debbono fare. Tutti. Compresi i potenti di turno i quali a non darsene per inteso, a rovinare cioè sui diritti naturali con il carico di una disposizione contraria, perderebbero ogni titolo di legittimità e quindi accenderebbero nei sottoposti la scintilla della ribellione e il diritto di dire loro di no (magnifico, semplicemente magnifico il paragrafo conclusivo di questo libro, là dove Bobbio si distende con comodo sul diritto di resistenza come articolato nelle pagine di Locke). E perciò ha ragione Bobbio quando con una di quelle sue formule diritte e fulminee che ti mettono in comunione immediata col concetto, ha ragione, dicevamo, di concludere che il cittadino di Locke non è l'uomo trasformato e redento di Rousseau; e nemmeno la belva ammansita di Hobbes. No, il cittadino di Locke è niente di più (ma anche niente di meno) che “l'uomo naturale protetto”⁶. Protetto per l'appunto – e sia pure come ultima Thule – dal diritto di disobbedire al capriccio del tiranno o all'arbitrio dell'usurpatore.

42

4. Abbiamo indugiato sul giusnaturalismo di Locke. Ma a che pro? A che pro tener dietro alle sue “chimere” (così Bentham fulminava le proposizioni del diritto naturale)? Se tutto si risolve in una “spiritosa invenzione” come con superbiosa condiscendenza voleva Croce, perchè questa disamina del diritto naturale? Già: perchè? Proviamo rapidissimamente, proprio sul tamburo, a ripercorrere le tappe che hanno scandito la nostra indagine e vedremo che la risposta ci verrà incontro da sola, come sorridendo. Sappiamo che per Locke i diritti individuali si dipartono da principi elaborati a guisa di verità matematiche; sappiamo anche che tali diritti impegnano i governanti a tutelarli; e sappiamo altresì che solo facendosene scrupolosi garanti, essi – i governanti – conquisteranno il consenso dei governati. Ebbene, per restringersi a due esempi soltanto, quando la Dichiarazione d'Indipendenza Americana, esordisce così: “*Noi teniamo per fermo che queste verità siano evidenti di per se stesse*”, non avvertiamo l'eco della

⁶ BOBBIO, Norberto. Il modello giusnaturalistico. In: BOBBIO, Norberto; BOVERO, M. *Società e Stato nella filosofia politica moderna*. Milano: Il Saggiatore, 1979, p. 68.



“matematizzazione” lockiana? E allorchè la Carta francese dell'Ottantanove le proclama siffatte libertà, e proclamandole stabilisce che gli individui sono titolari di “diritti naturali e imprescrittibili” quali “la libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza all'oppressione” (art.2), quando i costituenti francesi organizzavano così le cose, non bastava dire Locke per sentire nell'aria le stesse vibrazioni di libertà che percorrevano quel monumento della loro sapienza giuridica? Dunque non ci ingannavamo sul conto del giusnaturalismo lockiano; e non è vero che a stargli dietro si inseguono fuggevoli chimere. Non è vero perchè le sue acquisizioni si annodano in un ordito che, di fatto, ha ispirato il disegno delle prime democrazie liberali. Si capisce bene perciò la colorità festosità e le note squillanti, come per l'annuncio di una vittoria, con cui Bobbio si fa sotto al teorema lockiano e lo saluta come “una svolta”⁷, “il modello più illustre” e “l'opera più compiuta e fortunata del costituzionalismo moderno”⁸. Pronunciati da Bobbio, autore di solito guardingo e contratto, pronunciati da Bobbio questi giudizi vogliono veramente essere fermati con tre punti esclamativi. Dopo di che, in sede di valutazione storica, si potrebbe forse dire dell'altro. Ma dubitiamo si potrebbe direbbe meglio. E in ogni caso noi non diremo di più.

43

Tanto il giudizio storico corre su una linea dritta, geometrica, che avanza con la tranquilla insistenza di una forza elementare; altrettanto la valutazione ideologica del giusnaturalismo cavalca pensieri ondosì, mareggianti, dove capita che Bobbio trasporti su quello che prima (o subito dopo) avrebbe affondato giù, nel cavo stesso dell'onda. E se questa immagine scappa a dire di più di quanto vorrebbe – perchè in effetti Bobbio se la intendeva male coi flutti e le spirali, lavorando assai meglio di squadra e di righello – allora, per rendere meglio il pensiero, noi diremo così: che quanto all'esigenza ideale, il giusnaturalismo viene disposto da Bobbio su due piani sovrapposti, entrambi belli lisci, uniformi, sui quali il suo ragionamento cammina felice, senza distrazioni e deviazioni; solo, però, che ciascuno di essi è ravvivato da una luce propria, non così potente da prendere nel suo giro anche la seconda superficie, per cui trapassando dall'uno all'altro piano è come se Bobbio si confessasse diverso, con un umore contrastato e un po' scisso in se stesso.

⁷ BOBBIO, Norberto. *Locke e il diritto naturale*. op. cit., p. 170.

⁸ Ivi, p. 193.

5. Aprite, per esempio, le prime pagine di questo libro e all'ingresso, come per darvi il benvenuto, troverete un liberissimo giudizio dove lo studioso parla al lettore con cuore aperto, proprio gli si confida, e confidandosi riconosce pure lui “l'eterna esigenza della giustizia, che trascende continuamente il diritto positivo e ci induce a prendere posizione di fronte ad esso per modificarlo, perfezionarlo, adattarlo a nuovi bisogni e a nuovi valori”⁹. Ora, quando si scrive così, quando un autore stampa sulle leggi un giudizio di giustizia (o di ingiustizia), e questo giudizio egli lo vuole dedotto dalle norme di un diritto superiore (sia pure un diritto diverso da quello positivo), quando avviene tutto questo, allora possiamo star certi: dall'inchiostro di quell'autore colano giù, caldi, tutti gli umori del giusnaturalismo. Non del giusnaturalismo come teoria – intendiamoci - che anzi Bobbio quando non vi passava accanto con un castigato sorriso, trafiggeva con punte che ancora sibilano per l'aria (e la più acuminata di esse la raccoglieremo anche noi tra un po'); ma del giusnaturalismo come ideologia che appunto come ideologia vuole influire e non conoscere, modificare e non rappresentare la realtà del diritto. Ideologicamente, perciò, diciamo giusnaturalista colui che non si tiene pago delle leggi positive ma che traguandole per il reticolo delle “superleggi” naturali ne predica la giustizia o l'ingiustizia e perciò le consegna all'approvazione o alla disapprovazione della coscienza individuale. In questo senso, quando all'inizio del libro, l'uomo e lo studioso si aprono insieme, e ad una voce dicono tutto il bello e tutto il buono “della presa di posizione di fronte al diritto esistente”¹⁰, una presa di posizione – viene subito precisato – che presuppone la legge naturale come criterio di valutazione, allora veramente Bobbio confortava di coerenza quello che coll'animo solito ma forse in un momento più inquieto del normale, aveva scritto l'anno prima: “di fronte allo scontro tra le ideologie – dichiarava - dove non è possibile alcuna tergiversazione, ebbene sono giusnaturalista”¹¹.

Parole smaltate, ci mancherebbe!, il cui lucido si apriva diritta la via del cuore di tutti coloro – nemici dichiarati del positivismo – che non aspettavano altro per arruolarlo sotto le proprie bandiere. Eppure, nonostante tanto lucido (o forse proprio per questo) i lettori più attenti di Bobbio rimangono sospesi in dubbio e tengono in sospetto quelle frasi come altrettante parole irregolari; irregolari nel senso vorremmo dire “tecnico” che escono, che oltrepassano, che

⁹ Ivi, p. 193.

¹⁰ Ivi, p. 2.

¹¹ BOBBIO, Norberto. Giusnaturalismo e positivismo giuridico. BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milano: Edizioni di Comunità, 1972, p. 146.



sforzano la regola bobbiana la quale con maggiore continuità di pensieri e con più industria di ragionamenti aveva impalcato una verità diversa; proprio un'altra verità che quella appena riportata o garbatamente temperava o polemicamente contraddiceva. Può anche piacere perciò l'auto-rappresentazione di Bobbio; ma nel contesto complessivo del suo magistero quello lì rimane un germoglio sterile, che non fiorisce. E che se fiorisce dà un fiore senza odore, come di cosa (almeno per lui) non completamente naturale.

Basta anche soltanto prenderlo dal fondo e rovesciarlo all'incontrario per sentire come il pensiero suo prende altre vibrazioni, un altro tono che non restituisce l'eco a ciò che gli abbiamo sentito dire sull'ideologia giusnaturalistica. Quando infatti con agile trapasso Bobbio viene sul campo opposto, sul terreno cioè del positivismo etico (che è il momento ideologico del giuspositivismo), allora proprio in quanto ideologia opposta, noi ci aspetteremo che da lì egli rimandi capovolte all'ingiù le verità che rilucono fra i giusnaturalisti di stretta osservanza. Per cui se per gli uni – per i giusnaturalisti – la legge non ritrae da se medesima la misura della propria giustizia, e quindi non è detto che sia giusta solo perchè legge, ne viene che per gli altri – per i positivisti etici – cappottando essi le proposizioni giusnaturalistiche, legge e giustizia fanno blocco, si svolgono gemelle, e la legge, appena pronunciata, diventa la bocca stessa della giustizia. Questo ci aspetteremmo se i nemici di antica ruggine davvero si urtassero schiumando tra loro (e Bobbio parteggiasse per il primo anziché per il secondo contendente). E invece nessuno come lui ci si è messo di così buona voglia dintorno all'ideologia giuspositivistica, l'ha così percorsa in lungo e in largo, di sopra e di sotto, con tanta bella vena che alla fine gli accenti suoi più veri, i più adatti a riassumerlo, ti accorgi di scoprirli non lì dove lui aveva indicato che fossero ma precisamente dalla parte opposta, quella che strattona Bobbio e che in molti casi lo avvince a sè.

45

6. Così è, per esempio, quando entra di fino nei territori del positivismo e ci fa avvertiti che, dentro quel perimetro, mai nessuno ha levato sugli scudi la formula che fa frizzare la sensibilità giusnaturalistica; che anzi precisamente quella formula – “la Legge è la Legge” (il che val quanto dire che la legge risolve in sé gli attributi della Giustizia) – che proprio quella formula, dicevamo, è un espediente polemico arrotato sulla lamina dell'indignazione; e che come sempre capita quando c'è di mezzo l'impennata dell'indignazione, bisogna stare attenti a non travedere e ad attribuire ad altri pensieri che poi sono solo il riflesso del proprio animo in subbuglio. Che la legge debba essere obbedita sempre perchè intrinsecamente giusta, ecco -



avverte Bobbio - questa è una tesi che non miete fortuna tra i sostenitori del positivismo e che invece corre di cuore in cuore proprio tra i suoi accalorati avversari; essa cioè – parole testuali di Bobbio – è “un comodo bersaglio, una 'testa di turco', che gli antipositivisti si sono creati per condurre più facilmente la loro polemica”¹². E allora, per dire precise come stanno le cose, altro, ben altro sostengono gli ideologi del positivismo: la legge – essi affermano – può essere ingiusta ma, salvo casi eccezionali, l'ingiustizia non dispensa nessuno dal dovere dell'obbedienza. La legge insomma va ubbidita anche quando è ingiusta. E perchè? Ma perchè nel loro orizzonte essa resta minore, è sempre in servizio d'altro, e questo qualcosa d'altro che la legge deve servire è il bene – esso, sì, davvero ultimo e supremo – della pace e dell'ordine che per l'appunto solo il rispetto della legge può assicurare. Mentre dunque lì, nella versione estremizzata dai giusnaturalisti, quella con la quale armeggiano i fantasmi del loro risentimento, la legge vale di per sé e incondizionatamente, donde il valore finale del diritto, qui nella geografia reale dello spirito positivistico, il diritto ha valore strumentale, vale cioè solo come strumento necessario per il perseguimento dell'ordine.

E, badiamo bene: non di un ordine purchessia si tratta, ma – appunto - dell'ordine promosso dalla legge; da una norma cioè che è (o dovrebbe essere) generale ed astratta; che in quanto norma generale si rivolge ad una classe di soggetti livellati su una misura unica, senza né sporgenze né rientranze, né privilegi né discriminazioni (con la qual cosa si salvaguarda il valore dell'eguaglianza formale); e che in quanto norma astratta comanda comportamenti descritti nei loro caratteri tipici i quali, per essere così “tipizzati”, offrono ad ognuno la possibilità di conoscere in anticipo le conseguenze dell'azione che ha in animo di compiere: gli è sufficiente individuare il “tipo” di schema che la richiama ed egli saprà all'istante quali effetti giuridici vi sono ricollegati (col che si garantisce a tutti la certezza del diritto). Stando così le cose, non basta dire che l'ideologia positivistica si accende d'entusiasmo per l'ordine, perchè poi – se ci pensiamo - un ordine di tal fatta, etereo, languido, fluttuante nel nulla, un ordine così non esiste da nessuna parte. Esiste invece, e si concilia gli affetti del positivismo, quel particolare tipo di ordine che, attraverso la legge, promuove l'eguaglianza e la sicurezza del diritto, ossia i presupposti non diremo sufficienti ma certo necessari e facilitanti della libertà individuale. Vi pare poco? A noi no, non pare. Non pare a noi, ma quel che importa di più, è che non appariva poco nemmeno a Bobbio che anzi se ne faceva leva per ritorcere l'accusa –

¹² BOBBIO, Norberto. *Il positivismo giuridico*. Torino: Giappichelli, 1979, p. 274.



insulsa accusa, bisogna dire – che da tempo gli ideologi del giusnaturalismo scaraventano sul capo del positivismo il quale col suo “feticismo della legge” (così, per fare più eco alle parole, lo hanno battezzato), con il suo ossequioso, quasi superstizioso rispetto della legge avrebbe precipitato i regimi liberi in un abisso di fallimento disperato e aperto le vie del totalitarismo. Così, almeno, dicono i giusnaturalisti. Ma dicono male. Malissimo. Come se davvero poi nei sistemi totalitari l'autorità, inchinata alla resa, avesse offerto i polsi ai vincoli della legge e non se ne fosse fatto spasso invece come di un gommoso, elastico trastullo che una torbida grandiosità fraseologica faceva saltellare di qua e di là sacrificandola ora al “sano sentimento del popolo tedesco”, e ora all'imprendibile e guizzante “coscienza proletaria”. Via, via: sgombriamoci di queste scapricciate fantasie e torniamo a Bobbio che perciò aveva cento, mille ragioni dalla sua per ammonire che “il considerare l'ordine, l'eguaglianza formale e la certezza come i valori propri del diritto, rappresenta un sostegno ideologico in favore dello Stato liberale”¹³. Cento, mille ragioni aveva Bobbio per dire così e per raccogliersi pure lui sotto il palpito del positivismo ideologico: certo arrotondato nelle punte; certo mitigato nelle estremità (benché, come egli stesso insegnava, un positivismo estremo non si fosse mai storicamente dato); certo levigato negli angoli questo positivismo, ma sempre positivismo era. E tale rimase quando Bobbio, per un rapido momento, aprì uno spiraglio sulla camera oscura della propria sensibilità e rivelò dove mirasse e quale intima molla la muovesse: “per quel che riguarda l'ideologia – scrisse – mentre sono contrario alla versione forte del positivismo etico, sono favorevole, in tempi normali, alla versione debole, o positivismo moderato”¹⁴. Così, in chiusura del corso su *Il positivismo giuridico* (anno accademico 1960-61) e così ancora, forse addirittura più rilevato, nella “Premessa alla nuova edizione” (del 1979) quando facendo lega stretta con il precedente se stesso ribadiva che “nonostante tutta l'acqua che è passata sotto i ponti del positivismo giuridico, i piloni centrali hanno resistito”¹⁵. E' solo una piccola frase; pure, ci senti la trattenuta soddisfazione di chi non ha lavorato invano e sa che la sua costruzione si prevale delle correnti avverse perchè impalcata su sostegni che non cedono. Tra questi, resistenti fra i resistenti, anche i fondamentali del positivismo ideologico. Che perciò prima e dopo il “cedimento” giusnaturalistico di Bobbio, davanti e dopo quel punto molle e pieghevole, allestiscono come delle mura più alte, come delle facciate più elevate che proprio a quel punto

¹³ Ivi, p. 283.

¹⁴ Ivi, p. 285.

¹⁵ Ivi, p. 2.



tolgono ogni vivacità di luce. Un punto, un punto solo (peraltro costretto nelle angustie di uno spazio ridottissimo): basta davvero così poco per far decampare Bobbio dalla sapienza giuspositivistica?

7. E non è tutto. Perché se finora abbiamo collaudato, diremo così, dall' "esterno" il giusnaturalismo di Bobbio (*recte*: il presunto giusnaturalismo di Bobbio), facendolo rimbalzare su pagine posteriori e anteriori che non gli rendono l'eco e che addirittura restano in dispetto e lo respingono; se dunque manca di risonanze esterne, neppure dall'interno, auscultato in sé e per sé, senza nessun confronto con i suoi ragionamenti precedenti o successivi, neppure dall'interno il pensiero di Bobbio trasale di vibrazioni giusnaturalistiche. Prendete questo libro su Locke, per esempio, e andate dritti alla pagina dove viene a discorrere dell'ideologia giusnaturalistica (proprio quella ideologia che taluni incauti gli vorrebbero attribuire). Che cosa trovate scritto? Che "il mito [*occhio al termine!*] che il mito di un diritto che nasce da una natura benefica, perché così voluta da Dio o perché essa stessa intrinsecamente divina, è esaurito e non rinasce per non rapidamente morire"¹⁶.

48

Al volo, bisogna fermarla al volo quella parolina lì: "mito". Perché, vedete, se veramente risente il graffio del mito, se davvero nell'orientamento odierno degli spiriti la concezione di una natura materna, prosperosa, generosa - benefica, appunto - è ormai intristita come un frutto fuori stagione - mezzo e riluttante al gusto come solo i frutti avvizziti sanno essere - se insomma nessuno (o quasi) crede più nel ritorno alla natura come all'infanzia della vita, dove non c'è intelligenza ma istinti, non volontà ma appetiti, non moralità ma inclinazioni, allora - se così è - qualche anima candida potrà bene sviscerarsi d'amore per l'ideologia giusnaturalistica, ma proprio in quanto ideologia, proprio cioè come insieme di argomenti che dovrebbero indurre anche gli altri a fare la nostra stessa scelta, proprio come ideologia l'appello ad una natura nuda, svestita di tutte le complicazioni della civiltà e della tecnica, suona a vuoto e non suscita alcuna risonanza nella cultura dei giorni nostri. Provateci: provate a dire ad un contadino che no, non con i fertilizzanti, non con le trebbiatrici, non con i motocoltivatori, ma con la forza delle sole braccia e bagnando le zolle col sudore della propria fronte, solo così a contatto diretto e immediato con la "benefica" terra dovrà arricchire il valore della sua proprietà; provateci: provate a dire ad un malato di cancro che no, non con i farmaci di ultima generazione, non con

¹⁶ BOBBIO, Norberto. *Locke e il diritto naturale*. op. cit., p.78.

le operazioni al laser ma con i decotti della nonna e le erbe dei conventi dovrà curare il suo male, provateci a farlo, e saprete cosa pensare di chi parla della natura stringendo le labbra in tondo.

Il fatto è che per disgrazia di quelli che hanno gli occhi dietro (verso un fantastico inizio) e torcono lo sguardo dal mondo in cui vivono, per loro sventura, dicevamo, “il nostro sistema di valori si è spostato dall'apprezzamento della spontaneità, come adeguamento alla natura, all'apprezzamento della costruzione sociale, come lotta contro la natura.” Così scrive Bobbio che poi, immediatamente dopo, per evitare ogni grinza al proprio ragionamento, ne distende la grana e aggiunge: “Attraverso lo sviluppo della tecnica, il mondo in cui ci muoviamo è diventato, piaccia o non piaccia, sempre più artificiale e costruito. E nessuno pensa a distruggerlo; si tende, se mai, a renderlo più razionale, a perfezionare la costruzione anziché ad abatterla”. Dopo di che, salito un po' (ma solo un po') nei giri sonori del suo discorso, Bobbio chiude con lo scatto di questa domanda decisiva (decisiva, si capisce, per i destini dell'ideologia giusnaturalistica): “Quale forza persuasiva può aver ancora la dottrina del diritto naturale in un mondo in cui i principali modelli di vita sono desunti non dalla natura ma dalla lotta contro la natura?”¹⁷.

49

8. Vedete quale frastaglio di ragionamenti e che rapido commutarsi di orizzonti nei territori del giusnaturalismo: se lo prendete per il lato della storia, allora insieme con Bobbio dovrete riconoscere che mille soli sfolgorano nei suoi cieli perchè tutti quanti noi, volenti o nolenti, siamo i lontani nipoti di eventi (la Rivoluzione americana e la Rivoluzione francese) che furono appunto riscaldati dai raggi del diritto naturale. Se però, sempre insieme a Bobbio, trascorrete ad esaminarne le esigenze ideali, allora proprio quei cieli si oscurano, le nubi infittiscono e la giornata giusnaturalista, che prima sembrava così piena, ripiega in un rosario di ore opache che scivolano vuote tra i nostri pensieri. Mentre dunque la funzione storica trasporta in alto il diritto naturale, verso le punte di un bilancio abbondantemente in attivo, la sua ideologia - con quella benedetta trovata della natura “benefica” - lo trattiene in basso, tra le sofferenze di un conto in perdita. Non solo. Ma se poi con un successivo terzo scatto, ampliate ulteriormente il giro del vostro obiettivo e come con una specie di grandangolo mettete a fuoco anche l'aspetto teoretico (oltre che storico e ideologico) del giusnaturalismo, allora... allora altro

¹⁷ BOBBIO, Norberto. Argomenti contro il diritto naturale. op. cit., p.176-177.



che passivi, conti in perdita o sofferenze! Vi accorgete subito che proprio la natura “benefica”, precipita giù i giusnaturalisti, rovinandoli con la bancarotta di una impresa fallimentare. Subito ve ne accorgete, per poco che ingraniat col ragionamento di Bobbio che avendo una specie di fiuto vivo per queste vicende, avverte – e fa avvertire immediatamente anche a voi – quel che c'è di temerario e di spericolato nell'attività in cui si sono cacciati i giusnaturalisti. I quali, al di là delle loro differenziazioni interne - chi destro, chi sinistro; chi codino, chi rivoluzionario – respirano tutti quell'aerea, quell'impalpabile, quell'atmosferica eppure riconoscibilissima cosa che si chiama “aria di famiglia”; tutti, ma proprio tutti, facendo globo intorno alla seguente convinzione (che è poi come la sigla riassuntiva del loro pensiero): la natura è costellata di principi auto-evidenti che essa, però, custodisce in fondo, ma veramente in fondo, proprio nell'intimo di se stessa per cui, attrezzati da palombari, solo se gli uomini spigolano dentro le pieghe della natura e si approfondano sotto la superficie dei fatti, solo così, con questo lavoro da sommozzatori, essi possono riportare alla luce le regole del loro comportamento e sapere finalmente ciò che è giusto e ciò che è ingiusto, quel che devono e quel che non devono fare. Il dover-essere (la norma dell'azione), dunque, tirata su dai fondali dell'essere (la natura) con gli argani di una intelligenza scrutatrice: alla stretta finale - se ci pensiamo - il giusnaturalismo sta tutto qui, nell'idea che il fondamento della condotta umana sia da cercare non nella mutevole, imprevedibile e soggettiva volontà del legislatore ma nei costanti, sempiterni e oggettivi decreti della natura. Questo, non altro, è il suo magnifico azzardo. Ma che proprio come azzardo cade vittime del tiro traditore dei fatti i quali dicono un'altra verità, anzi urlano una verità opposta che carambola sul giusnaturalismo - su tutto il giusnaturalismo, compreso quello di Locke - e lo affonda nella voragine del fallimento teoretico (e sarà in quel punto che Bobbio verrà a dire così: “attorno alla legge naturale si riuniscono soltanto più i dotti nelle accademie e nei congressi, come anatomisti intorno ad un cadavere”)¹⁸. Ora, la verità che terremota il diritto naturale e ne rovina il valore conoscitivo è che mai e poi mai si può derivare la conoscenza del giusto dall'analisi della realtà naturale. Alla realtà non è immanente alcun valore; essa, per quanto la si sondi in profondità, non racchiude nulla, nessun giusto di nessun tipo. Mondo della realtà e mondo dei valori sono universi distinti e non comunicanti, sicchè non è lecito inferire un valore da un fatto, non si può derivare un dover-essere dall'essere. E la causa di questo *no-bridge*, il motivo per cui non si è dato mai né mai si darà l'arco di un ponte che riunisca le due

¹⁸ Ivi, p. 177.



rive dei fatti e dei valori, il motivo di ciò l'ha spiegato Bobbio in una pagina di questo libro che non possiamo, che non vogliamo lasciare lì perchè è tale la smaltata chiarezza dell'argomento, tale la fulminea rapidità del bersaglio che se ne resta ammirati e si vuole subito farne partecipe il lettore. “Dal fatto che l'uomo abbia queste o quelle inclinazioni naturali – scrive Bobbio – si può ricavare tutt'al più l'affermazione che l'uomo è fatto per natura in questo modo piuttosto che in un altro modo. Ma – incalza – se poi, fatto a questo modo, sia fatto bene o male, è un altro discorso. Dal primo non si può passare al secondo se non presupponendo una qualche valutazione, *che viene dissimulata nel concetto di natura, senza che ci si accorga della sostituzione*”. Fermi! Ecco qui, l'errore – questo sì, davvero sempiterno - del giusnaturalismo: trattare la natura coi riguardi dovuti ai fatti oggettivi quando invece essa è solo la proiezione di un valore soggettivo. “Certo - prosegue Bobbio – se io dico (come dirà Locke nei suoi trattati giovanile) che la natura è creata da Dio e Dio non può fare null'altro che il bene, non mi sarà difficile dedurre che la natura è buona, e buone sono le inclinazioni naturali. Ma questa deduzione è stata possibile per il fatto che io senza accorgermene ho attribuito un valore positivo alla natura, e così ho ricavato un apprezzamento positivo delle inclinazioni naturali non dalla constatazione che sono naturali ma dall'apprezzamento positivo dato della natura considerata come opera divina”¹⁹. Dopo di che, implacabile, scatta la domanda: Già: la natura creata da Dio. E se io non credo in Dio? Come la mettiamo?

In questo caso non necessariamente mi sentirò impegnato ad onorare la natura; che per me può essere atrocemente, ferocemente ingiusta proprio perchè non credo che ci sia qualcuno che presieda alla sua bontà. E quindi, ammesso *e non concesso* che esista un criterio univoco per distinguere ciò che è naturale da ciò che non lo è – la proprietà privata, per dire, è naturale o no? Locke risponde di sì. Rousseau dice di no. La schiavitù è naturale o no? Per Aristotele è naturale. Per Kant è innaturale. Il suffragio universale è un diritto naturale o no? Per i livellatori lo è; per Constant no. E potremmo andare avanti per un bel po' a documentare questo screezio tra gli interpreti della “natura” che Bobbio, non sai se più divertito o più raccapricciato, ha descritto come “l'affascinante tema di un nuovo elogio della follia”²⁰ – e quindi, dicevamo, se anche per avventura tutti, in tutti i momenti della storia, si trovassero d'accordo nello stabilire cosa è naturale, non per questo ne deriverebbe l'obbligo morale di seguirlo. Solo in un caso ciò

¹⁹ BOBBIO, Norberto. *Locke e il diritto naturale*. op. cit., p. 70-71.

²⁰ BOBBIO, Norberto. *Argomenti contro il diritto naturale*. op. cit., p.169.



che è naturale si imporrebbe come giusto e dunque rivendicherebbe per sé l'obbligo dell'obbedienza. Solo se tutti concordassero che la natura è buona. Il che, di solito, avviene quando si postula l'esistenza di un Dio creatore la cui volontà è infallibilmente diretta al bene. Per cui non necessariamente il criterio naturale coincide con quello del giusto. O più precisamente: il naturale sarà giusto solo per i credenti; è solo *relativamente* ad essi che le leggi naturali varranno anche come precetti etici. “Relativamente ad essi”, intendiamo? E quindi quel relativismo che sembrava dovesse uscire dalla porta dei valori trovati, rinvenuti, scoperti nella natura, nella oggettività della natura, precisamente quel relativismo lì rientra poi dalla finestra della natura pensata come entità benefica.

9. E così, gira e gira, siamo venuti a gravitare nell'orbita del relativismo. Come in fondo era naturale che fosse con un autore come Bobbio il quale, al pari di altri, ha denunciato la base guasta su cui è piantato l'oggettivismo giusnaturalistico, ma che più di altri e in ogni caso meglio di altri ha avuto chiara la consapevolezza che “quando si vuol designare il sistema etico opposto a quello giusnaturalistico, ci si riferisce al relativismo etico”²¹. Sicchè, avendo egli respinto il primo sistema, era poi giocoforza che ne accogliesse in grembo il secondo. Dove quel “giocoforza”, però, non è un flettere le ginocchia, una specie di soporosa capitolazione ad una fatale, infausta necessità che preme dall'alto. No, non c'è nulla di infausto nel relativismo di Bobbio - “non bisogna aver paura del relativismo”, egli ammoniva²² - : intanto perchè chiamando l'uomo a decidere da sé del bene e del male, del giusto e dell'ingiusto; sciogliendolo da valori che si pensa stiano già lì, precostituiti, e che tutt'al più vanno solo adattati ai tempi, disancorandolo dunque da un porto unico e obbligato e rendendolo pronto per tutte le partenze, il relativismo proprio quell'uomo abitua all'esercizio della scelta e lo educa al gusto geloso dell'autonomia (che non sono precisamente cose da nulla; e comunque sono tutte cose incompatibili con i meccanismi della dittatura). E poi... Poi c'è poco da sciogliersi in pianto per la polverizzazione dei valori oggettivi, quasi che il loro rovinio debba inaugurare chissà quale sconosciuto male, chissà quale inedita catastrofe debba abbattersi sull'umanità che non gira più attaccata al cilindro della mola giusnaturalistica. “Gli uomini – faceva notare Bobbio con una increpatura appena appena aspra (ma come punge!) - gli uomini non hanno aspettato la crisi

²¹ BOBBIO, Norberto. Il giusnaturalismo come teoria della morale. op. cit., p.185.

²² BOBBIO, Norberto. Sul fondamento dei diritti dell'uomo. In: BOBBIO, Norberto. *Il problema della guerra e le vie della pace*. Bologna: Il Mulino, 1979, p. 123.



del diritto naturale per sbranarsi tra loro. Gli uomini si sono combattuti ed uccisi anche nei beati tempi in cui teologi, filosofi e giuristi erano convinti e concordi assertori del diritto naturali.”²³

C'è bisogno di aggiungere altro? No, non ce n'è bisogno. O forse sì, una rapida postilla va fatta per dire che questa di Bobbio è soltanto una breve frase. Eppure quanti echi, specie in tempi di smargiassate antirelativistiche, suscita nei nostri cuori! Riassumere una polemica intera con la felicità di una battuta sola – credete pure - è sempre arte difficile, che impegna l'intelligenza, il gusto, e vorremmo aggiungere la civiltà di un Autore. Per questo, anche per questo, per tutti noi, da molto tempo, una tale verità, così semplice ed onesta, dice molte cose di Bobbio e ce ne consegna oltremodo grato il ricordo.

RIFERIMENTI

BOBBIO, Norberto. *Autobiografia*. A cura di A. Papuzzi. Roma-Bari: Laterza, 1997.

_____. Giusnaturalismo e positivismo giuridico. BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milano: Edizioni di Comunità, 1972.

_____. Il modello giusnaturalistico. In: BOBBIO, Norberto; BOVERO, M. *Società e Stato nella filosofia politica moderna*. Milano: Il Saggiatore, 1979.

_____. *Il positivismo giuridico*. Torino: Giappichelli, 1979.

_____. *Lezioni di filosofia del diritto*. Bologna: Casa editrice «La Grafolito», 1941.

_____. *Locke e il diritto naturale*. Torino: Giappichelli, 1963.

_____. Studi lockiani. In: BOBBIO, Norberto. *Da Hobbes a Marx*. Napoli: Morano, 1965.

LOCKE, John. *Il secondo trattato sul governo*. Roma: Editori Riuniti, 1974.

Submissão: 29/07/2018

Aceito para Publicação: 01/08/2018

²³ BOBBIO, Norberto. Ancora sul diritto naturale. op. cit., p. 223.



KANT E A COAÇÃO NO DIREITO DO ESTADO*

KANT AND COERCION IN THE STATE LAW

José Resende Júnior**

RESUMO: O artigo analisa a teoria de “direito do Estado” de Kant tendo como fio condutor o uso organizado da força, isto é, a coação estatal. Sustenta-se que o modo como Kant concebe a coação é chave para se compreender tanto as virtudes quanto as inconsistências de sua teoria do direito do Estado. Tendo isso em conta, inicialmente procura-se mostrar que o direito do Estado se define e se justifica em função da necessidade de uso de uma força organizada publicamente para proteger e efetivar os direitos naturais. Em segundo lugar, procura-se mostrar como se dá a organização da força pelo direito do Estado na proteção da posse inteligível que caracteriza cada um dos direitos naturais (real, pessoal e pessoal de tipo real). Em terceiro lugar, são analisadas as inconsistências da tese de Kant de que a autorização para coagir no direito do Estado pode ser extraída analiticamente. Na sequência, é analisada a possibilidade, não aventada por Kant, de coações positivas. Por último, é analisada a teoria criminal kantiana, que se revela como a parte mais frágil da teoria do direito do Estado, defendendo-se que a tese de Kant de um imperativo categórico da punição criminal é não só inconsistente como também incompatível com sua teoria do direito e, de modo geral, com os fundamentos de sua filosofia prática.

ABSTRACT: This paper analyzes Kant's theory of "state law" having as its guiding principle the organized use of force, that is, the state coercion. We argued that Kant's conception of coercion is key to understand the virtues and the inconsistencies of his theory of state law. From this, initially we try to show that the state law is defined and justified by the need to use a publicly organized force to protect and enforce natural rights. Secondly, we seek to show how is organized the force by the state law in the protection of the intelligible possession in each of the natural rights (real, personal and personal real type). Third, we analyze the inconsistencies of Kant's thesis that the authorization to coerce in the state law can be analytically extracted. In the sequence we analyzed the possibility, not proposed by Kant, of positive constraints. Finally we analyzed the kantian criminal theory, which reveals itself as the most fragile part of state law theory, arguing that Kant's thesis of a categorical imperative of criminal punishment is not only inconsistent but also incompatible with his theory of the law and, in general, with the foundations of its practical philosophy.

PALAVRAS-CHAVE: Kant. Coação. Direito do Estado. Direitos Naturais. Direito Criminal.

KEYWORDS: Kant. Coercion. State Law. Natural Right. Criminal Law.

SUMÁRIO: 1 Direito Público e Estado de Direito. 2 Direito do Estado. 2.1 Contrato Social, República e Justiça Distributiva. 2.2 Regulação e Efetivação da Posse. 2.2.1 Direito Real. 2.2.2 Direito Pessoal. 2.2.3 Direito Pessoal de Tipo Real. 2.3 Autorização Para Coagir como Princípio Analítico do Direito. 2.3.1 O Problema da Coação Positiva. 2.4 Direito Criminal. Considerações Finais. Referências.

1 DIREITO PÚBLICO E ESTADO DE DIREITO

O direito do Estado faz parte do que Kant chama de direito público. O “direito público” (*öffentliche Recht*) é definido como o “conjunto de leis que precisam de uma promulgação geral (*allgemeinen Bekanntmachung*) para produzir uma condição jurídica” (KANT, 1900, v. VI, p. 311)¹, ou seja, é o conjunto de normas artificialmente criadas pelos homens, tanto nacional

* Este trabalho decorre do projeto de pesquisa *Filosofia do direito na obra de Immanuel Kant*, vinculado ao grupo de pesquisa *Filosofia do direito (neo)kantiana* e foi financiado em parte pelo Fundo Mackenzie de Pesquisa.

** Doutor e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Estadual de Londrina (UEL), Paraná. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL), Paraná. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo.

¹ As referências das obras de Kant são da edição da Academia (*Akademieausgabe*). Com exceção do volume 27 (*Vorlesungen über Moralphilosophie*), todos os outros estão disponíveis online no endereço <<http://www.korpora.org/kant/>>. Todas as traduções são de minha responsabilidade.

quanto internacionalmente, aquilo que ordinariamente se entende por direito positivo. Diferente da acepção contemporânea do termo, para Kant, direito público é sinônimo de direito positivo.

O que essencialmente caracteriza o direito público é o uso organizado da força em sociedade. As normas positivas são o modo como, publicamente, deve ser instrumentalizado o uso da força em sociedade. E o que gera a necessidade de organização pública de uma força é a exigência moral de proteção e efetivação dos direitos naturais (*Naturrecht*). Para Kant, os direitos naturais são aqueles que não são criados, mas reconhecidos privadamente por qualquer pessoa na sua simples pretensão de autodeterminação,² por isso, também são chamados de “direitos privados” (*Privatrecht*) (KANT, 1900, v. VI, p. 210). Enquanto meras exigência morais de respeito à esfera de autodeterminação das pessoas, os direitos naturais demandam a implementação de uma força pública, instrumentalizada por meio do direito positivo, de modo a lhes fornecer efetividade. Na linguagem de Kant, tornar “peremptórios” (*peremptorische*) os direitos naturais que, por natureza, são “provisórios” (*provisorische*) (KANT, 1900, v. VI, p. 257).

Compreendidos desse modo, direito natural (privado) e direito positivo (público) não são coisas independentes no pensamento de Kant, mas se pressupõem e se definem mutuamente. Se, por um lado, a ideia de direito natural implica a exigência de constituição coletiva de uma força capaz de lhe dar efetividade, o que se faz por meio do direito positivo, por outro lado, as normas positivas só são compreensíveis como direito, e não meros usos arbitrários da força, em função da ideia de direito natural. Assim, o que legitima o uso da força pelo direito positivo é a sua articulação com o direito natural. O direito positivo constitui a parte externa do sistema de direito, a qual é estruturada em função da realidade histórica e social, mas que, para ser legítima, precisa expressar seu núcleo natural *a priori*, fornecendo-lhe proteção e efetivação. Essa imagem do sistema de direito formado por um núcleo e uma crosta é metaforicamente trabalhada por Kant como cérebro e cabeça a partir de uma fábula de Fedro: “Uma teoria do direito simplesmente empírica é (como a cabeça de madeira da fábula de Fedro)

² Este trabalho opera com a distinção estabelecida por Kant entre “autonomia” (*Autonomie*) (KANT, 1900, v. IV, p. 446-447; v. VI, p. 213; v. V, p. 33) e “livre arbítrio” (*freie Willkür*) (*arbitrium liberum*) (KANT, v. 2 III, p. 521; v. VI, p. 213). Autonomia é a capacidade que seres racionais têm de se representar uma lei de modo puramente racional e agir em função da mesma. Já o livre arbítrio é a capacidade que seres racionais têm de ponderar sobre as inclinações que os afetam e escolher qual será o móbil de sua ação, escolha essa que é a representação racional de uma lei. A autonomia, em função de sua universalidade formal, é o parâmetro da moralidade e estabelece os limites legítimos de atuação mútua entre os arbítrios. Para facilitar a análise, o termo “autodeterminação” será utilizado neste trabalho para se referir apenas à liberdade do arbítrio, enquanto o termo “autonomia” será reservado para a liberdade em sentido puro, ou seja, a capacidade de representação de uma lei de modo puramente racional.

uma cabeça, talvez bela, mas, infelizmente, falta-lhe cérebro.” (KANT, 1900, v. VI, p. 230). Na alegoria, o direito natural é o cérebro e o direito positivo é a cabeça.³

Articulado com o direito natural, o direito público cria o que Kant chama de “condição jurídica” (*rechtlichen Zustand*) (KANT, 1900, v. VI, p. 311), que ele define como uma “relação dos homens entre si, unicamente dentro da qual cada um pode fruir seus direitos” (KANT, 1900, v. VI, p. 305-306), noção essa que será decisiva para o desenvolvimento do conceito de “Estado de direito” (*Rechtsstaat*) na doutrina constitucional alemã.⁴ Em outros termos, o direito público estabelece as condições políticas necessárias para o exercício dos direitos naturais pelas pessoas.

Segundo Kant, são três os tipos de “condição jurídica” possibilitados pelo direito público: o “direito do Estado”, o “direito das gentes” e o “direito cosmopolitano” (KANT, 1900, v. VI, p. 311). O presente artigo circunscreve-se ao direito do Estado, ou seja, ao conjunto de normas e instituições positivadas em uma comunidade localizada de pessoas que, idealmente, deve possibilitar a fruição dos direitos naturais pelas mesmas. Já as relações jurídicas entre países e entre pessoas de diferentes países, que dizem respeito ao direito das gentes e ao direito cosmopolitano, serão analisadas em outra oportunidade.

57

³ Há muita discussão entre os comentadores sobre a relação entre direito natural (privado) e direito positivo (público) em Kant. De modo geral, a discussão gira em torno da independência entre os dois. Seria o direito natural de algum modo (existencial, lógico, moral) independente do direito positivo, ou o direito natural só pode ser pensado a partir da efetividade histórica do direito positivo? Há no texto de Kant passagens e ambiguidades que servem para sustentar as mais diversas interpretações, desde as mais juspositivistas até as mais jusnaturalistas. Para uma interpretação que defende que o direito natural pode ser pensado de modo independente do direito positivo, veja-se WILLIAMS, 2012, p. 70; BOBBIO, 2000, p. 135-140. Já para uma interpretação que defende que o direito natural só pode ser pensado a partir do direito público, veja-se WALDRON, 1996, p. 1535-1566; ESTEVES, 2012, p. 156-175; SAAGE, 1976, p. 207; GOYARD-FABRE, 2006, p. 144. BYRD; HRUSCHKA, 2010, p. 31 e 34.

⁴ Na expressão *rechtlichen Zustand* o termo “Zustand” pode ser traduzido em português por “situação”, “condição”, “conjuntura” ou “estado”. Essa ideia de uma “situação jurídica” terá grande influência no pensamento constitucional alemão na elaboração do conceito de “Estado de direito” (*Rechtsstaat*). Duas obras importantes no desenvolvimento da doutrina do Estado de direito, que reconhecem essa influência kantiana, são *Litteratur der Staatslehre – Ein Versuch* (1798), de Johann Wilhelm Petersen, que parece ter sido o primeiro a usar o termo “*Rechtsstaat*”, e *Die deutsche Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates* (1832-33), de Robert von Mohl, que populariza o termo. Sobre a história e evolução da noção de Estado de direito, veja-se STOLLEIS, 1982, p. 367-375; BYRD; HRUSCHKA, 2010, p. 27.

2 DIREITO DO ESTADO

2.1 Contrato Social, República e Justiça Distributiva

As relações recíprocas entre pessoas submetidas a leis positivas denomina-se, segundo Kant, “*condição civil (status civilis)*”, e a estrutura social que se constitui com essas leis é o que se chama de “Estado (*civitas*)” (KANT, 1900, v. VI, p. 311). O conjunto dessas regras positivas, que estruturam a condição civil e formam o Estado, é a parte do direito público que Kant chama de “direito do Estado” (*Staatsrecht*) (KANT, 1900, v. VI, p. 311-342).

Apoiando-se na tradição contratualista, Kant utiliza a noção de contrato original (*ursprüngliche Kontrakt*) (KANT, 1900, v. VI, p. 315) para justificar a implementação do direito positivo na forma do Estado. Num suposto estado de natureza, em face da finitude e dos condicionamentos constitutivos das pessoas, os direitos naturais teriam apenas uma condição provisória, se reduzindo a meras exigências privadas universalmente reconhecíveis. Diante dessa insegurança e inefetividade dos direitos naturais, seres racionais finitos se veriam moralmente compelidos a organizar uma força comum para substituir a violência do estado de natureza, de modo a proteger e coordenar as esferas de autodeterminação de cada pessoa, o que nada mais é do que o exercício dos direitos naturais.

Do direito privado no estado de natureza procede o postulado do direito público: tu deves, por circunstância de uma inevitável coexistência com todos os outros, sair deste estado para entrar no Estado jurídico, ou seja, naquele de justiça distributiva. O fundamento deste postulado pode ser desenvolvido analiticamente a partir do conceito de *direito* nas relações externas, em oposição à violência (*violentia*) (KANT, 1900, v. VI, p. 307).

A organização dessa força comum é pensada por meio da ideia de um contrato original, como se, simultaneamente, cada pessoa de uma comunidade, procurando melhorar as suas condições de autodeterminação, promettesse se submeter a uma ordem comum.

Enquanto nos autores contratualistas observa-se uma certa ambiguidade em relação ao contrato original, que ora é pensado como um fato histórico, ora como mera hipótese teórica, para Kant não há dúvida de que esse contrato nunca aconteceu, nem poderia ter acontecido. Trata-se apenas de uma ideia regulativa da razão, que tem o efeito prático de tornar pensável o Estado e legítimo o uso da força por meio do direito positivo.



O ato pelo qual o povo mesmo se constitui num Estado é o *contrato original* (embora, propriamente falando, este seja apenas a ideia pela qual exclusivamente se pode pensar a legalidade do Estado) segundo o qual todos (*omnes e singuli*) no *povo* renunciam à sua liberdade externa para readquiri-la imediatamente enquanto membros de uma comunidade política, ou seja, enquanto membros do povo considerado como Estado (*universi*) (KANT, 1900, v. VI p. 315).

No texto *Sobre a expressão comum: isso pode ser correto na teoria, mas não vale na prática* (1793) Kant é ainda mais explícito: o contrato original é

apenas uma *simples ideia* da razão, a qual, entretanto, incontestavelmente, tem a sua realidade (prática): qual seja, vincular cada legislador a fazer leis como se fossem originadas da vontade unida de todo um povo, e considerar cada súdito, na medida em que deseja ser cidadão, como se tivesse consentido com uma tal vontade” (KANT, 1900, v. VIII, p. 297).

Nesse sentido, o contrato original não implica um ato conjunto dos indivíduos num dado momento histórico, mas apenas a exigência de que qualquer indivíduo que esteja desempenhando a atividade legislativa (que cria o direito positivo), o faça em conformidade com o dever universal de agir autonomamente, de tal modo que qualquer pessoa, buscando se autodeterminar, pudesse fazer do mesmo modo. Isso é o que Kant chama de “vontade unificada do povo” (*vereinigten Willen des Volkes*), que é a sua versão deontologicamente esclarecida da vontade geral de Rousseau.

O poder legislativo só pode pertencer à vontade unificada do povo. (...) Somente a vontade concordante e unificada de todos, portanto, na medida em que cada um decida a mesma coisa sobre todos e todos sobre cada um, isto é, a vontade popular universalmente unificada, pode ser legisladora (KANT, 1900, v. VI, p. 313-314).

Assim, para Kant, não interessa quem elabora as normas do direito positivo, seja um monarca, um grupo de indivíduos ou todos os indivíduos numa assembleia democrática. O importante é que as normas do direito positivo, que instrumentalizam o uso público da força, tenham sido criadas em articulação com o direito natural, visando lhes conferir efetividade e proteção, ou seja, proteger e coordenar a esfera de autodeterminação de todas as pessoas entre si. Um governo que age desse modo, independente da sua forma (monárquico,⁵ aristocrático,

⁵ Ao invés de *monarquia*, Kant prefere a expressão *autocracia*. Enquanto o autocrata é descrito como o soberano despótico, o monarca seria apenas o representante da autoridade soberana (KANT, 1900, v. VI, p. 338-339). Trata-se, entretanto, de uma distinção frágil, que é explicada pelo fato de que Kant vivia sob a monarquia absolutista de Frederico II, exemplo típico de déspota esclarecido do século XVIII europeu, que governavam com mão de ferro ao mesmo tempo em que flertava com o liberalismo e a filosofia iluminista. Diante disso, para evitar problemas políticos, Kant reveste a figura do monarca com um verniz republicado opondo-o ao despotismo do autocrata.

democrático, etc) é o que Kant chama de governo republicano, já aquele governo que age contra os princípios do direito natural, independente da sua forma, é chamado de despótico (KANT, 1900, v. VI, p. 339). O legítimo exercício do poder legislativo, independente de quem de fato o exerça, é aquele que está de acordo com o legítimo exercício da autodeterminação de qualquer pessoa. Compreendida desse modo, Kant afirma que a república é o único modo de governo em que a lei governa, independente da vontade de quaisquer indivíduos, ou seja, é o modo de governo no qual as normas coincidem com aquelas que quaisquer pessoas se dariam se estivessem se autodeterminando legitimamente. Nesse sentido, resume Kant, a república é a única forma de governo que tem como princípio a liberdade (KANT, 1900, v. VI, p. 340-341).

Quando o direito positivo, no uso público da força que o caracteriza, consegue minimamente proteger e efetivar os direitos naturais, ou seja, se constrói de modo republicano, tem-se o que Kant chama, retomando a tradição aristotélica, de “justiça distributiva” (*iustitia distributiva*) (KANT, 1900, v. VI, p. 297). Num estado de natureza, onde não houvesse uma força pública constituída, a única forma de justiça possível seria a “justiça comutativa” (*iustitia commutativa*) (KANT, 1900, v. VI, p. 297 e 302), a qual se realizaria se, em face do dever de agir autonomamente compartilhado por todas as pessoas, a busca por autodeterminação de cada pessoa estivesse em harmonia com a busca por autodeterminação de todas as outras. Contudo, por causa da finitude e dos condicionamentos constitutivos da condição humana, é impossível alcançar a justiça comutativa. Condicionamentos físicos, psíquicos, sexuais, econômicos, culturais, ideológicos, etc., levam inevitavelmente a conflitos entre as pessoas, o que se traduz numa ofensa à esfera legítima de autodeterminação das pessoas. Assim, a única justiça que pode ser realizada pelos homens é a distributiva. Nessa, por meio da organização pública da força, são usados condicionamentos fenomênicos como instrumentos para resguardar a esfera de autodeterminação dos indivíduos.

60

2.2 Regulação e Efetivação da Posse

A primeira função do direito do Estado é proteger e efetivar os direitos naturais. Tecnicamente isso é feito através da regulação da posse inteligível (*intelligibler Besitz*) (*possessio noumenon*), que para Kant é o núcleo de todo direito natural. A posse inteligível é definida em oposição à posse sensível (*possessio pharnomenon*) (KANT, 1900, v. VI, p. 249). Enquanto a posse sensível se caracteriza pela detenção física de algo, a posse inteligível se

caracteriza pela disponibilidade de uso que intelectualmente uma pessoa tem sobre algo. Para Kant, essa disponibilidade inteligível é o que constitui o conceito jurídico de posse, sendo a posse empírica um mero acidente daquela. A posse inteligível é a condição de possibilidade do exercício de qualquer direito natural.

A partir da noção de posse inteligível Kant distingue e analisa três direitos naturais: “direito real”, “direito pessoal” e “direito pessoal de tipo real” (KANT, 1900, v. VI, p. 249-284). Em cada um desses, o direito positivo deve ser instituído em função do modo como se configura a posse inteligível.

2.2.1 *Direito Real*

O direito real é o direito natural que as pessoas, entre si, têm em relação aos objetos (coisas) de seus arbítrios (KANT, 1900, v. VI, p. 255-257). Nesse caso, a posse inteligível se dá sobre coisa externa, de modo que o uso da força pelo direito positivo deve ter por finalidade a proteção da posse legítima de coisas externas. Originalmente, do ponto de vista do conceito de direito real, todas as pessoas compartilham a posse inteligível sobre qualquer coisa que possa ser usada como meio de autodeterminação. Como pessoas humanas são constituídas por todo tipo de condicionamento, esse compartilhamento da posse inteligível leva, inevitavelmente, a conflitos, de modo que o desafio do direito positivo não é distribuir as coisas para as pessoas, mas sim regular e organizar o uso que as pessoas fazem das coisas tendo em vista a otimização das condições de autodeterminação de todas.

O aparato normativo e institucional por meio do qual o direito positivo regula o direito real é o que normalmente se chama de “propriedade”⁶ no mundo do direito (KANT, 1900, v. VI, p. 269). Essa regulação promovida pela propriedade se dá por meio de regras positivas dotadas de sanção que buscam criar artificialmente uma exclusividade temporária para o uso legítimo de uma coisa por alguém.

Para exemplificar essa exclusividade, veja-se o caso do direito à moradia. Em nossas condições atuais de existência, um elemento fundamental para a autodeterminação de qualquer

⁶ Kant não é rigoroso com a terminologia no direito real. No início de suas análises sobre o direito privado, a expressão utilizada para se referir à posse de algo externo é “meu e teu” (*Mein und Dein*). Posteriormente, quando se aproxima da análise do direito público, é introduzido o termo “propriedade” (*Eigentum (dominium)*), geralmente associado às regras do direito positivo usadas na regulação do direito real.

pessoa é a moradia. Todos precisam de um lugar para morar, se proteger, descansar e que permita acesso à cidade, ao trabalho, à educação, aos equipamentos públicos mínimos necessários para o seu desenvolvimento como cidadão. Como é fisicamente impossível que todos morem no mesmo lugar, são necessárias regras de uso do solo e de convivência, o que implica a possibilidade de se usar a força contra alguém para garantir o gozo da moradia pelo legítimo possuidor. Observe-se que esse uso da força só será legítimo se ele procurar, dadas as circunstâncias, otimizar a possibilidade de autodeterminação de cada um dos membros da sociedade. Isso mostra que o direito de propriedade, entendido como proteção positiva do direito real, não é absoluto. O Estado não é simplesmente o cão de guarda do direito real, mas deve agir no sentido de corrigir o sistema de propriedade, de modo que este sirva não para dificultar, mas para otimizar as condições de autodeterminação das pessoas.⁷ Nesse sentido, a proteção do direito positivo dada a alguém que compra imóveis e os deixa vazios com a única finalidade de especular no mercado imobiliário, não se mostra legítima. Lido desse modo, é possível usar Kant para legitimar figuras contemporâneas de correção das relações de propriedade, como o princípio da função social da propriedade, a tributação progressiva, IPTU progressivo, etc.

62

2.2.2 *Direito Pessoal*

O direito pessoal é o direito natural que uma pessoa tem sobre outra em função de uma promessa desta, de modo que é possível exigir que ela faça ou deixe de fazer alguma coisa. Trata-se aqui do fundamento dos contratos. A posse inteligível nesse caso não é sobre a pessoa, mas sobre a sua promessa. Para que o contrato seja juridicamente legítimo, a transmissão da promessa e a sua aceitação devem se dar por vontade simultânea e livre das partes (KANT, 1900, v. VI, p. 271-276).

Aqui, a função do direito positivo é garantir e dar efetividade para a posse inteligível da promessa transferida no contrato, o que se faz por meio de regras com previsão de sanção. É o que acontece, por exemplo, com alguém que tem um bem sequestrado por um órgão estatal em

⁷ Existem várias leituras do direito real em Kant que enfatizam o Estado como um mero garantidor da propriedade. Veja-se, por exemplo: VUILLEMIN, 1994, p. 31; KERSTING, 1994, p. 339. Para uma discussão política sobre as várias interpretações desse ponto, veja-se PERES, 2004, p. 76-81. Em todo caso, acredito que a leitura que aqui proponho, que vê a propriedade não como algo em si, mas como um instrumento para proteger e otimizar a esfera de autodeterminação das pessoas, é a mais condizente com o espírito da obra de Kant.

função de uma cláusula penal por não cumprimento de uma obrigação num contrato de prestação de serviço. Aqui, também, o uso da força pelo direito positivo só será considerado legítimo se visar, em última instância, a autodeterminação dos indivíduos.

2.2.3 *Direito Pessoal de Tipo Real*

O direito pessoal de tipo real é o direito natural que pessoas possuem entre si em função do estado de uma em relação à outra. Em muitas situações, as condições existenciais de uma pessoa (físicas, sociais, econômicas, psíquicas, sexuais, etc) implicam dependência em relação a outra pessoa e, ao mesmo tempo, responsabilidade desta no fornecimento das condições de autodeterminação daquela (KANT, 1900, v. VI, p. 276). A partir de sua realidade histórica, Kant analisa três tipos de relações de direito pessoal de tipo real: matrimoniais, paternais e de criadagem (KANT, 1900, v. VI, p. 277-284), entretanto, pode-se incluir aí qualquer tipo de relação assimétrica entre pessoas decorrente de diferentes condições existenciais que as vinculem.

No caso do direito pessoal de tipo real, o uso da força pelo direito positivo deve ter por finalidade a proteção da posse legítima sobre o estado do outro em relação a mim. Isso significa que é possível o uso institucionalizado da força entre pessoas que estão vinculadas existencialmente, sendo que aquilo que legitima esse uso da força é a proteção e o fornecimento das condições existenciais de autodeterminação de todos os envolvidos. É o que se observa, por exemplo, quando uma mãe recorre a órgãos estatais para internar a força um filho durante um surto psicótico, ou então nas ações alimentares entre membros de uma família.

Apesar de Kant só ter analisado situações domésticas, esse uso público da força pelo direito positivo pode ser legitimado pelo direito pessoal de tipo real em outros tipos de relações, por exemplo, nas relações trabalhistas, as quais não podem ser classificadas como direito pessoal, pois há subordinação de um dos lados, sendo necessário analisar, diante das condições materiais e da organização econômica, em que grau e como se justifica o uso da força pelo direito positivo de modo a otimizar as condições de autodeterminação de todas as pessoas envolvidas.

2.3 Autorização Para Coagir como Princípio Analítico do Direito

Um ponto muito discutido na literatura kantiana, diretamente ligado ao direito do Estado, diz respeito à necessidade de uso da coação pelo direito. O núcleo dessa polêmica é a tese defendida por Kant de que a “autorização para coagir” (*Befugnis zu zwingen*) (KANT, 1900, v. VI, p. 231) é uma característica fundamental do direito que decorre de uma exigência analítica.⁸ Ou seja, independente das condições reais, históricas e sociais em que vivem as pessoas, a autorização para coagir os indivíduos decorreria de uma necessidade implicada no próprio conceito de direito. Em termos lógicos, isso significa dizer que a necessidade de uso da força pelo direito contra quem o viola seria demonstrada com a simples aplicação do princípio da contradição. Tal como a negação da proposição “o triângulo tem três ângulos” gera contradição, a negação da necessidade de coagir no direito também seria contraditória.⁹

Segue a principal passagem da *Doutrina do Direito* em que Kant procura extrair analiticamente a autorização de uso da força para coagir no direito:

A resistência que se opõe a um obstáculo de um efeito promove esse efeito e concorda em ele. Ora, tudo que é injusto é um obstáculo à liberdade de acordo com leis universais. A coerção, entretanto, é um obstáculo ou resistência a que a liberdade aconteça. Logo, quando um certo uso da liberdade é ele próprio um obstáculo à liberdade de acordo com leis universais (isto é, é injusto), então a coerção que a ele se opõe, enquanto *impedimento* de um *obstáculo da liberdade*, é conforme à liberdade de acordo com leis universais, isto é, é justa. Portanto, ao mesmo tempo, está ligada ao direito, pelo princípio da contradição, uma autorização para coagir alguém que o viola (KANT, 1900, v. VI, p. 231).

Na segunda parte da *Metafísica dos Costumes*, numa passagem da *Doutrina da Virtude*, Kant é ainda mais explícito:

X - O princípio da doutrina do direito era analítico; o princípio da doutrina da virtude é sintético

De acordo com o princípio da contradição, fica claro que a coerção externa pode conviver com fins em geral, na medida em que ela é uma resistência contra o obstáculo da liberdade externa de acordo com leis universais (um obstáculo contra o próprio obstáculo); e não é preciso ir além do conceito de liberdade para enxergar isso, independente do fim que cada um possa ter. Portanto, o *princípio supremo do direito* é uma proposição analítica (KANT, 1900, v. VI, p. 396).

⁸ Sobre essa discussão, veja-se MULHOLLAND, 1990, p. 243; GUYER, 2005, p. 198-242.

⁹ Segundo a lógica clássica, há contradição quando algo é afirmado e negado ao mesmo tempo na mesma relação. No exemplo do texto, dizer que “triângulo não tem três ângulos” é dizer que “A é não A”. Diante do princípio da contradição, algo é possível quando não implica contradição, algo é impossível quando implica contradição e algo é necessário quando sua negação é impossível ou implica contradição.

Basicamente Kant argumenta que, analisando o conceito de direito, extrai-se que uma força externa que embaraça o exercício da liberdade implica logicamente a necessidade de uma segunda força externa para neutralizar a primeira, permitindo o exercício da liberdade.

Como observa Paul Guyer, esse não parece ser um raciocínio analítico, mas a descrição de uma relação de forças (GUYER, 2002, p. 223-230). Kant estaria cometendo o erro que havia denunciado anteriormente no ensaio *Tentativa de Introduzir o Conceito de Grandeza Negativa na Sabedoria em Geral* (1763) (KANT, 1900, v. II, p. 171): estaria confundindo relações reais com relações lógicas. No caso, estaria confundindo uma oposição real de forças com a relação lógica de contradição.

Depois de tanto insistir, ao longo de sua carreira, que os juízos analíticos se limitavam às verdades formais da lógica, e que toda ciência dependia de juízos sintéticos, é no mínimo estranha essa pretensão de Kant de resolver uma questão capital para o direito (a autorização para o uso coativo da força) por meio de um juízo analítico.

Diante dessa dificuldade, Paul Guyer afirma que o pensamento de Kant deveria ser corrigido nesse particular, pois se trataria, na verdade, de um juízo sintético (GUYER, 2002, p. 229-230). Solução esta que é apoiada por certas passagens, como por exemplo o parágrafo E da introdução da *Metafísica dos Costumes*, onde Kant sugere que a necessidade de uso coativo da força no direito é sintética quando pensa analogicamente o conceito de direito com exemplos da construção de conceitos na física e na matemática:

A lei de uma coerção recíproca que está necessariamente de acordo com a liberdade de todos sob o princípio da liberdade universal é, por assim dizer, a *construção* daquele conceito, ou seja, a sua apresentação numa intuição pura *a priori*, por analogia com a possibilidade do movimento livre dos corpos sob a lei da *igualdade da ação e reação*. Tal como na matemática pura não derivamos as propriedades de seus objetos diretamente dos conceitos, mas só podemos descobri-las através da construção de conceitos, analogamente, não é tanto o *conceito* de direito que possibilita a sua exposição, mas antes a coerção com ele coincidente, plenamente recíproca e igual, que é submetida a leis universais (KANT, 1900, v. VI, p. 232-233).

Mas independente dessa imprecisão no pensamento de Kant, seja a autorização para usar a força no direito analítica ou sintética, e mesmo que a razão esteja com Paul Guyer (o que me parece ser o caso), o fato é que Kant não concebe o direito sem a possibilidade de coação. Isso é algo que também pode ser observado em outras esferas do seu pensamento, por exemplo, na sua análise das formas de governo no texto *Antropologia do ponto de vista pragmático* (1798),

na qual as forma de governo são classificadas a partir da combinação entre lei, liberdade e poder:

- A. Lei e liberdade sem poder (Anarquia).
- B. Lei e poder sem liberdade (Despotismo).
- C. Poder sem liberdade nem lei (Barbárie).
- D. Poder com liberdade e lei (República) (KANT, 1900, v. VII, p. 330-331).

Essa classificação sugere que a única forma de governo viável e justa é a república. Despotismo e barbárie seriam formas viáveis, mas não justas. Já a anarquia seria justa, mas não viável. Ou seja, a anarquia, como uma forma de governo na qual o direito dispensa a coação, não seria possível, mas apenas pensável por combinação lógico formal. Em outros termos, anarquia seria um conceito vazio.

2.3.1 O Problema da Coação Positiva

A partir do que se viu no tópico anterior, observa-se que para Kant a coação do direito se traduz pela capacidade do poder público de causar algum tipo de lesão, seja física, moral, econômica, etc, e com isso influenciar o comportamento do indivíduo. Pelo menos na *Metafísica dos Costumes* não há nenhuma consideração sobre outra estratégia jurídica para influenciar o comportamento dos indivíduos que não seja a capacidade pública de lesão.¹⁰ O porquê dessa limitação, entretanto, é algo que não fica claro no texto.¹¹

Por que não é possível o uso de sanções positivas, como recompensas e prêmios, para induzir os indivíduos a agirem conforme prescrito pelo direito? Tal como a ameaça de lesão, a promessa de recompensa é uma forma de manipular as inclinações das pessoas de modo a fazer com que suas ações sejam compatíveis com as esferas de autodeterminação das outras, e, assim, sejam justas. Por que uma coação por ameaça de dor é tão diferente de uma persuasão por promessa de prazer? Do ponto de vista da filosofia prática kantiana não parece haver diferença, pois ambas dizem respeito ao âmbito das inclinações, ou seja, os condicionamentos físicos, psíquicos, sexuais, culturais, econômicos, etc, que nos constituem. Nesses termos, parece que

¹⁰ Nos cursos de Kant sobre filosofia moral, reunidos no volume 27 das obras completas, encontram-se notas de alunos dando conta de observações do filósofo sobre a possibilidade de coações positivas, por exemplo, Collins (KANT, 1900, v. XXVII, p. 288) e Vigilantius (KANT, 1900, v., XXVII, p. 548), contudo, essas notas não permitem afirmar que Kant considerava a coação positiva como parte do seu sistema de direito.

¹¹ Sobre este ponto, veja-se HOFFMAN, 2015, p. 118-125.



a teoria do direito kantiana, desenvolvida de modo consistente, deve incluir a possibilidade de sanções positivas no direito do Estado.

2.4 Direito Criminal

O direito criminal é a última parte do direito do Estado,¹² sendo composto pelo “direito penal” (*Strafrecht*) e pelo “direito de indulto” (*Begnadigungsrecht*). Introdutoriamente, Kant define o direito penal como o direito do soberano de causar dor (*Schmerz*) a um cidadão por causa de um crime (*Verbrechens*) (KANT, 1900, v. VI, p. 331). Já o direito de indulto é definido como o direito que o soberano tem de diminuir ou perdoar a pena de um crime praticado contra ele (KANT, 1900, v. VI, p. 337).

Antes de analisar os detalhes desse pretense direito do soberano de causar dor e de indultar, a primeira dificuldade é entender o que define algo como crime (*Verbrechen*). Inicialmente Kant afirma que um crime é uma “violação da lei pública” (*Übertretung des öffentlichen Gesetzes*) (KANT, 1900, v. VI, p. 331), podendo essa violação ser particular, quando atinge indivíduos particulares, ou coletiva, quando atinge toda a comunidade. No primeiro caso, como numa fraude numa compra e venda, o crime seria levado à justiça civil (*Zivilgerechtigkeit*), no segundo caso, como numa falsificação de dinheiro, o crime seria levado à justiça criminal (*Kriminalgerechtigkeit*) (KANT, 1900, v. VI, p. 331). Mas independente de ser uma ofensa particular ou coletiva, o problema é que Kant não esclarece em que consiste essa “violação da lei pública”. Não fica claro quando e em que circunstâncias uma conduta viola a lei pública tornando-se crime. Kant não explicita a diferença entre uma simples conduta ilegal, como uma infração de trânsito, suscetível à coação genérica que caracteriza o direito do Estado, e uma conduta criminosa e suscetível a um tipo especial de sanção chamado de pena. Além disso, como Kant começa sua análise do direito criminal referindo-o ao poder soberano, não fica claro se o que ele chama de “lei pública” se refere apenas ao direito do Estado, ou se

67

¹² Na literatura kantiana sobre o direito criminal é possível distinguir três vertentes. Em primeiro lugar, aqueles que defendem a consistência do retributivismo de Kant, por exemplo, POTTER, 1998, p.169-190. Em segundo lugar, aqueles que defende que uma posição puramente retributiva não é consistente e tentam complementá-la com posições dissuasivas e reabilitadoras, as quais estariam implícitas no pensamento de Kant, por exemplo, BYRD, 1989, p. 151-200; RIPSTEIN, 2009; HOFFMAN, 2015. Por último, aqueles que defendem que a filosofia prática de Kant, corretamente compreendida, é incompatível com teorias criminais retributivas, por exemplo, MURPHY, Jeffrie G. Does Kant Have a Theory of Punishment? *Columbia Law Review*, v. 87, n. 3, 1987, p. 530; MERLE, 2000, p. 311-338.



engloba as outras formas de direito público (direito das gentes e direito cosmopolitano). Se a lei pública é o próprio direito público, então toda conduta que viola qualquer norma de direito positivo, incluindo normas internacionais, é uma conduta criminosa, o que leva a uma hiperinflação do direito criminal, a qual não parecia estar nos planos de Kant.

Também não fica claro se essa violação da lei pública precisa decorrer de uma intenção deliberada, ou seja, se precisa haver dolo para configurar o crime. Na *Introdução à Metafísica dos Costumes* Kant escreve:

“Uma violação *não-intencional* (*unvorsätzliche*) que ainda é imputável ao agente é chamada de uma mera *culpa* (*culpa*). Uma violação *intencional* (*vorsätzliche*) (isto é, aquela acompanhada da consciência de ser uma violação) é chamada de *crime* (*dolus*)” (KANT, 1900, v. VI, p. 224).

Essa passagem sugere que só há efetivamente crime quando há dolo, o que é reforçado pelo fato de que Kant, em todas as análises sobre direito criminal na *Metafísica dos Costumes*, só trata de exemplos e tipos dolosos. Nesse sentido, não fica claro em que consiste a imputação das transgressões culposas, se elas seriam passíveis de punição criminal ou apenas da coação genérica que caracteriza o direito do Estado.

Sem esclarecer o que define uma conduta como criminosa, Kant passa para a análise da pena (*Strafe*). Segundo o filósofo, uma conduta criminosa implica moralmente o merecimento de uma punição. Ou seja, a pena deve ser aplicada ao criminoso simplesmente porque “ele cometeu um crime” (*weil er verbrochen*) (KANT, 1900, v. VI, p.331). Nesse sentido, o ato criminoso geraria analiticamente a obrigação moral de puni-lo, independente de considerações sobre as consequências ou finalidades da pena. Procurando demonstrar essa analiticidade da pena Kant afirma que “a lei da punição é um imperativo categórico” (*Das Strafgesetz ist ein kategorischer Imperativ*) (KANT, 1900, v. VI, p. 331). Tem-se aí, nessa passagem, o núcleo da teoria criminal retributiva de Kant. Todavia, ao contrário do que sugere o filósofo, essa implicação lógica da obrigação de retribuir o mal não é nem um pouco clara. Dizer simplesmente que “a lei da punição é um imperativo categórico” pouco ajuda.

Na filosofia prática de Kant o imperativo categórico é a formulação proposicional da liberdade entendida como autonomia. Seres racionais finitos (pessoas) são efetivamente livres quando se representam e agem em função de uma lei puramente racional, independente de qualquer tipo de condicionamento (físicos, psíquicos, culturais, econômicos, etc.). Como se trata de uma lei puramente formal, ela é exatamente a mesma para qualquer pessoa agindo



autonomamente, o que fornece o parâmetro absoluto da moralidade. Agir autonomamente é agir do mesmo modo que qualquer pessoa agiria se estivesse sendo autônoma, nesse sentido, ser livre é ser moral. Sendo incompreensível fenomenicamente, essa lei se coloca, do ponto de vista prático, como um dever, o qual Kant formula de vários modos, por exemplo: “Age somente segundo a máxima tal que possas, ao mesmo tempo, querer que ela se torne universal” (KANT, 1900, v. IV. p. 421), ou então “Age de tal maneira que trates a humanidade, seja na sua pessoa ou na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca como simples meio” (KANT, 1900, v. IV, p. 429) e ainda “*age externamente de modo que o livre uso de seu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal*” (KANT, 1900, v. VI, p. 231).

Apesar de Kant afirmar que “a lei da punição é um imperativo categórico”, ele não formula esse imperativo. O máximo que se tem são enunciações particulares do que seria esse imperativo aplicado ao crime de homicídio: “matar ilegalmente alguém deve ser punido com a morte” (KANT, 1900, v. VI, p. 335-336), ou então “todos os assassinos, que cometeram, ordenaram ou contribuíram para o assassinato, devem sofrer a morte” (KANT, 1900, v. VI, p. 334). Quando se analisa esses enunciados o que se observa é apenas uma suposta obrigação de retribuir um mal causado por um crime, o que a princípio não parece ter qualquer relação com a exigência de agir autonomamente do dever que caracteriza o imperativo categórico. Se essa lei da punição deve ser interpretada na mesma linha do imperativo categórico, então Kant está sugerindo que punir o criminoso é um ato de liberdade, uma conduta praticada por dever, que coincide com a exigência de agir autonomamente de qualquer pessoa, incluindo o próprio criminoso. Isso, entretanto, não é nada óbvio. É com se faltasse uma parte do argumento. De um lado tem-se o imperativo categórico como exigência de ação autônoma, de outro lado tem-se é o pretenso imperativo categórico da punição como exigência de punir retributivamente atos criminosos, mas entre eles não parece haver uma conexão lógica. Mesmo que se entenda o crime como algo que ofende a liberdade como autonomia, não fica claro porque a sua punição retributiva é uma exigência dessa mesma liberdade ofendida.

A dificuldade para se compreender esse imperativo categórico da punição é agravada pelo fato de que, segundo Kant, a punição criminal só pode ser aplicada pelo Estado, através de um tribunal, e nunca por um julgamento particular (KANT, 1900, v. VI, p. 331-332). Em toda a filosofia prática de Kant o imperativo categórico diz respeito à consciência individual deliberativa de pessoas, todavia, no direito criminal, nos é apresentado um imperativo

categórico específico para o Estado, como se esse fosse uma macro pessoa moral. Apesar de uma certa ambiguidade de Kant quando trata do direito das gentes e cosmopolitano, a ideia de uma entidade política dotada de personalidade autônoma não é desenvolvida em nenhuma parte de sua obra, mesmo porque é incompatível com o seu pensamento. Assim, se era obscura a ideia de um imperativo categórico da punição, mais obscura ainda é a ideia de que se trata de um imperativo para o Estado, o qual não só estaria autorizado, mas obrigado moralmente a punir as faltas morais de seus cidadãos.¹³

Depois dessa intrincada defesa desse suposto imperativo categórico da punição, Kant passa a analisar o critério de determinação da pena. Segundo o filósofo, o único critério juridicamente objetivo para se determinar uma pena criminal é o princípio da igualdade (*Prinzip der Gleichheit*) ou *jus talionis* (KANT, 1900, v. VI, p. 332), pelo qual a pena a ser aplicada ao criminoso deve ter a mesma qualidade e a mesma quantidade do crime praticado. Todos os outros critérios seriam arbitrários e variariam com as contingências política e ideológicas de cada momento e realidade histórica. Nesse sentido, um crime de cárcere privado que durou 10 dias deve ser punido com o encarceramento do criminoso por 10 dias, um crime de dano que cause um prejuízo de 1.000,00 reais à vítima deve ser punido com uma multa de 1.000,00 reais, um crime de homicídio deve ser punido com a morte, e assim em diante. Nos exemplo analisados por Kant (KANT, 1900, v. VI, p. 332, 333) observa-se que ele tem consciência da dificuldade em estabelecer a exata qualidade e proporção da pena. É que se observa na hipótese de um crime de furto em que o criminoso não tem recursos para arcar com o valor do prejuízo causado, situação para a qual Kant sugere a aplicação de uma pena de trabalhos forçados (KANT, 1900, v. VI, p. 333). Outro exemplo, é o crime de estupro, para o qual Kant sugere a castração (KANT, 1900, v. VI, p. 363). O que está por traz dessa dificuldade é a diferença entre as dimensões noumênica e fenomênica. Uma coisa é a exigência formal (noumênica) de retribuição pelo princípio da igualdade (supondo que esse imperativo categórico seja consistente), outra coisa é como se traduz essa exigência em face das determinações e condicionamentos fenomênicos. Em termos fenomênicos, uma pena nunca terá a exata qualidade e quantidade da ofensa criminal. O simples fato de ser aplicada num momento posterior ao crime já impossibilita a plena igualdade, sem contar as outras inumeráveis diferenças nas condições de sua aplicação, como ambiente, procedimento, instrumentos,

¹³ Sobre esse pontos, veja-se HOFFNAN, 2015, p. 2 e 139.

intensidade, etc. Diante disso, o desafio do direito do Estado, em sua esfera criminal, não é aplicar a pena na exata quantidade e qualidade da ofensa, pois isso é impossível, mas sim buscar a máxima aproximação a partir das condições históricas e sociais, ou, nos termos de Kant, “se não conforme a letra, pelo menos com o espírito da lei penal” (*wenn gleich nicht dem Buchstaben, doch dem Geiste des Strafgesetzes*) (KANT, 1900, v. VI, p. 363).

Outro difícil ponto na teoria criminal kantiana diz respeito ao direito de indulto. Como se viu, segundo Kant, faz parte do direito criminal o direito do soberano de conceder indulto, ou seja, diminuir ou perdoar uma pena, mas apenas nos crimes praticados contra ele. Esse seria o único direito que pode ser chamado de “direito de majestade” (*Majestätsrechts*) (KANT, 1900, v. VI, p. 337). Quando se analisa a *Doutrina do direito* como um todo, parece claro que quando Kant fala de soberania ele não está tratando de um suposto direito absoluto e divino do monarca, mas sim da vontade unida do povo, da qual o monarca é apenas o representante (KANT, 1900, v. VI, p. 339). Se isso está correto, o problema então é saber em que consiste um crime contra a vontade unida do povo. Seria talvez um crime político, isto é, um crime que visa em última instância destruir a estrutura política? Além disso, é incógnito de onde Kant extrai essa discricionariedade do soberano para atenuar ou perdoar uma pena tendo como único critério a sua majestade. Se ele insiste tanto na imperatividade retributiva da pena criminal, por que em relação à soberania haveria discricionariedade? Kant simplesmente deixa em aberto essas questões, limitando-se a comentar laconicamente que o direito de indulto é o “mais escorregadio” (*schlüpfrigste*) dos direitos que cabe ao soberano exercer (KANT, 1900, v. VI, p. 337).

Mas independente de tudo o que foi dito até aqui, a parte mais famosa da teoria criminal kantiana é a sua crítica à teoria penal utilitarista. Por “teoria penal utilitarista” entende-se toda teoria que defende que o direito criminal só se justifica se ele tem alguma utilidade, seja para a sociedade (dissuasão e prevenção de crimes, segurança, paz, otimização do bem comum) ou para o criminoso (ressocialização, educação).

Até o século XVIII europeu, apesar das construções teóricas que procuraram justificar a pena criminal em função de alguma utilidade, o direito criminal ainda era predominantemente marcado pelo princípio da vingança. De modo mais ou menos consciente, entendia-se que uma das funções básicas do Estado era assumir e monopolizar a responsabilidade pela vingança, de modo que o direito criminal era visto como instrumento de vingança, o que se refletia na crueldade, desproporcionalidade e inutilidade de muitas das penas. Na segunda metade do

século XVIII, dentro do iluminismo e do utilitarismo inglês, ganham força as teses de que o direito criminal não deve ser vingativo, pois vingança é um impulso primitivo e passional do homem e o Estado não deve se pautar por princípios irracionais. No lugar da pulsão irracional da vingança, esses autores vão procurar justificar o direito criminal na utilidade social.

Criticando essa forma de pensar, e citando explicitamente o Marquês de Beccaria, Kant defende que sempre que a pena criminal utilitaristicamente visa algum fim, por mais nobre que seja, há ofensa à dignidade da pessoa humana, pois esta é reduzida a uma coisa que é usada como meio para se atingir aquele fim (KANT, 1900, v. VI, p. 331 e 334).

Na base dessa crítica está a conhecida distinção kantiana entre pessoa (*Person*) e coisa (*Sache*) (KANT, 1900, v. VI, p. 223). Pessoa é qualquer entidade capaz de agir por dever, ou seja, de agir autonomamente, o que faz com ela seja vista como um fim em si mesmo e tenha com atributo fundamental a dignidade (*Würde*). Já uma coisa, por contraste, é qualquer entidade que não é capaz de agir autonomamente, e que, portanto, pode ser usada como meio de autodeterminação de pessoas, ou seja, tem utilidade, o que lhe confere o atributo de preço (*Preis*) (KANT, 1900, v. IV, p. 429-434).

Para Kant, toda teoria penal utilitarista se reduz a um cálculo para realizar ou otimizar algum tipo de fim, o que só pode ser feito porque elas desconsideram a dignidade da pessoa e a tratam como uma coisa que tem preço, que é fungível, e que por isso pode ser usada, substituída, consumida, destruída, negociada, etc. Em outros termos, teorias penais utilitaristas coisificam o homem. Como o seu critério de justiça é a utilidade, essas teorias podem, por exemplo, chegar à conclusão de que é justo punir um inocente ou não punir um culpado se isso trouxer o maior benefício possível para a sociedade. Contra isso, Kant enfaticamente afirma que pessoa não tem preço, mas sim dignidade, o que implica que o criminoso deve ser reconhecido em sua singularidade e a pena aplicada exclusivamente em função do seu ato (KANT, 1900, v. VI, p. 331-332). Se a pena gera algum benefício, para a sociedade ou para o criminoso, isso é algo secundário, que jamais deveria influenciar a determinação e aplicação da pena.

Apesar da fama, essa crítica de Kant às teorias penais utilitaristas tem pouco a ver com o núcleo retributivo de sua teoria criminal. Kant até pode ter razão quando afirma que todas as teorias penais utilitaristas correm o risco de desumanizar o homem, reduzindo-o a uma coisa.

Mas mesmo que isso seja verdade, o que não é nem um pouco pacífico,¹⁴ isso não demonstra a necessidade da retribuição, mas apenas aponta problemas e limitações nas teorias utilitaristas. Demonstrar que teorias utilitaristas produzem penas injustas não prova que uma teoria criminal justa só pode ser retributiva. Com isso, a teoria criminal kantiana fica precariamente apoiada apenas na obscura defesa de uma imperatividade retributiva do crime.

Diante do exposto, pode-se concluir que a teoria criminal de Kant é a parte mais frágil do seu sistema de direito do Estado. Pelo menos na *Metafísica dos Costumes* não é possível extrair uma teoria criminal consistente. Além da retórica punitiva, o que se tem são apenas observações esparsas sobre uma pretensa teoria criminal retributiva. E quando se tem em conta os princípios basilares da filosofia prática de Kant, a única conclusão que parece possível é que uma teoria criminal retributiva é incompatível com os mesmos. Todo o esforço de Kant para defender a retribuição criminal com base num suposto imperativo categórico da punição seria apenas uma tentativa fracassada de reabilitar o primitivo princípio da vingança com a roupagem moderna da filosofia crítica. Isso, entretanto, é uma hipótese a ser investigada num outro artigo dedicado especificamente ao tema.

Muito mais consistente com os princípios da filosofia prática de Kant seria uma teoria criminal de acordo com o princípio geral do direito do Estado, ou seja, o uso da força se justificaria como meio fenomênico de equacionar os conflitos fenomênicos entre as esferas de autodeterminação das pessoas. Tendo como princípio universal de avaliação a autonomia, a busca de cada pessoa por seus interesses só seria legítima se fosse compatível com a busca das outras por seus interesses, sendo o uso da força pelo direito a ferramenta não só para corrigir as incompatibilidades mas também promover a compatibilidade. Contudo, entendido desse modo, o direito criminal já não seria uma parte qualitativamente diferente do resto do direito do Estado, mas apenas um nome para descrever uma parte específica deste, aquela normalmente composta pelas sanções mais duras.

¹⁴ No chamado “utilitarismo das regras”, que tem entre seus principais teóricos Willian Paley com a obra *The Principles of Moral and Political Philosophy* (1786), as consequências da ação que são consideradas para a determinação da utilidade não são as consequências particulares, mas apenas as consequências gerais. Por exemplo, a regra “não minta”, de modo geral, é útil para o homem, logo, não importa para a determinação da utilidade que em algumas situações particulares seja necessário mentir (PALEY, 1799, p. 3-28). Sobre este ponto, veja-se EDMUNDSON, 2006, p. 52 e 94.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o atual estágio das pesquisas sobre a filosofia do direito de Kant, especialmente no que diz respeito ao direito público, o presente trabalho se distingue por tomar como fio condutor da análise a coação. Como se procurou mostrar, muitas das dificuldades do texto kantiano recebem nova luz quando se tem o foco da análise no modo como Kant trabalha a coação em cada uma das partes de sua teoria do direito do Estado.

Na relação entre direito privado (natural) e público (positivo) pôde-se observar que para Kant a coação é uma exigência moral intrínseca dos direitos naturais e, ao mesmo tempo, o que constitui o direito positivo. Assim, em termos práticos, pode-se dizer que é a coação que estabelece a relação, não só de codependência, mas de codeterminação entre direito natural e direito positivo no pensamento de Kant. Com esse enfoque, a balança pende para o lado dos intérpretes que defendem que, no pensamento jurídico de Kant, direito natural e direito positivo só podem ser pensados um em relação ao outro, não havendo independência ou primazia de um sobre o outro.

Na mesma direção, verificou-se que a coação é o instrumento de construção e delimitação das esferas de autodeterminação das pessoas, dentro das quais se dá o exercício dos direitos naturais. E a questão que fica, como se buscou problematizar, é saber se essas esferas podem ser reduzidas ao exercício do direito real, pessoal e pessoal de tipo real, ou se seriam possíveis outras esferas de autodeterminação que não teriam sido exploradas por Kant, por exemplo, envolvendo relações trabalhistas.

O enfoque na coação também permitiu reforçar o argumento de que certas dificuldades do pensamento de Kant decorrem não apenas de obscuridades, mas de inconsistências teóricas. Sem a pretensão de ser a palavra final sobre os temas, foi o que se procurou mostrar na crítica à tese de que a autorização para coagir que caracteriza o direito do Estado poderia ser extraída analiticamente, na injustificada ausência de previsão de coações positivas (pelo menos no texto da *Metafísica dos Costumes*), e na fragilidade de se fundamentar a sanção criminal num imperativo categórico de punição.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000.

BYRD, B. Sharon. Kant's Theory of Punishment: Deterrence in Its Threat, Retribution in Its Execution. *Law and Philosophy*, v. 8, n. 2, Aug. 1989.

BYRD, B. Sharon; HRUSCHKA, Joachim. *Kant's Doctrine of Right. A commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

EDMUNDSON, Willian. *Uma introdução aos direitos*. Tradução de Evandro Ferreira da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ESTEVES, Julio. Sobre a relação entre o direito natural e o direito positivo em Kant. *O que nos faz pensar*, n. 32, 2012.

GOYARD-FABRE, Simone. *Filosofia crítica e razão jurídica*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GUYER, Paul. Kant's Deduction of the Principle of Right. *Kant's system of nature and freedom: selected essays*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

HOFFMAN, Robert A *New Reading of Kant's Theory of Punishment*. Tese (doutorado em Filosofia). Philadelphia: University of Pennsylvania, 2015.

KANT, Immanuel. Versuch den Begriff der negativen Größen in die Weltweisheit einzuführen. *Akademieausgabe*. Band II. Hrsg. von der Preussischen Akademie der Wissenschaften. Berlin: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften, 1900.

_____. Kritik der reinen Vernunft. *Akademieausgabe*. Band III. Hrsg. von der Preussischen Akademie der Wissenschaften. Berlin: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften, 1900.

_____. Grundlegung zur Metaphysik der Sitten. *Akademieausgabe*. Band IV. Hrsg. von der Preussischen Akademie der Wissenschaften. Berlin: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften, 1900.

_____. Kritik der praktischen Vernunft. *Akademieausgabe*. Band V. Hrsg. von der Preussischen Akademie der Wissenschaften. Berlin: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften, 1900.

_____. Die Metaphysik der Sitten. *Akademieausgabe*. Band VI. Hrsg. von der Preussischen Akademie der Wissenschaften. Berlin: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften, 1900.



_____. Anthropologie in pragmatischer Hinsicht. *Akademieausgabe*. Band VII. Hrsg. von der Preussischen Akademie der Wissenschaften. Berlin: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften, 1900.

_____. Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis. *Akademieausgabe*. Band VIII. Hrsg. von der Preussischen Akademie der Wissenschaften. Berlin: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften, 1900.

_____. Vorlesungen über Moralphilosophie. Band XXVII. Hrsg. Akademie der Wissenschaften zu Göttingen. Berlin: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften, 1900

KERSTING, Wolfgang. *Wohlgeordnete Freiheit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

MERLE, Jean-Christophe. A Kantian Critique of Kant's Theory of Punishment. *Law and Philosophy*, v. 19, n. 3, 2000.

MULHOLLAND, Leslie. *Kant's system of rights*. New York: Columbia University Press, 1990.

MURPHY, Jeffrie G. Does Kant Have a Theory of Punishment? *Columbia Law Review*, v. 87, n. 3, 1987.

PALEY, Willian. *The Principles of Moral and Political Philosophy*. 12^a ed. vol. II, London: R. Faulder, 1799.

PERES, Daniel Tourinho. *Kant: Metafísica e Política*. Salvador: EDUFBA-UNESP, 2004.

POTTER, Nelson. The Principle of Punishment is a Categorical Imperative. In: KNELLER, Jane; AXINN, Sidney (Eds.). *Autonomy and Community: Readings in Contemporary Kantian Social Philosophy*. Albany: State University of New York Press, 1998.

RIPSTEIN, Arthur. *Force and Freedom: Kant's Legal and Political Philosophy*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SAAGE, Richard. Naturzustand und Eigentum. In: BATSCHA, Zwi (Ed.). *Materialien zu Kants Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1976.

STOLLEIS, Michael. Rechtsstaat. In: ERLER, Adalbert et al. *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*. v. 4. Berlin: E. Schmidt Verlag, 1982.

VUILLEMIN, Jules. *Kants Begründung des Besitzrechts in L'intuitionnisme kantienne*, Paris: Vrin, 1994.

WALDRON, Jeremy. Kant's Legal Positivism. *Harvard Law Review*, v. 109, 1996.



WILLIAMS, Howard. Natural Right in Hobbes and Kant. *Hobbes Studies*, 25, 2012.

Submissão: 20/09/2017
Aceito para Publicação: 04/05/2018



CORRESPONDÊNCIAS ENTRE O JUSNATURALISMO CLÁSSICO E A DECISÃO MONOCRÁTICA NA AÇÃO CAUTELAR 4.070, CONFIRMADA PELO PLENO DO STF. UM INDÍCIO DA VIGÊNCIA DO DIREITO NATURAL

CORRESPONDENCES BETWEEN CLASSICAL JUSNATURALISM AND THE MONOCRATIC DECISION ON THE PRECAUTIONARY LAWSUIT 4.070, CONFIRMED BY THE PLENARY COMPOSITION OF THE BRAZILIAN SUPREME FEDERAL COURT. A SIGN OF THE LEGAL FORCE OF NATURAL LAW

Frederico Augusto Bonaldo Silva*

RESUMO: o intuito deste trabalho é argumentar em favor da hipótese de que a decisão monocrática do então Ministro Teori Zavascki – posteriormente referendada pela totalidade dos membros do Supremo Tribunal Federal – que suspendeu o ex-parlamentar Eduardo Cunha dos seus cargos de deputado federal e de Presidente da Câmara dos Deputados aduz razões que correspondem a certos tópicos centrais do chamado jusnaturalismo clássico, cujos principais expoentes históricos são Aristóteles, os jurisconsultos do período clássico do Direito romano e Tomás de Aquino. Se esta hipótese se verifica realmente, pode-se afirmar que a referida decisão jurisprudencial constitui um indício de que o direito natural é uma realidade vigente no mundo jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Jusnaturalismo clássico. Decisão do STF na Ação Cautelar 4.070. Indício da vigência do direito natural.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Dois pontos preliminares. 1.1 Esclarecimento sobre a expressão “direito natural”. 1.2 As duas principais teorias do direito natural. 2 A decisão do Ministro Teori Zavascki na Ação Cautelar 4.070. 2.1 Resumo da decisão. 2.2 Lugares da decisão em que se pode constatar correspondências com o jusnaturalismo clássico. 2.2.1 O modo adequado de interpretar o Direito. 2.2.2 A inexistência de um dispositivo justo na CR 88. 2.2.3 A legitimidade de o mandato legislativo ser suspenso pelo Judiciário. 2.2.4 A impossibilidade de Eduardo Cunha assumir eventualmente a Presidência da República. 2.2.5 A juridicidade do afastamento de Eduardo Cunha. Considerações Finais. Referências.

ABSTRACT: the aim of this paper is to discuss in favor of the hypothesis that the monocratic decision taken by the former Minister Teori Zavascki – confirmed later by the totality of the members of the Brazilian Supreme Federal Court – which suspended the former congressman Eduardo Cunha from his posts of federal deputy and President of the Chamber of Deputies, brings forward reasons which correspond to certain central topics of the so-called classical jusnaturalism, whose main historical representatives are Aristotle, the Roman Law jurisconsults of the classic period, and Thomas Aquinas. If this hypothesis really comes true, it is possible to contend that such judicial decision constitutes a sign that natural law is a reality with legal force within the juridical domain.

KEYWORDS: Classical jusnaturalism. Decision of the STF on the Precautionary Lawsuit 4.070. A sign of the legal force of natural law.

* Doutor em Filosofia do Direito e do Estado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Doutorando em Filosofia pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP). Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Professor de Filosofia do Direito, Ciência Política e Teoria do Estado, Ética e Ética Profissional nas Faculdades de Direito e Filosofia da Universidade Católica de Santos, São Paulo.

INTRODUÇÃO

Nos ambientes jurídicos da atualidade – mais nos acadêmicos que nos forenses –, a expressão “direito natural” ainda é considerada inconveniente, por ser entendida como antiquada e inútil. No entanto, já o foi mais. Com efeito, o espaço intervalo entre o fim do século XIX e a década de 1960 foi o período de hegemonia dos diversos tipos de positivismo jurídico, cuja forma mais extrema é o legalismo, que foi eficazmente sintetizado na fórmula “a lei é todo o Direito; a lei é toda Direito”¹ – o Direito inteiro está contido na lei e não há nada na lei que não seja Direito². Dos anos 1960 para cá, o panorama jusfilosófico tem-se tornado mais diversificado com o surgimento de correntes rivais ao juspositivismo puro e duro, tais como o positivismo jurídico inclusivo, o *Critical Legal Studies*, as teorias não positivistas de fundamentação do Direito e até mesmo propostas declaradamente jusnaturalistas, algumas das quais se mencionam mais adiante.

Por tudo isto, nos dias de hoje, apesar de ainda receber a pecha de “academicamente incorreta”, a doutrina do direito natural encontra mais espaço no mundo dos juristas – e, insista-se, de modo mais frequente nos tribunais que nas Faculdades de Direito.

Tomando o anterior em consideração, aponta-se agora o objetivo deste estudo. Pretende-se argumentar em favor da hipótese de que direito natural não é um tema vetusto nem etéreo, mas uma realidade cujos indícios podem ser aferidos no raciocínio jurídico e na atividade cotidiana dos juristas contemporâneos. O caminho adotado para satisfazer essa pretensão é o cotejo de aspectos relevantes do jusnaturalismo clássico com passagens da decisão – proferida no primeiro semestre de 2016 – do Ministro do Supremo Tribunal Federal Teori Zavascki – falecido em janeiro de 2017 – de suspender o agora ex-parlamentar Eduardo Cunha do seu mandato de deputado federal e, por arrastamento, da Presidência da Câmara dos Deputados.

Talvez fosse possível escolher qualquer decisão judicial para evidenciar a atualidade e indício de vigência do direito natural, até mesmo uma decisão completamente formalista, tomada com base na literalidade da lei de forma rigorosa. Diz-se isto porque, como é sabido, o

¹ LOMBARDI VALLAURI, Luigi. *Corso di filosofia del diritto*. Padova: CEDAM, 1981, p. 29.

² Apesar da contundência desta proposta, o ponto unificador e central de todo pensamento juspositivista não é a mensagem do legalismo, mas a ideia de que “o Direito vincula-se exclusivamente ao fenômeno da coação, isto é, do poder social – teoria coativa ou teoria das fontes sociais”, e, por conseguinte, nada tem a ver com uma origem natural, seja divina ou racional (SERNA, Pedro. Sobre las respuestas al positivismo jurídico. In: RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato (Coord.). *Las razones del derecho natural: perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*. 2. ed. Buenos Aires: Ábaco, 2008, p. 126).

texto inerte da lei ou de qualquer outra fonte jurídica adquire robustez de significado quando lido dentro de um contexto dinâmico; e, entende-se aqui, essa dinamicidade é proporcionada justamente pelo direito natural, que subjaz às valorações do intérprete do Direito, o qual as compõe e as emite ao captar intelectualmente as exigências desse direito natural em maior ou menor medida³. Contudo, escolhe-se essa decisão do Min. Zavascki porque se pensa que nela o direito natural está presente de maneira muito perceptível – ainda que não expressamente –, o que facilita o entendimento daquilo que ele é no fim das contas.

Antes, porém, considera-se necessário explicar dois tópicos, a fim de que se entenda melhor o que se expõe durante o exame da decisão judicial escolhida.

1 DOIS PONTOS PRELIMINARES

1.1 Esclarecimento sobre a Expressão “Direito Natural”

De acordo com o jusnaturalismo de matriz greco-romana e baixo-medieval, as expressões “direito natural” e “direito positivo” não são rigorosamente corretas dos pontos de vista ôntico e, por conseguinte, semântico. A razão disto é que, para esta versão jusnaturalista, não há dois Direitos – um natural e outro positivo, separados –, mas apenas um Direito – aquele que é institucional, isto é, constituído dentro da vida social, ao longo da história humana e promulgado formalmente pelas autoridades públicas. Esse único Direito institucional é parcialmente composto de elementos naturais – provenientes da natureza humana e da natureza das coisas – e parcialmente composto de elementos culturais, convencionais, postos em vigência pela vontade do ser humano ou, numa palavra, positivos. Em suma, o Direito é uma realidade unitária, que em parte é natural e em parte, positiva.

Ainda que este motivo aponte carências de correção ôntica e semântica na expressão “direito natural”, o uso deste vocábulo é legítimo contanto seja entendido como uma metonímia de conteúdo pelo continente, isto é, que expresse a ideia de que, dentro do único Direito

³ Aliás – já se adianta –, o direito natural torna-se historicamente vigente precisamente por meio da sua promulgação formal na lei jurídica – entendida aqui em sentido amplo – ou pelo decisor jurídico; no entanto, caso isso não ocorra, o direito natural não perde a capacidade de ser justificado, isto é, fundamentado racionalmente; mas se, posteriormente, o legislador ou o julgador o apreende e declara, passa a vigorar na história.



existente, uma parte dele é composta por exigências naturais de justiça. E esta mesma relação metonímica ocorre com a expressão “direito positivo”.

1.2 As Duas Principais Teorias do Direito Natural

Assim como o juspositivismo compõe-se de várias teorias, o jusnaturalismo tampouco é um fenômeno homogêneo. Dentre as diversas propostas do que seja o direito natural, duas adquiriram maior relevância, quer em virtude da sua coerência teórica e da sua viabilidade prática, quer em decorrência do maior número de adeptos que angariaram. Estas são as teorias do direito natural clássico e a do direito natural racionalista.

A teoria do direito natural clássico é elaborada principalmente com base no pensamento jurídico de Aristóteles (séc. IV a.C.), dos jurisconsultos do chamado período clássico do Direito romano (sécs. II e III d.C.) e de Tomás de Aquino (séc. XIII d.C.). A teoria do direito natural racionalista fundamenta-se basicamente nos trabalhos realizados, nos sécs. XVII e XVIII, pelos juristas Samuel Pufendorf e Christian Thomasius, e pelo filósofo Christian Wolff.

Reitere-se que tudo o que se disse sobre o direito natural vigente, que, junto com o direito positivo, compõe a única ordem jurídica que existe, é propugnado pela teoria do direito natural clássico. Nesta teoria, constata-se todo um empenho intelectual de harmonização da natureza (da sua imutabilidade essencial, dos princípios que podem advertir-se nela) com a história e a cultura (com a variabilidade acidental que imprimem à natureza, com as características peculiares que conferem a cada caso jurídico concreto). No entanto, isto não se observa na teoria do direito natural racionalista. Javier Hervada caracteriza-o da seguinte maneira:

Com o jusnaturalismo racionalista, este fator histórico desaparece. Assim como o universo tem leis físicas perpétuas, universais e imutáveis, alheias à mudança histórica, a sociedade também tem – para a mentalidade racionalista – um conjunto de leis racionais, leis da natureza, fixas, imutáveis, alheias ao tempo e à história. Assim, a universalidade e a imutabilidade adquiriram uma fixidez e uma rigidez desconhecidas até então. No pensamento racionalista, o direito natural converteu-se num direito rígido e ahistórico⁴.

⁴ HERVADA, Javier. *Historia de la ciencia del derecho natural*. Pamplona: EUNSA, 1996, p. 258.

E, a seguir, o mesmo autor alerta para uma distinção muito importante:

É preciso advertir com clareza estas diferenças notáveis entre a [teoria do direito natural racionalista e a] doutrina anterior do direito natural [a clássica], porque é frequente que os críticos modernos do direito natural – e isto é observável até mesmo em historiadores do pensamento jurídico – interpretem a primeira [a clássica] com os esquemas da segunda [a racionalista], confundindo assim duas correntes bem distintas⁵.

Paradoxalmente, a corrente de direito natural iniciada no séc. XVII estava destinada a transformar-se em positivismo jurídico, o que realmente aconteceu pouco tempo depois, quando do advento do denominado movimento da codificação. Como explica Montoro com precisão,

o direito natural [racionalista], em lugar de ser um corpo restrito de princípios, a serem utilizados como fundamento e critério no trabalho de elaboração jurídica, passa a constituir um Código completo de regras, que servem de modelo ao direito positivo⁶.

Os códigos jurídicos da Prússia, de 1794, e, sobretudo, da França, de 1804, pretenderam plasmar um Direito inequívoco, estável e perene, proveniente na sua integralidade dos órgãos legislativos do Estado⁷. E esse foi o marco-zero do positivismo jurídico legalista – tão bem sintetizado na já referida fórmula “a lei é todo o Direito; a lei é toda Direito” –, que, com o decorrer do tempo, foi originando outras modalidades de negação da vigência jurídica do direito natural.

Por todo o exposto, resta evidente que só se pode tentar identificar traços jusnaturalistas na decisão do Ministro Teori Zavascki sobre a suspensão dos cargos políticos do ex-deputado federal Eduardo Cunha com fulcro na teoria do direito natural clássico.

Para finalizar este segundo ponto preliminar, vale sublinhar que a teoria do direito natural clássico tem sido objeto de estudo e de esclarecimento de numerosos juristas de todo o mundo, especialmente a partir da segunda metade do século XX. Dentre eles, destacam-se os escritos de Javier Hervada e de John Finnis, em virtude do seu detalhamento e das conexões que estabelecem entre o direito natural clássico e outras tradições de pesquisa acerca da natureza do Direito.

⁵ Ibidem, p. 259.

⁶ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 33. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 321.

⁷ Cf. FASSÒ, Guido. *Storia della filosofia del diritto*. 5. ed. v. III: ottocento e novecento. Bari: Laterza, 2009, p. 10-14.

Finnis procura utilizar com profusão o vocabulário e o método do juspositivismo analítico, do qual foi adepto no início da sua carreira acadêmica e que talvez seja a corrente jurídica predominante atualmente no âmbito anglo-saxônico. Hervada, por sua vez, é mais linear que Finnis do ponto de vista expositivo e talvez didaticamente mais claro, além de empregar uma linguagem familiar para quem foi formado na linhagem jurídica romano-germânica⁸.

Ainda cabe destacar os já numerosos e profícuos trabalhos do jusfilósofo e juiz argentino Renato Rabbi-Baldi Cabanillas, que, entre outras linhas de investigação, tem produzido muitos escritos em que assinala a presença de elementos hervadianos sobre teoria do direito natural clássico no Direito jurisprudencial, procurando demonstrar assim que as exigências naturais de justiça estão vigentes e são levadas em consideração na prática cotidiana do Direito⁹. Algo similar tenta-se fazer a partir de agora.

2 A DECISÃO DO MINISTRO TEORI ZAVASCKI NA AÇÃO CAUTELAR 4.070

84

2.1 Resumo da Decisão

No fim de 2015, o Procurador-Geral da República requereu – no âmbito de dois inquéritos já instaurados ali – que o Supremo Tribunal Federal (STF) decidisse liminarmente que Eduardo Cunha fosse afastado tanto do cargo de deputado federal como da função de Presidente da Câmara dos Deputados, sob a alegação de que este se aproveitava do poder de influência que estes dois postos lhe conferiam para obstruir o andamento das ações penais em que era réu, das investigações correlatas em curso e do processo disciplinar de que era alvo no Conselho de Ética da Câmara dos Deputados.

O Ministro Teori Zavascki foi designado para relatar a ação cautelar impetrada; todavia, não estabeleceu uma data para proferir a sua decisão. Mas, na madrugada de 05 de maio de 2016, Zavascki o fez, deferindo a medida requerida pelo Procurador-Geral da República. Na

⁸ Para uma primorosa e pormenorizada comparação do cerne das propostas de John Finnis e de Javier Hervada, veja-se o capítulo V de MASSINI-CORREAS, Carlos I. *Jurisprudencia analítica y derecho natural: análisis del pensamiento filosófico-jurídico de John Finnis*, 2015, ainda inédito, intitulado “Bienes humanos: Finnis y Hervada”.

⁹ A listagem de boa parte dos escritos de Rabbi-Baldi sobre este tema pode ser vista em <<http://www.rabbibaldicabanillas.com/investigaciones/teoria-y-filosofia-del-derecho/estudios-sobre-la-polemica-iusnaturalismo-iuspositivismo/>>. Acesso em: 06 jul. 2018.

tarde do mesmo dia, o Plenário do STF reuniu-se e todos os outros Ministros acompanharam o posicionamento do relator. Assim, Cunha não poderia mais exercer o seu mandato parlamentar nem a chefia de uma das casas legislativas federais em caráter temporário – mas nada foi dito sobre a duração desse lapso temporal.

O ineditismo da decisão causou alvoroço nas esferas política e jurídica. De fato, foi a primeira vez que, por via judicial, um parlamentar teve o seu mandato suspenso e um Presidente da Câmara dos Deputados foi afastado da sua função. Além disso, a solução do STF contrastava fortemente com o recente caso do senador Delcídio do Amaral, que, apesar de ter tido a sua prisão decretada pelo próprio STF por tentar obstruir os trabalhos do Poder Judiciário e a investigação da Polícia Federal e do Ministério Público Federal na denominada “Operação Lava Jato”, não foi suspenso do seu mandato parlamentar. Não bastasse isto, a inexistência de uma regra constitucional expressa sobre a suspensão do mandato parlamentar no caso de que o seu titular se torne em réu em ação penal talvez tenha sido o fator que causou maior perplexidade.

Todavia, o Min. Zavascki considerou – e os demais membros da Corte assentiram – que a decisão encontrava respaldo no art. 282 do Código de Processo Penal – segundo o qual são cabíveis medidas cautelares em processo penal que visem assegurar a aplicação da lei, resguardar a conveniência das investigações e da instrução penal, além de evitar a prática de infrações penais – e, sobretudo, na interpretação sistêmica da Constituição da República de 1988 (CR 88). (Neste trabalho, há referência e exame disto mais adiante.) A questão da linha sucessória presidencial também foi tratada e levada em consideração, pois, se permanecesse como Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha tornar-se-ia o sucessor imediato do então Presidente da República em exercício Michel Temer se se efetivasse – como veio a acontecer – o impedimento definitivo da então Presidente da República afastada Dilma Rousseff, possibilidade esta que, à época, começaria a ser apreciada pelo Senado Federal. Contudo, na emissão do seu julgamento, Teori Zavascki privilegiou menos este elemento que aqueles mencionados anteriormente.

Antes de prosseguir, é preciso esclarecer que, aqui, não se afirma com toda segurança que a decisão do Min. Zavascki, seguida unanimemente pelos restantes membros do Supremo Tribunal Federal, é justa ou correta. Tende-se a pensar que é, mas este é somente um juízo provisório. E o fator que impede que se diga categoricamente que a referida decisão foi correta é a questão da sua segurança jurídica. Com efeito, apesar da insistência dos julgadores do caso de que o ditame pronunciado possui um caráter excepcional e de que não constitui interferência

indevida de um poder do Estado sobre outro – uma vez que o STF não cassou o mandato de Eduardo Cunha, mas limitou-se a suspendê-lo –, parece não haver maneira de evitar a possibilidade de que, no futuro, esse precedente sirva de escusa para uma ingerência espúria do Poder Judiciário no Poder Legislativo, de modo a causar um grave dano institucional ao Estado brasileiro.

O que parece claro em toda essa questão que envolveu o então deputado federal afastado Eduardo Cunha é que ele realmente não reunia mais elementos de legitimidade para, pelo menos, continuar a presidir a Câmara dos Deputados. No entanto, ao menos outras duas soluções eram possíveis: (1) que o STF se furtasse de intervir no problema, deixando que o próprio Legislativo o resolvesse por meio dos dispositivos regimentais já estabelecidos; (2) ou, que se o fizesse, adotasse a medida heterodoxa de afastar temporariamente Eduardo Cunha da Presidência da Câmara dos Deputados, sem, contudo, suspendê-lo do exercício do seu mandato parlamentar.

Embora aqui se relute mais em admitir estas duas soluções hipotéticas do que a decisão que efetivamente foi tomada, teme-se que as consequências desta última possam ser desastrosas mais adiante. É evidente que “no juízo em que o raciocínio prático culmina, sempre há uma parcela de pura decisão, de salto no vazio, de risco assumido, de aceitação da falibilidade de todo conhecimento das realidades futuras”¹⁰; no entanto, também é certo que “uma deliberação bem conduzida, com rigor e seriedade, que considera a maior quantidade possível de variáveis, levará, *provavelmente*, a consequências felizes”¹¹. A dúvida que se levanta neste texto quanto ao caso que aqui se examina reside na boa qualidade da deliberação que se levou a cabo, dada a pressa com que parece ter se desenrolado; contudo, reafirma-se que, provisoriamente, inclina-se mais para a sua correção que para a sua incorreção.

O que não se põe em dúvida é que, nessa decisão, existem argumentos que se conectam ao direito natural de matriz clássica.

¹⁰ MASSINI, Carlos Ignacio. *La prudencia jurídica: introducción a la gnoseología del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982, p. 70.

¹¹ *Ibidem*, p. 71. A ênfase é do original.



2.2 Lugares da Decisão em que se Pode Constatar Correspondências com o Jusnaturalismo Clássico

2.2.1 O Modo Adequado de Interpretar o Direito

Ao final da sua decisão, o Min. Zavascki faz suas umas palavras do ex-Ministro Eros Grau sobre como deve ser a interpretação jurídica: “[A] interpretação do direito, e da Constituição, não se reduz a singelo exercício de leitura dos seus textos, compreendendo processo de *contínua adaptação à realidade* e seus conflitos”¹². Essa contínua adaptação dos textos jurídicos à realidade é precisamente o método propugnado pelo jusnaturalismo para o alcance e dicção do direito justo.

Segundo a doutrina do direito natural clássico, a positivação permanente de dispositivos jurídicos, além de nunca ser completa, não esgota a inteireza de significado deles, isto é, a extrema riqueza e peculiaridade do processo de revelar e garantir o núcleo essencial dos direitos das pessoas em situações complexas. Na verdade, essa inteireza de significado dos preceitos do Direito posto só pode ser colhida – dentro da capacidade cognitiva limitada de qualquer intérprete – na natureza das pessoas humanas e na natureza das coisas que configuram aquela parcela de realidade que se subsume na generalidade dos dispositivos jurídicos¹³.

Devido ao fato de a decisão de suspender o mandato de deputado federal e, por conseguinte, de Presidente da Câmara dos Deputados de Eduardo Cunha possuir um caráter que o próprio decisor monocrático frisa como excepcional – aliás, todos os outros Ministros do STF pronunciaram-se do mesmo modo posteriormente –, o Min. Zavascki também lança mão, a seguir, das palavras restantes de Eros Grau, a fim de pôr em evidência que a decisão tomada não extrapola a esfera do jurídico:

A exceção é o caso que não cabe no âmbito da normalidade abrangido pela norma geral. Ela está no direito, ainda que não se encontre nos textos normativos de direito

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC 4.070/DF. Rel. Min. Teori Zavascki, j. 04.05.2016, p. 72. Esta decisão pode ser encontrada em <<http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/>>, sob o número 10910299. Acrescentou-se a ênfase. É importante fazer notar que, por meio deste link, só se tem acesso à decisão monocrática do Ministro Teori Zavascki; o acórdão posterior do STF é de acesso restrito.

¹³ Cf. RABBI-BALDI, Renato. ¿Positivación de los derechos naturales para dejar atrás la polémica “iusnaturalismo-iuspositivismo”? Otro intento insuficiente en la eterna lucha por el derecho justo”. *Quaestio Iuris*, v. 7, n. 1, 2014, p. 269.



positivo. Ao Judiciário, sempre que necessário, incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Ao fazê-lo não se afasta do ordenamento¹⁴.

Vê-se nesta operação uma clara coincidência com uma das variantes dos conhecidos juízos de equidade da tradição jurídica romano-germânica: a romana clássica, que logo mais se explicará. A equidade, nas suas diversas modalidades, é um recurso de interpretação jurídica pacificamente aceito pela teoria do direito natural clássico. Com efeito, é sublinhada como modo usual de fazer-se justiça no caso concreto por Aristóteles, pelos jurisconsultos romanos do período clássico e por Tomás de Aquino; ademais, foi empregada abundantemente na práxis jurisdicional do Ocidente desde a Antiguidade até o início da Modernidade. E apesar de ter sofrido severas limitações legislativas a partir da era da codificação, no século XIX e na primeira metade do XX, continuou e continua a ser utilizada pelos julgadores.

Antes de vermos as características da equidade romana clássica, parece relevante consignar que, embora não seja o que se observa na decisão que se estuda, o sentido mais célebre de equidade é aquele da Grécia antiga, o de *epikeia*, tal como expresso por Aristóteles. Quando se emite um juízo de equidade nos moldes da *epikeia* aristotélica, procura-se melhorar a justiça presente numa lei, mais concretamente em certa regra prescritiva, em atenção às características da situação peculiar sobre a qual o juiz tem de decidir e que se mostra subsumível nessa regra; assim, em vez de aplicar-se o justo legal, aplica-se aquilo que, no caso, se afigura equitativo, isto é, uma solução mais justa que a prevista na regra posta, a fim de que não se cometa uma injustiça¹⁵.

Da concepção aristotélica de equidade extrai-se que não foi esta a empregada no julgamento do STF na AC 4.070, uma vez que a decisão de suspender Eduardo Cunha não se originou da retificação da resposta jurídica oferecida por regra alguma, pelo simples fato de não haver nenhum dispositivo no ordenamento jurídico brasileiro que trate da suspensão dos mandatos parlamentares e dos ocupantes da Presidência das casas legislativas federais. Como se verá numa das seções seguintes, nota-se claramente que, na decisão que se examina, a solução a que se chegou procedeu precipuamente do contato entre as circunstâncias específicas da atuação de Eduardo Cunha e os princípios constitucionais explicitados *in casu* pelo Min. Zavascki e, em julgamento anterior, pela Min. Cármen Lúcia, a partir dos quais se formulou

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC 4.070/DF. op. cit., p. 72.

¹⁵ Cf. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 8. ed. Tradução de María Araujo e Julián Marías. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, v. 10, 1137 b 10 – 25.

uma regra – e é por este motivo que, nas palavras do ex-Ministro Eros Grau, a solução encontrada “não se afasta do ordenamento”. Toda esta operação parece coincidir com a equidade romana clássica, cuja caracterização se oferece a seguir.

Na época dos *iurisprudentes* romanos, a lei (*lex*) promulgada por quem detinha o poder exercia um papel muito relativo na configuração do direito (*ius*), isto é, da solução jurídica estabelecida em cada caso¹⁶; de fato, “em princípio, a *lex* não modifica o *ius*, e se se diz que é fonte do *ius*, isto se deve a que os novos dados da lei podem ser assimilados pela Jurisprudência”¹⁷. Pois bem, a forma como o STF dirimiu o caso de Cunha tem as feições próprias da *aequitas* romana, que “é equivalente ao direito [*ius*] inteligido no caso concreto por parte da jurisprudência”, e não “um critério jurisprudencial *corretor das leis dirigido a discernir o direito*”¹⁸, como é o caso da *epikeia* aristotélica.

De fato, Teori Zavascki não resolveu o caso a partir de uma regra, mas, pelo contrário, formulou uma regra a partir do caso. Ao fazê-lo, alinhou-se a esta lição do jurisconsulto Paulo:

Regra [*regula*] é a que expõe brevemente a coisa, tal como ela é. O direito [*ius*] não se toma da regra, mas é a regra que é feita em conformidade com o direito que há [, que é preexistente]. Assim, pois, por meio de uma regra faz-se breve narração das coisas e, como diz Sabino, [ela] é como que um compêndio da causa¹⁹.

E para que não parem dúvidas acerca da natureza desse *ius* caracterizado por Paulo, este também escreveu:

Diz-se direito [*ius*] em várias acepções. Numa, quando se chama direito aquilo que é sempre equitativo e bom, como é o direito natural [*ius naturale*]; noutra, aquilo que em cada cidade é útil para todos ou para a maioria, como é o direito civil [*ius civile*]²⁰.

Dito em outras palavras: segundo o jurisconsulto Paulo, o *ius* enquanto solução equitativa de um caso específico, do qual se extrai uma regra jurisprudencial, tem a sua origem primeira na natureza, que, por conseguinte, não é inerte, mas normativa, dotada de dever-ser. Uma vez que foi assim que o decisor procedeu no julgamento da AC 4.070, eis aqui, portanto,

¹⁶ Cf. RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato. La interpretación del derecho de acuerdo a “equidad” en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina. *Persona y Derecho*, v. 40, 1999, p. 450-451.

¹⁷ D’ORS, Álvaro. *Derecho privado romano*. Pamplona: EUNSA, 1986, p. 66, apud ibidem, p. 451.

¹⁸ RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato. *Teoría del derecho*. Buenos Aires: Ábaco, 2008, p. 288. A ênfase é do original.

¹⁹ DIGESTO. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. L, XVII, 1. Tradução realizada por Ildefonso L. García del Corral. Barcelona: Jaime Molinas Editor, 1889, p. 944.

²⁰ DIGESTO. *op. cit.* I, I, 11.

um primeiro momento da decisão do Min. Zavascki em que se pode advertir correspondência com o jusnaturalismo clássico.

2.2.2 A Inexistência de um Dispositivo Justo na CR 88

Vejamos um segundo momento em que o mesmo fenômeno parece ocorrer. Quando começa a discorrer sobre a impossibilidade de o deputado Eduardo Cunha, na condição de Presidente da Câmara dos Deputados, vir a ocupar a Presidência da República no caso de destituição da então Presidente afastada Dilma Rousseff e de ausência, pelo menos temporária, do seu sucessor constitucional, o à época Presidente em exercício Michel Temer, Teori Zavascki lamenta-se de a CR 88 não ter estendido a regra de suspensão funcional imediata aos ocupantes dos cargos de liderança máxima do Congresso Nacional contra os quais se instaure uma ação penal.

Com efeito, se houvesse regra constitucional com este teor, o deputado Eduardo Cunha já não estaria naquela altura no exercício da Presidência da Câmara dos Deputados, pois já então se encontrava na condição de réu no Inquérito 3.983 que se achava em andamento no Supremo Tribunal Federal. Para justificar esse seu lamento, o julgador alega:

[E]mbora não implique consequências no plano estrito da culpabilidade, o juízo de recebimento da denúncia, quando coletivamente aferido [...] por [...] integrantes da mais alta magistratura do País, é indicativo de uma atmosfera de incertezas que insufla suspeitas sobre *o compromisso do poder com o interesse público* ²¹.

Neste ponto, vê-se que o Min. Zavascki considera adequada uma solução legislativa inexistente. Isto vai ao encontro da tese do jusnaturalismo clássico de que a maior parte das exigências naturais de justiça tem vocação de positividade, isto é, precisa ser explicitada no ordenamento jurídico quando detectada²².

De acordo com Tomás de Aquino, essa positivação dá-se de duas maneiras: por conclusão a partir de princípios identificados como pertencentes à lei natural humana ou por determinação de algo ainda indeterminado. Um exemplo de positivação por conclusão é a regra que obriga que se puna o homicida – que, em princípio, é apenas natural, mas que pode ser positivada posteriormente, como realmente acontece –, pois esta regra se obtém a modo de

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC 4.070/DF. *op. cit.*, p. 68. Acrescentou-se a ênfase.

²² Cf. HERVADA, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. 7. ed. Pamplona: EUNSA, 1993, p. 178-180.



dedução do princípio natural que manda que não se faça mal a ninguém; e um exemplo de positividade por determinação é a regra do *caput* do art. 121 do Código Penal brasileiro que estabelece que o homicida deve ser punido com reclusão de seis a vinte anos, porque isto é especificar de maneira convencional a modalidade e o tempo de pena que naturalmente é cabível ao homicida ²³.

No ponto que ora se examina, entende-se aqui que a razão de justiça natural pela qual a referida regra jurídica positivada de suspensão funcional imediata deveria constar da CR 88 – por conclusão da lei natural – é “o compromisso do poder com o interesse público”, pois é possível identificar na natureza humana um princípio de justiça que ordena que as pessoas devam ser beneficiadas pela atuação da autoridade social constituída.

Além disso, esta opinião de Teori Zavascki dá margem a que se assinale outro aspecto importante do jusnaturalismo clássico: a mutabilidade do direito natural. Com efeito, há exigências naturais de justiça que podem modificar-se ao longo do tempo, fundamentalmente porque, como ensina Tomás de Aquino, com exceção de bens humanos básicos indisponíveis, a natureza humana é mutável em decorrência de eventuais perversões da vontade das pessoas, hipótese em que um direito natural do homem deixa de ser eficaz, como acontece, por exemplo, com um louco que tenta reaver a sua arma que tinha deixado em depósito²⁴. Além da natureza humana, a natureza das coisas é muitíssimo suscetível de mudança com o passar do tempo, e isto também influi na conformação das exigências de justiça de cada época. No caso que estudamos, as mudanças ocorridas na atuação institucional dos parlamentares brasileiros de 1988 até a atualidade talvez torne plausível que “o compromisso do poder com o interesse público” seja mais bem protegido e assegurado com a positividade constitucional da regra faltante advertida por Teori Zavascki.

Como adendo, vale consignar que tão ou mais grave que a ausência da regra constitucional mencionada é o desconhecimento de grandes próceres do positivismo jurídico, como Kelsen e Bobbio, de que Aristóteles e Tomás de Aquino, diferentemente dos

²³ Cf. TOMÁS DE AQUINO. *Suma de Teología*. I-II, q. 95, a. 2, respondeo. 4. ed. Madrid: BAC, 1990.

²⁴ Cf. *ibidem*, II-II, q. 57, a. 2, ad 1.



representantes máximos do jusnaturalismo racionalista do século XVIII, sempre admitiram a mutabilidade do direito natural^{25 26}.

2.2.3 A Legitimidade de o Mandato Legislativo Ser Suspenso pelo Judiciário

Na sua decisão, há um parágrafo do Min. Zavascki muito significativo, que parece corroborar a tese de que há argumentos da sua decisão constituintes de um indício da vigência do direito natural:

A legitimidade do deferimento das medidas cautelares de persecução criminal contra deputados encontra abrigo farto, mas não isolado, no princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição da República). Também acodem esse tipo de medida *preceitos éticos da maior relevância*, e que estão na base do próprio sistema de representação popular que confere movimento ao estado de direito²⁷.

Segundo a letra da Constituição brasileira, o mencionado princípio da inafastabilidade da jurisdição consiste em que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV). Como é notório, este princípio também é denominado direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, um direito basilar de qualquer pessoa, não só em decorrência da sua inclusão em diversas Constituições e tratados internacionais de direitos humanos, mas também – como há quem assim opine –, independentemente de qualquer proclamação estatutária, porque é uma exigência de justiça derivada da natureza humana e da natureza das coisas, ou seja, é o título jurídico natural de toda pessoa a defender aquilo que lhe

²⁵ “A doutrina do direito natural é – em contraposição ao positivismo jurídico como doutrina ‘realista’ – uma doutrina jurídica idealista. Porque o direito natural, quando aceito ao lado do direito real, o positivo, criado pelo arbítrio humano e, portanto, variável, é um direito ideal, *invariável*, identificável com a ‘justiça’” (KELSEN, Hans. *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. Tradução de Eugenio Bulygin. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, v. 6, n. 12, 2008, p. 183-184. Acrescentou-se a ênfase). Na sua obra *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito* compiladas pelo Dr. Nello Morra., BOBBIO aponta como segundo critério de distinção entre direito natural e direito positivo aquele que “se baseia na antítese *imutabilidade/mutabilidade*: o direito natural é imutável no tempo, o positivo muda” (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito* compiladas pelo Dr. Nello Morra. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999, p. 22. A ênfase é do original). A seguir, o autor italiano complementa: “[E]sta característica nem sempre foi reconhecida: Aristóteles, por exemplo, sublinha a universalidade no espaço, mas não acolhe a imutabilidade no tempo, sustentando que também o direito natural pode mudar no tempo” (ibidem). Ao afirmar isto, Norberto Bobbio parece desconhecer completamente o conteúdo do que Tomás de Aquino trata na *Suma de teologia*, II-II, q. 57, a. 2, ad 1, que é recordado no trecho deste trabalho correspondente à nota anterior.

²⁶ Para uma explicação da mutabilidade do direito natural, veja-se RABBI BALDI CABANILLAS. *Teoría del derecho*, op. cit., p. 231-239, em que este autor expõe esmeradamente o tratamento de Javier Hervada sobre esta questão, ilustrando-o oportunamente com decisões judiciais.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC 4.070/DF. *op. cit.*, p. 21. Acrescentou-se a ênfase.



é devido dentro de um quadro institucional de vedação da violência privada e do consequente monopólio estatal da força, que inclui o monopólio da garantia e da atuação do Direito²⁸.

Pois bem, como escreve Renato Rabbi-Baldi acertadamente, “a positivação dos direitos humanos, longe do que muitos acreditam ou aspiram, não encerra debate algum em torno do conteúdo e da dimensão concreta desses direitos”²⁹. Com efeito, não é suficiente a positivação do direito à tutela jurisdicional efetiva na CR 88 para daí inferir a regra de que um deputado pode ser perseguido criminalmente através de instrumentos cautelares; ao que parece, esta conclusão depende quase inteiramente de razões jurídicas que não estão positivadas, ou seja, de razões jurídicas naturais fundamentais ou de outras derivadas destas, mas ainda pré-positivas. Por isso, afigura-se razoável admitir que a validade jurídica do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva ou princípio da inafastabilidade da jurisdição,

radica antes em que, *de facto*, é considerado pelo aplicador do direito [...] como hábil para constituir um ponto de partida da decisão, que deverá ser ponderado e harmonizado com outros princípios e dirigido à solução concreta do problema dentro do âmbito definido pelos restantes elementos da ordem jurídica (regras, procedimentos etc.)³⁰.

93

Pelo que se vê na decisão do Min. Zavascki, é justamente assim que ele procede. Após afirmar que o deferimento das medidas cautelares de persecução criminal contra deputados também se respalda em “preceitos éticos da maior relevância, e que estão na base do próprio sistema de representação popular que confere movimento ao estado de direito”, ele reproduz parte do voto da Min. Cármen Lúcia no julgamento do *habeas corpus* 89.417, patrocinado em favor do Presidente de uma Assembleia Legislativa Estadual que fora afastado do cargo por decisão do Superior Tribunal de Justiça. Nessa decisão da Ministra, podem colher-se os seguintes “preceitos éticos da maior relevância”: (1) a impunidade é incompatível com a democracia, com a república e com o Estado de Direito³¹; (2) a forma de governo republicana implica garantir ao eleitor que o seu representante legisle em prol das demandas sociais numa atuação parlamentar moralmente aceitável e prob³²; (3) o público é do povo e o particular é de

²⁸ Cf. TOLLER, Fernando M. Fundamentos filosóficos y procesales del derecho a la tutela judicial efectiva. In: VIGO, Rodolfo L.; GATTINONI DE MUJÍA, María (Dirs.). *Tratado de derecho judicial*. t. I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2013, p. 490 e 505.

²⁹ RABBI-BALDI. ¿Positivación de los derechos naturales para dejar atrás la polémica “iusnaturalismo-iuspositivismo”? *op. cit.*, p. 269.

³⁰ SERNA. *op. cit.*, p. 135.

³¹ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC 4.070/DF. *op. cit.*, p. 22.

³² Cf. *ibidem*, loc. cit.

cada um, contanto que não seja pago por todos³³; (4) “[e]ventualmente, há que se sacrificar a interpretação literal e isolada de uma regra para se assegurar a aplicação e o respeito de todo o sistema constitucional”³⁴.

Por fim, Teori Zavascki evoca a noção de freios e contrapesos entre os poderes do Estado – que é o conteúdo do art. 2º da CR 88 (“São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”) – para dela extrair uma consequência que, ao que parece, não se encontra explicitada no ordenamento jurídico brasileiro:

[A] prevalecer uma interpretação que exclua do sistema a possibilidade de suspensão cautelar de parlamentar de suas funções públicas, ter-se-á uma situação de tratamento injustificadamente diferenciado entre os altos agentes políticos vinculados aos diversos poderes³⁵.

Em suma, o Min. Zavascki partiu do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República, ponderou-o e harmonizou-o com os quatro princípios descobertos e formulados pela Min. Cármen Lúcia – nenhum deles, frise-se, expresso no nosso ordenamento jurídico –, bem como com o desdobramento particularizado ao caso *sub iudice* que ele depreendeu da noção de freios e contrapesos, para então proferir o seguinte desfecho: “Assim, é inteiramente cabível, por certo que em circunstâncias excepcionais devidamente justificáveis e justificadas, o pedido de afastamento temporário do exercício do mandato parlamentar”³⁶.

Pois bem, toda esta operação realizada pelo julgador guarda relação com a doutrina do jusnaturalismo clássico. Opina-se aqui que a explicitação do conteúdo do princípio da inafastabilidade da jurisdição pertinente ao caso concreto, a exposição dos quatro princípios descobertos e formulados pela Min. Cármen Lúcia em outro julgado, bem como o desdobramento particularizado do art. 2º da Constituição da República no tocante à harmonia entre os três poderes da União parecem advir de exigências de justiça presentes na natureza humana – tanto na sua dimensão individual como na social – e na natureza das coisas que cercam os seres humanos no momento histórico e no espaço específico em que se deu a decisão judicial.

³³ Cf. *ibidem*, p. 23.

³⁴ *Ibidem*, loc. cit.

³⁵ *Ibidem*, p. 25.

³⁶ *Ibidem*, loc. cit.

2.2.4 A impossibilidade de Eduardo Cunha Assumir Eventualmente a Presidência da República

Como já se apontou no resumo da decisão na Ação Cautelar 4.070, o argumento principal para suspender Eduardo Cunha do mandato de deputado federal e da Presidência da Câmara dos Deputados referia-se a um conjunto de indícios dos quais se inferia que ele orquestrava uma série de atividades dirigidas a atravancar os procedimentos judiciais e disciplinares que apuravam supostos ilícitos seus, o que punha em grave perigo o equilíbrio dos poderes estatais.

Mas houve outro fator que pesou para que o Min. Zavascki decidisse da forma que decidiu, e que não fora suscitado pelo Procurador-Geral da República, uma vez que ainda não tinha ocorrido à época do requerimento: se não fosse suspenso do cargo de Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha poderia chegar a assumir a Presidência da República no caso de o impeachment de Dilma Rousseff concretizar-se e numa eventual ausência, ao menos temporária, do seu primeiro substituto constitucional, Michel Temer.

Como é sabido, o art. 86 da Constituição da República de 1988 estabelece que o Presidente da República deve ser suspenso do cargo em duas hipóteses: (1) quando se torna réu no STF sob a acusação de ter cometido infrações penais comuns (§ 1º, I); e (2) quando se instaura o processo de impeachment no Senado Federal para a averiguação de cometimento de crimes de responsabilidade (§ 1º, II). No entanto, o § 4º do mesmo artigo dispõe que “[o] Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções”.

Diante da possibilidade de Eduardo Cunha vir a assumir a Presidência da República e em face dos indícios desabonadores que recaíam sobre ele, bem como da sua condição de réu em ações penais, Teori Zavascki entendeu que o requerido na AC 4.070 nunca poderia chegar a gozar da imunidade prevista pela CR 88 no seu art. 86, § 4º. Assim, o Min. Zavascki concluiu o seguinte:

A solução constitucional é outra: caso tenha contra si recebida denúncia ou queixa-crime, como aqui ocorreu, deixa ele [o requerido] de ostentar condição indispensável para assumir, em substituição, o cargo de Presidente da República³⁷.

³⁷ Ibidem, p. 69.

Esta parece ser uma interpretação plausível da Constituição. Mas talvez não seja a mais adequada segundo uma concepção mais literal – mas não por isto implausível – do Estado de Direito e do sistema democrático. Assim, por hipótese, poder-se-ia entender mais correta a seguinte solução, também proporcionada pela CR 88: considerando que a Constituição não exige que um deputado federal se afaste das suas funções quando se torna réu em ação penal; considerando que um deputado federal, na condição de réu, não perde nenhuma das prerrogativas do seu mandato, dentre as quais se conta a de poder ser eleito Presidente da Câmara dos Deputados; considerando que, à época, era possível que o impedimento definitivo de Dilma Rousseff se concretizasse e que Michel Temer viesse a ausentar-se, ao menos temporariamente, do cargo de Presidente da República, quem deveria substituí-lo seria o Presidente da Câmara dos Deputados; e considerando, por fim, que a Constituição não proíbe que o Presidente da Câmara dos Deputados seja réu em ação penal, pergunta-se: nas circunstâncias em que Eduardo Cunha se encontrava antes da decisão do Min. Zavascki, ele poderia vir a assumir a Presidência da República, ao menos temporariamente? A resposta é positiva. Não obstante, se se adotasse esta solução, instaurar-se-ia um estado de coisas que, se não fosse anômalo, certamente seria – para usar uma expressão empregada pelo próprio Teori Zavascki na decisão que se examina, ainda que em outro contexto – excêntrico à consciência cívica em geral³⁸. Se o que se acaba de especular acontecesse, o questionamento espontâneo seria: por que o Presidente da República não pode permanecer no cargo se se torna réu numa ação penal e um Presidente da Câmara que já o é pode vir a assumir a Presidência da República? E a resposta seria: porque, no primeiro caso, a Constituição assim o determina e, no segundo, não estabelece expressamente nada em contrário³⁹.

A partir de tudo o que se considerou até aqui, pensa-se que, diferentemente do que afirmou o Min. Zavascki, não seria imperativo do ponto de vista constitucional que Eduardo Cunha estivesse proibido de chegar a assumir a Presidência da República. É por este motivo que se considera mais consistente outro argumento que Zavascki apresentou, ainda que, na leitura da sua decisão, este pareça somente preparatório para aquele citado mais acima. Escreveu o Ministro:

A esses ingredientes concretos, que evidenciam um incomum comportamento – ao que tudo indica, concertado pelo atual Presidente da Câmara dos Deputados – de um grupo de parlamentares, no aparente afã de desqualificar pessoas, empresas e políticos

³⁸ Cf. *ibidem*, p. 14.

³⁹ Todo o raciocínio expresso neste parágrafo foi tomado de um texto do jornalista Reinaldo Azevedo publicado em <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/cunha-stf-vai-decidir-se-ele-podera-ser-presidente-ainda-que-por-alguns-dias-ou-a-lei-e-as-ruas/>>. Acesso em: 08 jul. 2018.

que se disponibilizaram a colaborar com a elucidação das tramas potencialmente ilícitas que são objeto de vários inquéritos de competência deste Supremo Tribunal Federal – em que figura como investigado, sempre, o Deputado Federal Eduardo Cunha –, a todos esses elementos já redundantemente descritos, vieram a se somar outros dois episódios recentes [a instauração do processo de impeachment contra a Presidente da República no Senado Federal e a eventualidade de Cunha ser convocado, quase com certeza, a assumir a Presidência da República se o impeachment de Dilma Rousseff se efetivar], que agudizaram *os riscos que a figura do investigado impõe para a credibilidade das principais instituições políticas do País*⁴⁰.

A garantia da confiança dos cidadãos brasileiros e estrangeiros, assim como a confiança de outras nações nas instituições políticas do Brasil parece ser o verdadeiro *leitmotiv* do afastamento de Eduardo Cunha do seu mandato parlamentar e do cargo de Presidente da Câmara dos Deputados. Pois bem, até a sua formulação pelo Min. Zavascki, esta não era uma razão jurídica positiva, explicitada no Direito nacional; no entanto, parece indubitável que já sustentava todo o nosso ordenamento positivo e informava todas as suas normas. Se um país não desperta essa confiança generalizada de semblante político, toda a sua população e todas as suas instituições ficam vulneráveis, pois a consecução do interesse público e do bem comum vê-se enormemente obstaculizada. E é uma exigência de justiça que isto não suceda; porém não é uma exigência de justiça apenas culturalmente estabelecida, fruto exclusivo da convenção humana, mas um requerimento primariamente advindo daquilo que o ser humano é e deve ser, isto é, da sua natureza, além de também ser algo devido por força da conformação institucional da sociedade de um país, da natureza das coisas que o compõem, em que a cidadania constitui autoridades para que estas manejem a coisa pública da maneira mais exitosa possível. Mais uma vez, parece que estamos diante de uma correspondência entre um argumento da decisão monocrática de Teori Zavascki e a doutrina do jusnaturalismo clássico.

97

2.2.5 A Juridicidade do Afastamento de Eduardo Cunha

Com a palavra “juridicidade” do título desta seção quer-se significar que se chegou ao ponto de lançar luz sobre o *fundamento* da decisão de afastar Cunha temporariamente do mandato de deputado federal e da Presidência da Câmara dos Deputados. Se se perguntasse “por que Eduardo Cunha foi afastado?”, seria errôneo responder “porque o STF assim o decidiu”, “porque o Procurador-Geral da República assim o requereu e foi atendido” ou,

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC 4.070/DF. *op. cit.*, p. 66. Acrescentou-se a ênfase.



voltando ainda mais no tempo, “porque ele abusou do seu poder para esquivar-se de condenações judiciais e disciplinares”. Todas estas respostas não dizem respeito ao fundamento da decisão da Corte Suprema, mas às *causas* dela. Como esclarece Barzotto,

Confunde-se a categoria de “fundamento” com a categoria de “causa”. Ora, a história aponta a causa, a gênese ou a origem de um fenômeno, e nunca seu fundamento. Aquele que pergunta pela causa expressa sua questão na forma de um “como?”⁴¹.

Assim, as respostas anteriores – com a necessária substituição do seu “porque” inicial pelas expressões “por meio de”, “através de” ou “mediante” – corresponderiam à pergunta “*como* Eduardo Cunha foi afastado?”. Um pouco adiante, Barzotto complementa: “O fundamento indica a necessidade de uma justificação, de uma resposta à questão ‘por quê?’”⁴². Então, dentro do texto do Min. Zavascki, tem-se de buscar a resposta a “*por que* Eduardo Cunha foi afastado?” na passagem em que ele assinala o fundamento jurídico ou juridicidade da sua decisão, que necessariamente se encontra na CR 88, uma vez que o STF julga questões afeitas à Constituição brasileira.

Pois bem, quando chegamos a essa passagem, deparamos primeiramente com o seguinte dizer: “Embora a Constituição Federal não declare expressamente a necessidade de afastamento da função de Presidência dos poderes da República – nas lastimáveis hipóteses em que seus ocupantes se venham [*sic*] a se tornar réus – (...)”⁴³. Ou seja, não há na CR 88 enunciado algum composto de uma hipótese fática e de uma resposta consequente que justifique ou fundamente o afastamento de Eduardo Cunha. Ainda assim, Teori Zavascki não hesita em asseverar: “[N]ão é demais afirmar que ela [a Constituição] *acena vividamente nesse sentido*, sobretudo nas hipóteses em que seja possível vislumbrar que as infrações penais tenham sido adjetivadas por desvios funcionais”⁴⁴.

Ainda que diga que a CR 88 “acena vividamente” na direção do afastamento de Cunha, não assinala imediatamente qual ou quais dispositivos constitucionais escoram esta resposta jurídica. Após referir-se às infrações penais “adjetivadas por desvios funcionais”, que são as hipóteses fáticas que ensejam a condenação, dedica um extenso parágrafo a dissertar sobre um dos últimos atos cometido pelo requerido e acerca de disposições do Regimento Interno da

⁴¹ BARZOTTO, Luis Fernando. *Filosofia do direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 72.

⁴² *Ibidem*, loc. cit.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC 4.070/DF. *op. cit.*, p. 70.

⁴⁴ *Ibidem*, loc. cit. Acrescentou-se a ênfase.



Câmara dos Deputados que o reprovam. Só depois disto é que toca o âmago do fundamento ou juridicidade do afastamento de Eduardo Cunha, precedido das seguintes palavras: “Nada, absolutamente nada, se pode extrair da Constituição que possa, minimamente, justificar a sua permanência no exercício dessas elevadas funções públicas”⁴⁵.

Sobre esta afirmação, é preciso repetir o que se explicou na seção anterior deste trabalho: na verdade, a CR 88 não proíbe que um deputado federal, ainda que seja réu de uma ação penal, siga no exercício do seu mandato, que seja eleito Presidente da Câmara dos Deputados e que, portanto, venha a ocupar eventualmente a Presidência da República. Logo, constata-se a existência de uma solução acorde com a Constituição que contraria esta asserção do Min. Zavascki. No entanto, a seguir, o julgador continua:

Pelo contrário, o que se extrai de um contexto constitucional sistêmico, é que o exercício do cargo, nas circunstâncias indicadas, compromete a *vontade da Constituição*, sobretudo a que está manifestada nos *princípios de probidade e moralidade* que devem governar o comportamento dos agentes políticos⁴⁶.

Em outros termos, o núcleo do fundamento da decisão consiste no conteúdo dos princípios constitucionais de probidade e moralidade dos agentes políticos, que, segundo o entendimento do Min. Zavascki, informam toda a CR 88 e, quando postos em contato com os fatos narrados na Ação Cautelar 4.070, prescrevem que Eduardo Cunha não permaneça no desempenho das funções políticas que ocupa.

Pois bem, de onde provém a força deôntica dos princípios constitucionais, a sua qualidade de deveres humanos?

Não pode ser do texto constitucional, que se limita a enunciá-los, sem pormenorizar o seu conteúdo em termos de comportamento antecedente e efeito jurídico consequente, isto é, na forma de proposições prescritivas; e ainda que os dispusesse nesta forma, as proposições prescritivas não se transformam em prescrições deônticas por si mesmas, mas dependem antes das autoridades que as formulam e promulgam. Por sua vez, os atos dessas autoridades fazem que os princípios constitucionais gozem apenas de uma presunção de obrigatoriedade, dado que a sua *auctoritas* – isto é, o reconhecimento e aceitação do seu poder público por parte dos destinatários das suas ordens, sejam órgãos públicos subalternos, seja o conjunto da cidadania – pode rebaixar-se à categoria de mero poder – *potestas* – se a confiança dos seus subordinados

⁴⁵ Ibidem, p. 71.

⁴⁶ Ibidem, loc. cit. Os destaques foram acrescentados.

na sua capacidade sócio-diretiva diminui drasticamente ou vem a desaparecer por completo, fazendo assim que as normas jurídicas deixem de ser tidas pelos seus receptores como obrigatórias para passar a ser vistas simplesmente como impostas⁴⁷. Ademais, as normas jurídicas positivadas – quer regras, quer princípios – são *atos* sociais; e, como advertiu David Hume com acerto, a dedução de deveres a partir de fatos é uma falha lógica, uma falácia (posteriormente denominada “falácia naturalista”). Os fatos *são*, ao passo que os deveres *devem ser*. Assim, a inclusão de princípios no ordenamento jurídico vigente não os dota por si só de força deôntica, pois o único resultado obtido por essa inclusão restringe-se a transformá-los em fatos sociais ou institucionais – e, reiterar-se, de fatos não podem advir deveres, por mais sociais ou institucionais que eles sejam.

A força deôntica dos princípios constitucionais tampouco pode surgir dos métodos procedimentais de raciocínio a que juízes e tribunais os submetem. O estatuto ôntico do procedimento epistêmico é o de forma, não o de conteúdo; em outras palavras, o procedimento jurídico cognitivo é um meio de alinhar conteúdos deônticos preexistentes – ainda que não declarados – com necessidades humanas presentes aqui e agora; assim, dizer que a condição de deveres dos princípios constitucionais deriva dos procedimentos metódicos também “não é logicamente possível, e remete ao problema de qual é a origem dos conteúdos, que necessariamente têm de ser postos no início do raciocínio a fim de que se obtenham outros conteúdos ao final”⁴⁸.

A força de deveres humanos dos princípios constitucionais também não pode residir num certo consenso de uma época histórica determinada, porque o “fundamento das crenças está no próprio ser, na realidade, e não no fato da aceitação histórica de uma determinada opinião sobre a realidade”⁴⁹. Desacompanhada de uma realidade objetiva, a opinião subjetiva ou intersubjetiva acerca de qualquer entidade extramental é somente uma atribuição de sentido, de valor ou de dever-ser desprovida de todo limite de criatividade. Assim, por absurdo, poder-se-ia atribuir ao dispositivo do art. 121 do Código Penal brasileiro – a despeito da sua interpretação literal, sistemática, teleológica etc. – o sentido ou dever de premiar o autor de um homicídio com uma quantia pecuniária entre R\$ 6.000,00 e R\$ 20.000,00.

⁴⁷ Cf. COTTA, Sergio. Seis tesis sobre las relaciones entre el derecho natural y el derecho positivo. *Persona y Derecho*, v. 8, 1981, p. 160-163.

⁴⁸ MASSINI CORREAS, Carlos I. Razón práctica y objetividad del derecho: el debate contemporáneo acerca de los principios jurídicos. *Sapientia*, v. 64, fasc. 224, 2008, p. 110.

⁴⁹ BARZOTTO. *op. cit.*, p. 73.

Visto o anterior, a resposta que se afigura mais apropriada para a questão da origem da força deôntica dos princípios constitucionais é a de que “os princípios sintetizam as exigências básicas e permanentes da natureza humana vistas na situação espaço-temporal concreta em que esta se faz presente”⁵⁰, “fundadas no ente [extrassubjetivo] realmente existente e nas suas estruturas descobertas cognoscitivamente pelo entendimento [humano] e constituídas praticamente pelos princípios próprios do intelecto prático”⁵¹.

Em última instância, parecem ser as exigências naturais de justiça que conferem o dever-ser, a força deôntica, às exigências – dentre as quais se contam os princípios constitucionais – que nós, seres humanos, convenciamos para que vigorem socialmente. E é porque captamos racionalmente aquelas, em maior ou menor medida, que conseguimos formular estas últimas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, podem-se extrair, ao menos, as seguintes conclusões principais:

1. O Min. Zavascki sustenta que o modo adequado de interpretação da Constituição é ler os seus textos em cotejo com a realidade presente. Isto coincide com a tese do jusnaturalismo clássico de que a positivação permanente de dispositivos jurídicos nunca é completa e que não exaure o significado deles, que só pode ser apreendido mais amplamente na natureza humana e das coisas que configuram a parcela de realidade que vai subsumir-se na generalidade desses dispositivos;

2. Teori Zavascki argumenta que a suspensão de Eduardo Cunha, embora seja excepcional por não encontrar assento em textos normativos de direito positivo, acha respaldo em princípios jurídicos do sistema constitucional brasileiro, dos quais se pode extrair uma regra que contemple o caso em questão, ainda que estejam inicialmente implícitos e que, quando revelados, exibam um conteúdo altamente amplo. Este modo de pensar é consoante com a noção de equidade romana clássica, obra dos jurisconsultos do período de apogeu do Direito romano, que são um dos grandes artífices da teoria do direito natural clássico;

3. O Min. Zavascki lamenta-se de que não haja na CR 88 uma regra que ordene a suspensão funcional imediata dos ocupantes dos cargos de liderança máxima do Congresso Nacional contra os quais se instaure uma ação penal, pois essa regra seria muito conveniente

⁵⁰ RABBI-BALDI CABANILLAS. *Teoría del derecho*. *op. cit.*, p. 215.

⁵¹ MASSINI CORREAS, Carlos I. *Razón práctica y objetividad del derecho*. *op. cit.*, p. 108.

para evitar os danos institucionais que decorriam da atuação de Eduardo Cunha. No mesmo sentido, o jusnaturalismo clássico afirma que a maioria das exigências naturais de justiça devem ser positivadas quando detectadas;

4. Teori Zavascki assegura que o afastamento de Cunha encontra abrigo abundante no princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no inciso XXXV do art. 5º da CR 88, quando conjugado com outros quatro princípios implícitos revelados pela Ministra Cármen Lúcia num julgamento anterior e com uma consequência que se pode depreender da noção de freios e contrapesos entre os poderes do Estado. Este modo de conceber a interpretação dos princípios constitucionais vai ao encontro da convicção recente de adeptos do jusnaturalismo clássico de que a enunciação e até mesmo a positivação de princípios constitucionais não esgota o debate acerca do conteúdo e da dimensão deles, que só podem ser hauridos nas exigências naturais de justiça surgidas do cotejo desses princípios com as peculiaridades do caso *sub iudice*;

5. Embora o Min. Zavascki diga que não há solução constitucional diferente da que assevere que Eduardo Cunha não poderia chegar a assumir a Presidência da República, existe, sim, a possibilidade de outra interpretação da CR 88 em sentido contrário. No entanto, numa passagem imediatamente anterior da sua decisão, o julgador aduz o argumento de que a possibilidade do então Presidente da Câmara dos Deputados vir a ser Presidente da República, ainda que temporariamente, impõe riscos à credibilidade das principais instituições políticas do Brasil. Esta não parece ser uma razão jurídica primordialmente positiva, oriunda somente da vontade humana, mas uma exigência de justiça derivada primariamente da condição ou natureza humana – concretamente da natureza de cada pessoa e grupo de pessoas que compõem a cidadania brasileira, os quais se veriam prejudicados por essa eventual falta de credibilidade político-institucional – e da natureza das coisas, especificamente da configuração social consolidada em que a cidadania confia a determinadas pessoas o manejo exitoso da coisa pública;

6. Nas páginas finais da sua decisão, Teori Zavascki afirma que o afastamento temporário de Cunha é ordenado pela Constituição da República na medida em que esta prevê os princípios da probidade e da moralidade como guias do comportamento dos agentes políticos. Ora, a força deontológica dos princípios constitucionais não pode provir da sua simples inclusão no Direito vigente – porque configuraria uma passagem logicamente equivocada de um fato social a um dever humano –, nem dos procedimentos metódico-cognitivos a que juízes

e tribunais os submetem – porque esses métodos são tão somente formas de processamento de conteúdos deônticos necessariamente preexistentes –, nem de certa opinião individual ou consensual acerca da realidade – porque, no limite, essa opinião pode atribuir um sentido inteiramente contrário ao revelado por qualquer forma de interpretação das normas jurídicas –; na verdade, parece que a força deôntica dos princípios constitucionais tem de proceder originariamente da realidade mesma, e não de um querer pessoal, pois, em última instância, esses princípios parecem condensar as exigências basilares e contínuas da natureza humana circunscritas numa determinada época histórica, passíveis de ser captadas pelo intelecto humano prático, isto é, pela razão do ser humano na medida em que procura inteligir para agir.

Se as conclusões anteriores estão corretas, parece poder concluir-se que a decisão examinada constitui um indício de que direito natural está vigente na prática jurídica cotidiana. Se este indício se confirma em outras muitas decisões jurisprudenciais, pode-se chegar à conclusão de que o justo derivado da natureza humana e da natureza das coisas que rodeiam os seres humanos possui uma atualidade da qual seria preciso que todo jurista se aperceba, caso realmente anseie que a ordem jurídica que rege a sociedade vá tornando-se continuamente a mais justa possível.

103

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. 8. ed. Tradução de María Araujo e Julián Marías. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

AZEVEDO, Reinaldo. Cunha: STF vai decidir se ele poderá ser Presidente, ainda que por alguns dias. Ou: a lei e as ruas. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/cunha-stf-vai-decidir-se-ele-podera-ser-presidente-ainda-que-por-alguns-dias-ou-a-lei-e-as-ruas/>>. Acesso em: 08 jul. 2018.

BARZOTTO, Luis Fernando. *Filosofia do direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito* compiladas pelo Dr. Nello Morra. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC 4.020/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 04.05.2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/>> sob o número 10910299. Acesso em: 15 jul. 2018.

COTTA, Sergio. Seis tesis sobre las relaciones entre el derecho natural y el derecho positivo. *Persona y Derecho*, n. 8, 1981.

DIGESTO. Cuerpo del Derecho Civil Romano. Tradução de Ildefonso L. García del Corral. Barcelona: Jaime Molinas Editor, 1889.

FASSÒ, Guido. *Storia della filosofia del diritto*. 5. ed. v. III: ottocento e novecento. Bari: Laterza, 2009.

HERVADA, Javier. *Historia de la ciencia del derecho natural*. Pamplona: EUNSA, 1996.

_____. *Introducción crítica al derecho natural*. 7. ed. Pamplona: EUNSA, 1993.

KELSEN, Hans. La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico. Tradução de Eugenio Bulygin. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, v. 6, n. 12, 2008.

LOMBARDI VALLAURI, Luigi. *Corso di filosofia del diritto*. Padova: CEDAM, 1981.

MASSINI, Carlos Ignacio. *La prudencia jurídica*: introducción a la gnoseología del derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982.

MASSINI-CORREAS, Carlos I. *Jurisprudencia analítica y derecho natural*: análisis del pensamiento filosófico-jurídico de John Finnis, 2015, inédito.

_____. Razón práctica y objetividad del derecho: el debate contemporáneo acerca de los principios jurídicos. *Sapientia*, v. 64, fasc. 224, 2008.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 33. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato. La interpretación del derecho de acuerdo a “equidad” en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina. *Persona y Derecho*, n. 40, 1999.

_____. *Teoría del derecho*. Buenos Aires: Ábaco, 2008.

RABBI-BALDI, Renato. ¿Positivación de los derechos naturales para dejar atrás la polémica “iusnaturalismo-iuspositivismo”? Otro intento insuficiente en la eterna lucha por el derecho justo. *Quaestio Iuris*, v. 7, n. 1, 2014.

SERNA, Pedro. Sobre las respuestas al positivismo jurídico. In: RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato (Coord.). *Las razones del derecho natural*. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico. 2. ed. Buenos Aires: Ábaco, 2008.

TOLLER, Fernando M. Fundamentos filosóficos y procesales del derecho a la tutela judicial efectiva. In: VIGO, Rodolfo L.; GATTINONI DE MUJÍA, María (Dir.). *Tratado de derecho judicial*. t. I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2013.

TOMÁS DE AQUINO. *Suma de teología*. 4. ed. Tradução de José Martorell Capó. Madrid: BAC, 1990.

Submissão: 18/04/2017
Aceito para Publicação: 16/05/2018



UMA ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS SOB A VISÃO DE RONALD DWORKIN E SEU USO INDISCRIMINADO NO BRASIL

ANALYSIS OF LEGAL PRINCIPLES UNDER RONALD DWORKIN'S VISION AND ITS INDISCRIMINATED USE IN BRAZIL

Celso Marins Torres Filho*

Renata Albuquerque Lima**

RESUMO: Percebe-se, historicamente, uma falta de uniformidade na compreensão do que representam os princípios para o direito, sua posição no sistema jurídico e os efeitos de sua incidência na atuação dos magistrados enquanto intérpretes e aplicadores das leis. No Brasil, em especial, este importante instrumento jurídico tem sido precipitadamente utilizado como subterfúgio para a reabertura da textura das normas, viabilizando o avanço da discricionariedade judicial. Esta alarmante realidade tem trazido novos holofotes às preocupações assumidas por Ronald Dworkin ainda no século passado, para quem os princípios, embora individualmente considerados não proponham uma resposta única e objetiva para os casos sobre os quais incidem, quando considerados em sua conjugação, vinculam a atuação do Juiz na direção do que ele denominou de resposta correta, afastando, com isso, a ideia de discricionariedade e reforçando a noção de um sistema jurídico fechado. Valendo-se das concepções lançadas na teoria deste importante jurista norte-americano, o presente estudo, por meio de pesquisa bibliográfica e documental, apresentará as críticas lançadas, sobremaneira por Marcelo Neves e Lenio Streck, à aplicação indiscriminada dos princípios nas decisões judiciais, e os perigos gerados por esta realidade.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios. Uso indiscriminado. Ronald Dworkin. Arbitrariedade.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Do positivismo ao pós-positivismo. 2 Os princípios, segundo Ronald Dworkin. 3 A aplicação indiscriminada dos princípios no Brasil: críticas e preocupações. Considerações Finais. Referências.

ABSTRACT: Historically, there is a lack of uniformity in understanding what the principles of law represent, their position in the legal system, and the effects of their influence on the role of magistrates as interpreters and enforcers of laws. In Brazil, in particular, this important legal instrument has been precipitously used as a subterfuge for the reopening of the texture of the norms, making possible the advance of judicial discretion. This alarming reality has brought new focus to the concerns of Ronald Dworkin in the last century, for whom the principles, although individually considered, do not propose a single and objective answer to the cases on which they are based, when considered in their conjugation, of the Judge in the direction of what he called the correct answer, thereby removing the idea of discretion and reinforcing the notion of a closed legal system. The present study, by means of bibliographical and documentary research, will present the criticisms made, especially by Marcelo Neves and Lenio Streck, for the indiscriminate application of the principles in judicial decisions, and the dangers generated by this reality.

KEYWORDS: Principles. Indiscriminate use. Ronald Dworkin. Arbitrariness.

* Mestrando em Direito pela Centro Universitário Christus, Ceará. Graduado em Direito com bolsa de pesquisa CNPq pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Ceará. Advogado.

** Pós-Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Ceará. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Graduada em Administração pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Professora do Programa de Mestrado em Direito e do curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Christus, Ceará. Professora Adjunta do curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA), Ceará.

INTRODUÇÃO

Como se não fosse suficiente o histórico dissenso teórico que envolve os princípios, sua natureza e posição perante o sistema jurídico, tem-se presenciado na doutrina e, sobretudo, na jurisprudência nacional, a referência a tais institutos sem o devido rigor técnico. Tal prática, ao abrir espaço para a profusão da discricionariedade judicial, traz novamente à tona as preocupações há muito tempo assumidas por Ronald Dworkin e seu emblemático embate com Hebert L. A. Hart.

A par desta realidade e sem a pretensão de lançar novas luzes acerca do tema – já amplamente desenvolvido pela doutrina de escora, notadamente a estrangeira – o presente estudo tem por escopo reapresentar os princípios como institutos que vinculam a atuação judicante, fechando o sistema jurídico, em detrimento da discricionariedade proposta pelo positivismo hartiano, aproximando-os, desta forma, da teoria de Dworkin.

À vista de algumas ligeiras e modestas reflexões, pretende-se destacar o progressivo distanciamento das Cortes tupiniquins da concepção de Dworkin sobre os princípios jurídicos, no momento em que se valem destes como álibi para a reabertura da textura das normas, propiciando um infindável terreno para o exercício da subjetividade do intérprete, tão combatida pelo citado jurista.

Neste norte, esta análise percorrerá as críticas apresentadas por Marcelo Neves e Lenio Streck ao fenômeno verificado, sugerindo maiores reflexões acerca dos perigos gerados pela utilização indiscriminada dos princípios no Brasil.

1 DO POSITIVISMO AO PÓS-POSITIVISMO

Um dos primeiros baluartes do pensamento jurídico positivista foi o jurista inglês John Austin, fundador da Escola Analítica de Jurisprudência. Segundo Austin, somente possuíam o status de lei as normas que veiculassem a expressão direta de um comando estatal, ficando as demais normas regadas à categoria de lei impropriamente designada. Ainda conforme Austin, somente poderia ser objeto da Filosofia do Direito a lei posta por superiores políticos para ser seguida por pessoas consideradas politicamente inferiores. (AUSTIN, 1998).

Francamente liberal, Austin compreendia a lei como um comando politicamente determinado e a ser compulsoriamente implementado. Em seu pensamento, Comando e Obrigação seriam termos correlatos, dado que onde quer que surgisse uma obrigação, realizar-



se-ia um comando; e onde quer que se realizasse um comando, impor-se-ia uma obrigação. (AUSTIN, 1998).

Suplantando o pensamento de Austin, Hans Kelsen alçou o positivismo jurídico à sua máxima expressão científica e metodológica. Seu positivismo normativista apregoava a purificação científica do direito, afastando-o de preocupações metafísicas para centrar-se, tão somente, no universo normativo. O conhecimento jurídico, portanto, deveria ser neutro e hermético, indene a elementos estranhos, de cunho político ou sociológico. Mais ainda, a aplicação concreta da norma, referendada pelo julgador, enquanto intérprete da norma, deveria partir do sentido extraído do texto positivado. (KELSEN, 1998).

Estado e Direito se confundiriam, o que implicaria a inexistência de leis inconstitucionais ou decisões ilegais dentro do ordenamento positivado. Desse modo, todo o sistema normativo gozaria de validade, independentemente do conteúdo das suas normas, cujo pressuposto geral encontrar-se-ia na presunção de aceitação da validade de uma norma fundamental. Nesta perspectiva, qualquer norma resultante do titular do poder seria válida e apta para produzir efeitos, até que oficialmente declarada inválida. (KELSEN, 1998).

A fim de sistematizar o plano da validade da sua teoria normativa, Kelsen desenvolveu a ideia de norma fundamental, radicada em uma primeira norma posta, de feição constitucional, cujo corolário seria uma norma suposta, denominada norma hipotética fundamental, responsável pela validação das demais normas jurídicas. Kelsen propõe a existência de uma norma fundamental que constitui o fundamento de validade e de unidade da ordem normativa:

A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa. (KELSEN, 1998, p. 136).

Desse modo, a função da norma fundamental não seria ética ou política, mas meramente epistemológica.

O ponto de maior dificuldade metodológica do positivismo normativista de Kelsen reside na interpretação concreta da norma, que permitiria, pela sua estrutura, uma discricionariedade judicial de difícil controle. O modelo de discricionariedade de Kelsen é comparado a uma moldura, delimitada pelas técnicas gerais de interpretação das leis, dentro da

qual o intérprete possui ampla liberdade para extrair os sentidos contidos no seu texto. (KELSEN, 1998).

Destarte, dentre os vários sentidos possíveis, estarão em conformidade com o Direito aqueles que se mantiverem dentro dessa moldura normativa. Conforme assinalado por Hans Kelsen (1998, p. 247) “a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor”.

A partir do século XX, coube a Herbert L. A. Hart, jusfilósofo inglês de patente orientação liberal, assumir a defesa da posição juspositivista. Seu modelo teórico fundava-se, basicamente, em três teses principais. Na primeira, defendia que a existência do Direito é definida por práticas sociais complexas; na segunda, explorava o caráter contingencial da relação entre o direito e a moral; e, na terceira, observava a textura aberta da linguagem jurídica, nela identificando normas jurídicas com termos genéricos, vagos e controvertidos. (HART, 2009).

O esforço inicial de Hart foi no sentido de construir uma teoria que superasse as teses positivistas de Austin e Kelsen, para propor um conceito de direito capaz de, a um só tempo, abarcar qualquer sistema jurídico vigente e elucidar a estrutura do Direito e o seu funcionamento sem considerar, deste modo, a justificação moral das práticas jurídicas analisadas. (HART, 2009).

Nesse intuito, Hart revigorou o pensamento de Austin, para identificar, no direito, uma relação de comandos que estabelecem obrigações respectivas (regras primárias), com a ressalva de que os comandos seriam reputados legítimos, porquanto representativos de valores aceitos pela comunidade (regras secundárias de reconhecimento). (HART, 2009).

Assim, Hart identificava que o direito resultaria da combinação de regras primárias de obrigação (regras impositivas de deveres em sentido positivo e negativo) e de regras secundárias de reconhecimento, alteração/modificação e de adjudicação, responsáveis pela imprescindível complementação estrutural do sistema jurídico, em função de fatores sociais externos. (HART, 2009).

Vale assinalar, no especial tocante à regra de reconhecimento, que esta possuía especial função na teoria normativa de Hart, haja vista que encerrava o parâmetro de validade de todas as normas do sistema jurídico, além de atribuir competência a determinados sujeitos para

interpretar e aplicar as normas jurídicas, com base nos direitos fundamentais dos cidadãos e na estrutura política do Estado. (HART, 2009).

Indo além, Hart reconhecia que as regras possuíam textura aberta – dada a imprecisão dos seus termos – circunstância que faria surgir incertezas quanto à forma de comportamento exigido por estas. Pelo pensamento hartiano, a indeterminação seria uma das características da norma jurídica, sendo certo que todo intento de guiar o comportamento humano mediante normas gerais é suscetível ao fracasso. (HART, 2009).

Nessa pisada, e corroborando o pensamento de Kelsen, Hart defendia que o Direito apresentava-se parcialmente indeterminado ou incompleto, circunstância sanada quando o julgador, ao debruçar-se na norma em sua imprecisão, extraía-lhe o sentido a partir da linguagem nela empregada, através do exercício da discricionariedade. Desse modo, Hart conferia aos tribunais explícita função criativa, reconhecendo aos juízes, em última instância, o papel de bem definir o alcance e significado da norma jurídica. (HART, 2009).

A par desses elementos, Lenio Streck apresenta as teses centrais que constituem o positivismo:

111

- 1 - que a existência (vigência e validade) do direito em uma dada sociedade depende das práticas dos membros dessa sociedade; são, pois, as fontes sociais do direito;
- 2 - que a validade de uma norma independe de sua ‘validade’ moral; trata-se, pois, da separação entre direito e moral (secularização), cuja discussão central reside na discussão do papel desempenhado pela razão prática no contexto d(e um)a teoria do direito. Ora, as teorias do direito positivistas haviam recusado fundar suas epistemologias numa racionalidade que desse conta do agir propriamente dito. Como alternativa, estabeleceram um princípio fundado em uma razão teórica pura: o direito deveria, a partir de então, ser visto como um objeto que seria analisado segundo critérios emanados de uma lógica formal rígida. Isto significa dizer que para o positivismo pouco importava colocar em discussão – no campo de uma teoria do direito – questões relativas à legitimidade da decisão tomada nos diversos níveis do poder estatal (legislativo, executivo ou judicial). No fundo, operou-se uma cisão entre validade e legitimidade, sendo que as questões de validade seriam resolvidas através de uma análise lógico-semântica dos enunciados jurídicos, ao passo que os problemas de legitimidade – que incluem uma problemática moral – deveriam ficar sob os cuidados de uma teoria política que poucos resultados poderiam produzir, visto que esbarravam no problema do pluralismo de idéias presente num contexto democrático, o que levava inexoravelmente a um relativismo filosófico;
- 3 - que as normas jurídicas de um ordenamento não “cobrem” todas as hipóteses de aplicação; isto quer dizer que haverá “casos difíceis” que não serão solucionáveis pelas normas jurídicas existentes; daí o recurso à discricionariedade, poder “delegado” aos juízes (é neste ponto que o positivismo se liga umbilicalmente ao sujeito solipsista – Selbstsüchtiger – da modernidade). Tais questões, de um modo ou de outro, estão presentes em Kelsen e Hart, que constituem, assim, o ‘ovo da serpente do positivismo contemporâneo’, embora realistas jurídicos, como Alf Ross, tenham, sob outro viés, parcela significativa de responsabilidade nesse *affair*. Kelsen ‘desiste’ de enfrentar o problema dos ‘casos difíceis’ (embora deles não fale, na especificidade), deixando a cargo dos juízes tal solução, a partir de um ‘ato de vontade’ (daí se falar do



‘decisionismo kelseniano’). Já Hart confia plenamente nos juízes para a resolução dos casos difíceis, desde que tal ‘escolha’ se dê no interior da zona de penumbra da norma. Ao transferir o problema da normatividade kelseniana para a decisão judicial, Ross conforma aquilo que se pode denominar de positivismo fático (o sentido da norma se dá na decisão). Mas em todos eles está presente a indissociabilidade entre ‘discrecionalidade/arbitrariedade e o sujeito do esquema sujeito-objeto [sic]. (STRECK, 2009, p. 5-6).

Feita essa breve síntese dos principais módulos teóricos do positivismo, é imprescindível proceder à análise do marco pós-positivista, cuja irradiação implicou a necessidade de uma profunda reformulação e revisão dos conceitos e paradigmas relacionados à própria compreensão do fenômeno jurídico e da ciência do direito.

Após a Segunda Guerra Mundial, ocorreu uma verdadeira virada filosófica da compreensão do direito enquanto ciência, período em que ficou demonstrado o fracasso do ideário positivista e seu caráter avalorativo. Com efeito, a cisão definitiva entre direito e moral, apregoada pela concepção juspositivista reinante, forneceu a seara perfeita para o surgimento de concepções jurídicas capazes de legitimar, do ponto de vista formal, violações prementes a direitos humanos fundamentais.

Como reação à barbárie verificada no período Pós-Segunda Guerra, o pós-positivismo representou o veemente traço filosófico que redundou numa profunda reestruturação do sistema jurídico, predicando a limitação do poder estatal, a partir da efetivação dos direitos e garantias fundamentais do ser humano.

Nesse compasso, inaugurou-se a era das Constituições compromissórias e sociais que passaram a veicular especial proteção aos direitos de segunda e terceira dimensões, munindo-os de acentuada concretude até então incompatível com a estrutura normativa assentada exclusivamente no império da lei.

Ficou patente, a partir desse novo paradigma normativo, a insuficiência do modelo teórico positivista para a compreensão do fenômeno jurídico, que findou por ser superado pelo movimento neoconstitucionalista. Nesse contexto, exsurgiram as críticas direcionadas por Ronald Dworkin ao modelo teórico de Herbert Hart, concentrando os primeiros elementos que denunciavam a insubsistência do positivismo em relação ao modelo normativo estabelecido a partir na segunda metade do século XX.

2 OS PRINCÍPIOS, SEGUNDO RONALD DWORKIN

Ronald Dworkin, jurista e filósofo norte-americano que se dedicou, dentre outras temáticas, ao estudo dos princípios jurídicos, desenvolveu um sólido e fecundo contraponto ao positivismo jurídico, em especial ao positivismo de Hebert Hart, de quem foi sucessor da cátedra na Universidade de Oxford.

Em sua obra intitulada *Taking Rights Seriously* (1977), Dworkin lançou mão de relevantes argumentos no debate sobre princípios, regras e as consequências da relação destes institutos.

Como um dos fronts de sua crítica, Dworkin identifica o sistema jurídico positivista como um conjunto composto exclusivamente por regras, que estabelecem quais condutas serão punidas pelo Estado. Ainda segundo a visão de Dworkin, no modelo normativista, estas regras são identificáveis por meio de critérios formais, desconsiderando-se o seu conteúdo, em um processo que se confunde com um verdadeiro *teste de pedigree*.¹ (DWORKIN, 2002).

Considerando a insuficiência de um sistema jurídico composto unicamente por normas, em contraponto a uma sociedade mutável e dinâmica, inevitavelmente ocorrerão lacunas jurídicas, que serão solucionadas, dentro da perspectiva positivista, pelo exercício da discricionariedade do juiz.

De outra banda, contemplada a imprecisão (abertura) da linguagem jurídica, permite-se ao intérprete a indicação de mais de um caminho interpretativo, ou seja, mais de uma solução. Por esta razão, e em especial nos chamados *hard cases*, a solução encontrada seria congenitamente imprecisa, ficando a decisão final, mais uma vez, sujeita à discricionariedade judicial.²

Para Dworkin, admitindo-se nesses casos a discricionariedade do magistrado, os direitos, como conhecidos hoje, estariam sob influência e direta dependência das escolhas subjetivas do intérprete. Nesse sentido, e considerada a existência de direitos conferidos antes mesmo da atribuição de poder de decisão a tais magistrados, a discricionariedade judicial, na

¹ Teste de pedigree é empregado na noção de um instituto que deve atenção à origem da norma, à sua linhagem e ao modo de sua produção.

² “Dworkin parte da preocupação com a forma através da qual o positivismo jurídico resolve os casos difíceis, ou seja, quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o poder discricionário para decidir o caso de uma maneira ou de outra” (FLORES FILHO, 2005, p. 129-146).

forma proposta pelos positivistas, implicaria em ruína do próprio Estado de Direito.

Em verdade, se assim o for, o juiz está, na prática, legislando *post facto*, ferindo irremediavelmente o princípio da irretroatividade das leis e a própria ideia de previsibilidade do sistema jurídico – elemento intrínseco à segurança jurídica.

Diferentemente, Dworkin defende que a solução desses casos difíceis esteja amparada por marcos do próprio direito³, refutando a possibilidade de criação do direito pelo julgador, por meio da interferência lesiva do arbítrio judicial. Tais marcos seriam os princípios que conduziriam o julgador na direção da resposta correta. Nesse sentido, na mesma esteira do pensamento de Dworkin, Dorneles (2009, p. 169-184) desenvolve: “[...] a toda pretensão jurídica corresponde uma resposta original, assentada na idéia de direitos, cujos princípios as regras jurídicas positivas agasalham, não havendo espaço para a sua criação, ou seja, para o ato discricionário do Juiz”.

Posto isso, e numa visão de horizonte, a doutrina de Dworkin pretende reduzir o arbítrio da atividade judicial, sem chegar ao excesso de limitar tal atividade a uma aplicação mecânica das regras. Em contrapartida a essas questões, Dworkin defende o um sistema jurídico aberto e plural, composto, além de regras, por princípios, estes, inclusive, compreendendo a maior parte do sistema.⁴

Na teoria de Dworkin, há outro importante aspecto de diferenciação de princípios e regras: o tipo de orientação lógica ofertada por cada um dos institutos. A estrutura lógica da aplicação das regras remete à polarização tudo ou nada. Uma vez postos os fatos sobre os quais incidirá a regra, ou ela será válida, tendo sua consequência objetivamente considerada, ou será inválida, em nada influenciando no resultado extraído.⁵

Os princípios, por outro lado, não se submetem a essa dimensão do tudo ou nada. Em verdade, possuem características que lhe são próprias, quais sejam, as dimensões de peso e relevância, que não são igualmente verificáveis na formação das regras.

Assim, nas situações fáticas que se verifiquem interpenetrações de princípios, caberá ao

³ Que na concepção de Dworkin não é composto exclusivamente por regras, como proclamava Hart, sendo constituído também pelos princípios.

⁴ Os princípios, por sua vez, ao indicar toda pauta que não é posta como regra, são entendidos em duas vertentes: a dos princípios em sentido estrito (princípios normativos) e a das diretrizes políticas (programas de ação). Esses programas de ação representam um propósito ou um objetivo a ser alcançado por determinada comunidade. Os princípios normativos, por sua vez, são padrões que devem ser observados em razão de algum imperativo de igualdade, justiça ou outro elemento de cunho moral.

⁵ “Sem dúvida, uma regra pode ter exceções (...). Contudo, um enunciado correto da regra levaria em conta essa exceção; se não o fizesse, seria incompleto” (DWORKIN, 2002, p. 39-40).

juiz valorar o peso e a relevância de cada um deles para aquele evento fático. Independente do resultado, não se verificará a revogação de qualquer um dos princípios relacionados, mas simplesmente a superação deste por outro(s) de maior importância prática. Situação distinta ocorre com as regras, uma vez que, nas palavras de Dworkin, “*if two rules conflict, one of them cannot be a valid rule*”. (DWORKIN, 1997, p. 48).

Nesse empenho, digressões acerca da concretização dos princípios passam, inexoravelmente, pelo questionamento de sua importância e valor casuístico. Os princípios, mesmo com toda sua indeterminação – em maior ou menor grau – uma vez constituídos, permeiam e incidem sobre qualquer fato tido pelo sistema jurídico como objeto de regulamentação. Não bastante, pelo fato de representarem os mais fidedignos anseios do Direito, expressam verdadeiras exigências vinculantes que a ordem jurídica deve avocar.

Firme nessas premissas, Dworkin defende que, a par de toda possível e pretensa distinção entre princípios e regras, ambos vinculam e orientam a atuação do juiz. Via reflexa, mesmo nos casos difíceis, em que a aridez e objetividade das normas se mostrem insuficientes para apresentar uma resposta, o juiz deve – por estar obrigado – se valer do direcionamento dos princípios, a fim de encontrar a solução correta, tornando débil qualquer ideia positivista de discricionariedade em sua decisão.

De forma até mais didática, no exame do trato doutrinário conferido pela teoria de Dworkin à diferenciação entre princípios e regras, possível pontuar os seguintes aspectos principais:

1) ao passo em que as regras são identificáveis por meio de seu *pedigree* – espécie de critério formal que remete à sua origem –, os princípios são reconhecidos por sua medida de valor, parâmetro eminentemente material que incide sobre o seu conteúdo⁶;

2) no caso de conflito entre regras, a solução perpassa a formalidade: exclui-se do ordenamento jurídico, por uma questão de validade, uma das normas antinômicas. Diferentemente, no caso dos princípios, a solução exige uma mediação acerca da axiologia e da relevância de cada princípio, sempre orientado pelo caso em concreto, não importando em exclusão em definitivo de nenhum dos colidentes;

3) no que se refere à produção de efeitos, as regras são aplicáveis no tudo ou em nada,

⁶ “(...) Os princípios têm sua dimensão consagradora pela sua própria força normativa, vinculados a um critério material e derivados da moralidade política pressuposta pelas normas e instituições comunitárias”. (MELGARÉ, 2004, p. 97-112).

os princípios possuem uma textura mais maleável, sendo mais ou menos concretizados segundo critérios de valoração em contraponto ao caso concreto. Em outras palavras, as regras apresentam uma resposta reta aos casos previstos, ao passo que os princípios indicam a direção a ser seguida no ato de decisão.

Nessa proposta de distinção, afirma-se que os princípios não estabelecem um critério formal exaustivo de imediata aplicação, nem, por via reflexa, uma solução instantânea e preestabelecida de um caso prático posto à análise do Judiciário. Não obstante, os princípios proclamam a intenção regulatória do próprio sistema jurídico, apresentando, por assim dizer, o fundamento axiológico para a solução do caso em destaque.

Os princípios, são, portanto, elementos, acima de tudo, valorativos, imbuídos do sentido avocado pela ordem jurídica. Portanto, para a efetivação do seu conteúdo, exigem uma atuação reflexiva e criteriosa de quem os aplica, de forma que se traduza num verdadeiro *ius dicere*.

A par disso tudo, reconhecer o sistema jurídico como sendo formado apenas por regras ou, segundo Dworkin, por princípios e regras, implica em formas distintas de se compreender o funcionamento e a dinâmica da técnica jurídica. Não obstante, cumpre registrar que não está em questionamento ou consideração o que a atividade judicial comumente pratica.

Em verdade, o ponto nodal do presente estudo – e sobre o qual se fundamenta a base mais ampla da teoria de Dworkin a este respeito –, não é dizer o que o juiz deve fazer, mas sim afirmar que há princípios que, por serem vinculantes, o obrigam, determinando o seu fazer. (BRONZE, 2002).⁷

3 A APLICAÇÃO INDISCRIMINADA DOS PRINCÍPIOS NO BRASIL: CRÍTICAS E PREOCUPAÇÕES

Fruto de um verdadeiro sincretismo metodológico⁸, a doutrina e a jurisprudência nacionais encontram-se imprudentemente vacilantes quanto à penetração dos princípios na

⁷ Para Dworkin, embora possa ser correto afirmar que os princípios, individualmente considerados, não propõem uma resposta única e objetiva para os casos sobre os quais incidem, impende reconhecer que a conjugação dos princípios que compõem o sistema jurídico como um todo vinculam a atuação do Juiz na direção do que ele denomina resposta correta, rechaçando a ideia de discricionariedade defendida pelos positivistas e reforçando a ideia de um sistema fechado.

⁸ “Sincretismo metodológico é uma expressão utilizada para simbolizar o que ele aponta como estratégia argumentativa que concilia métodos de interpretação e aplicação que são incompatíveis entre si”. (GOMES, Renata Nascimento; SIMINIONI, Rafael Lazzarotto, 2016, p.249-266).

atividade judicante. Vilipendiando a profundidade e a noção de unidade das doutrinas estrangeiras, elas parecem importar teorias e institutos jurídicos aos pedaços, retirando-os do contexto do qual nasceram, e no qual pretendiam incidir.

Em outras palavras, já faz parte da praxe jurídica nacional a referência arbitrária e descontextualizada a teses e pensamentos como forma de subsidiar provimentos jurídicos, que são, por vezes, fruto de um entendimento meramente íntimo do julgador, desprovido de um legítimo suporte jurídico correspondente.

Nesse contexto, possível reconhecer, na prática jurídica nacional, a aplicação indiscriminada dos princípios. Longe de pretender elencar de forma exaustiva os problemas que envolvem tal prática, o presente estudo pretende trazer à tona algumas das críticas já lançadas nesse sentido, bem como compartilhar as preocupações que devem impregnar aqueles que observam o fenômeno sob enfoque.

Nesse contexto, diversos juristas brasileiros lançam alertas e críticas acerca da aplicação indiscriminada dos princípios pelos agentes estatais em sua atividade judicante, dentre os quais merecem destaque Lenio Streck e Marcelo Neves, pela profusão de seus ensinamentos.

De forma – infelizmente – oportuna, este primeiro jurista cunhou a expressão *pan-principiologismo* para denunciar a prática nefasta que vem se estabelecendo no Judiciário. Para ele, criou-se uma “verdadeira usina de produção de princípios despídos de normatividade”. (STRECK, 2012).

Aparentemente desprezando os anos de construção doutrinária que foram empenhados na conceituação dos princípios jurídicos, a classe togada parece não se contentar com aqueles princípios já consagrados pelo ordenamento jurídico. Passam, desta forma, a criar uma infinidade de subprincípios ou “princípios derivados”, como se estes pudessem simplesmente nascer de sua vontade enquanto julgador.⁹

⁹ “Há milhares de dissertações de mestrado e teses de doutorado sustentando que “princípios são normas”. Pois bem. Se isso é verdadeiro – e, especialmente a partir de Habermas e Dworkin, pode-se dizer que sim, isso é correto – qual é o sentido normativo, por exemplo, do “princípio” (sic) da confiança no juiz da causa? Ou do princípio “da cooperação processual”? Ou “da afetividade”? E o que dizer dos “princípios” da “proibição do atalhamento constitucional”, da “pacificação e reconciliação nacional”, da “rotatividade”, do “deduzido e do dedutível”, da “proibição do desvio de poder constituinte”, da “parcelaridade”, da “verticalização das coligações partidárias”, da “possibilidade de anulamento” e o “subprincípio da promoção pessoal”? Já não basta a bolha especulativa dos princípios, espécie de subprime do direito, agora começa a fábrica de derivados e derivativos. Tem também o famoso “princípio da felicidade” (desse falarei mais adiante!). No livro Verdade e Consenso (Saraiva, 2011), faço uma listagem de mais de quarenta desses standards jurídicos, construídos de forma voluntarista por juristas descomprometidos, em sua maioria, com a deontologia do direito (lembremos: princípios são deontológicos e não teleológicos!). (STRECK, 2012).

Esta prática, além de trazer insegurança jurídica e ainda mais nebulosidade à temática já incerta da concretização dos princípios jurídicos, parece ter como finalidade unicamente fundamentar o decisionismo judicial, sem qualquer respeito às regras já postas.

Com relação especificamente ao uso excessivo de princípios jurídicos na fundamentação de decisões, Marcelo Neves (2014) aponta como aspecto determinante – ou mesmo reflexo deste contexto – o fato de a prática jurídica ser vigorosamente marcada por abusos dos agentes públicos, em especial com o uso da ponderação desmedida. Sobre esta questão, afirmou o seguinte:

Com vistas a reduzir a esfera de subjetividade do juiz e do administrador e evitar blindagem de determinados conceitos, ainda que com certos parâmetros estabelecidos pela doutrina, não se pode aplicar a ponderação imoderadamente como técnica decisória quando houver regra expressa razoável sobre a matéria, ainda mais quando a própria regra integrar a constituição. (NEVES, 2014, p. 179).

Nesse mesmo sentido Aragão (2014, p. 63):

A deferência aos enunciados normativos é pertinente e se justifica não por mero formalismo, mas porque a ponderação já foi realizada quando da edição da norma, pelo constituinte (quando se tratar de norma constitucional) ou pelo legislador (quando se tratar de norma infraconstitucional), e até mesmo pela administração pública. Logo, utilizar a ponderação para decidir nos casos em que já há regra tutelando determinado direito seria *reponderar valores já ponderados*.

Ainda segundo Marcelo Neves, esta prática acaba por rejeitar as regras, assumindo o uso desmedido dos princípios, os quais, por não alcançarem a mesma definitividade daquelas, podem ser mais modelados para subsidiar decisões inconsistentes do ponto de vista legal e interesses particularistas. Desta forma, os princípios se tornam o caminho e o instrumento mais apropriados para a perpetração de abusos processuais. (NEVES, 2014, p. 182). Contrariando o que teorizou Dworkin, os princípios são, hoje, utilizados como forma de reabrir a textura das normas, dando espaço à discricionariedade judicial tão combatida pelo citado jurista.

Aliás, a discricionariedade judicial parece ter encontrado no seio dos Tribunais Superiores seus mais empenhados defensores. Por causar inegável perplexidade a qualquer um que tenha minimamente se identificado com a doutrina de Ronald Dworkin, impende trazer à baila a emblemática decisão do Superior Tribunal de Justiça (AgReg em ERESP nº 279.889-AL), na qual o Ministro Humberto Gomes de Barros assim se pronunciou:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico — uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja. (STJ - EREsp: 279889 AL 2001/0154059-3, Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins, Data de Julgamento: 27/08/2003, S1 - Primeira Seção, Data de Publicação: DJ 28/10/2003 p. 184).

Sobre os mesmos passos de Dworkin, Lenio Streck, no que tange à crítica à discricionariedade judicial, ressalta que, no Brasil, esta vai muito além do que era chancelado até mesmo por Hart – isso para não falar da contradição com o que era defendido por aquele primeiro jurista. Para Streck, “o imaginário dos juristas vê um infundável terreno para o exercício da subjetividade do intérprete.”¹⁰ Nessa malsinada jornada, os princípios acabam tornando-se verdadeiros álibis.

Somando ao exposto, Marcelo Neves (2014, p. 201) percebe o que ele intitula de “estilo *ad hoc* de argumentar na jurisprudência constitucional brasileira”. Nessa linha, alerta que a principiologia e o modelo de sopesamento, se adotados de forma imprecisa e inconsequente, estimulam um casuísmo descomprometido com a força normativa da Constituição.

Somente com a coerência de princípios é que se assegura a virtude soberana da teoria de Dworkin que é a igualdade e a previsibilidade do tratamento jurídico dispendidos em cada caso, que só podem ser garantidos pela completude do ordenamento jurídico. O Direito como integridade rejeita a discricionariedade judicial, que leva à insegurança jurídica e inviabiliza a fixação *ex ante* de direitos individuais.

Para que se evite tudo o que fora acima exposto, necessário o empenho de toda a comunidade jurídica no sentido de buscar um rigor técnico e teórico na aplicação do direito. A falta de um estudo jurídico nacional mais aprofundado e mais próximo da realidade brasileira,

¹⁰ Na visão de Lenio Streck, “a todo tempo, a colocação do problema da discricionariedade judicial leva-nos, necessariamente, até Ronald Dworkin e seu célere debate com o positivismo de Herbert Hart”. (STRECK, 2012, p. 53).

somado ao verdadeiro sincretismo metodológico¹¹ gerado a partir de importação de conceitos e teorias estrangeiras sem a necessária adaptação ao nosso sistema têm aberto campo para atuação discricionária dos julgadores, ferindo de morte a doutrina de Dworkin, muitas vezes referenciado em decisões que ele mesmo não chancelaria.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O embate teórico entabulado por Hart e Dworkin sintetiza o diálogo – com inegáveis pretensões de superação – verificado entre o positivismo e o pós-positivismo e se apresenta como verdadeira fronteira da hermenêutica jurídica no século XX.

Nesse palco de discussões, deu-se maior importância à análise do ordenamento jurídico sob a perspectiva dos magistrados, ganhando relevância o debate sobre a discricionariedade judicial, por meio da discussão do problema da textura aberta do direito.

Nesse contexto, os princípios são apresentados por Dworkin como instrumentos de fechamento do sistema jurídico, ao passo que vinculam, assim como as regras, a decisão do magistrado, suprimindo-lhe o poder discricionário defendido por Hart, mesmo nos casos difíceis.

Ocorre que o sincretismo metodológico, adotado pela doutrina e pela jurisprudência brasileira, acaba por distanciar os princípios, na prática jurídica, de suas concepções teóricas clássicas. Com efeito, no Brasil, a discricionariedade judicial vai muito além do que era chancelado até mesmo por Hart, pra não falar da contradição existente com a teoria de Ronald Dworkin. O que se percebe é a utilização indiscriminada dos princípios, em especial nas Cortes superiores, como forma de abrir caminho ao subjetivismo dos intérpretes.

A solução para essa disfunção parece passar novamente pela doutrina de Ronald Dworkin. Diferentemente do que se vem tentando nas práticas dos Tribunais brasileiros, os princípios não se prestam a fundamentar qualquer decisão pré-eleita pelo magistrado, tampouco

¹¹ “Com essa terminologia pretendemos demonstrar, do mesmo modo, uma prática que vem se tornando cada vez mais recorrente, quer no juízo de primeira instância, quer nos tribunais superiores, de se utilizar de maneira equivocada concepções conflitantes como se compatíveis fossem, fundindo-as. O risco dessa utilização é o potencial ofensivo de quebra do princípio democrático e até mesmo do constitucionalismo. A utilização de diversas teorias de linhas argumentativas conflitantes para fundamentar uma mesma Decisão acaba por se transformar em uma tentativa de justificação de decisão previamente formulada, antes de se percorrer um caminho hermenêutico na interpretação do(s) direito(s) envolvido(s) a partir do caso concreto e, portanto, desvinculada do debate construído pelo processo” (GOMES; SIMINIONI, 2016, p. 261).

servir de álibi de sua atuação. Em verdade, faz-se necessária uma (re)leitura da doutrina de Ronald Dworkin, mas não aos pedaços, como tem sido feita, e sim em sua inteireza e completude, tudo isso com vistas a afastar a discricionariedade que vem permeando o Judiciário brasileiro.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Subjetividade judicial na ponderação de valores: alguns exageros na adoção indiscriminada da teoria dos princípios. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, set./dez. 2014.

AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined; and, the uses of the study of jurisprudence*. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Embargos de Divergência no Recurso Especial, nº 279889, Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins, Data de Julgamento: 27/08/2003, S1 - Primeira Seção, Data de Publicação: Diário de Justiça Eletrônico, 28/10/2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=525558&num_registro=200101540593&data=20030407&tipo=69&formato=PDF>. Acesso em: 8 set. 2017.

BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao direito*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

DORNELES, Marcelo Lemos. A tese da resposta certa em Dworkin. *Revista do Curso de Direito*, Cruz Alta: Unisinos, v. 1, n. 1, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FLORES FILHO, Luiz Fernando. Os princípios na visão de Ronald Dworkin. *Ágora (Caçador)*, v. 12, 2005.

GOMES, Renata Nascimento; SIMINIONI, Rafael Lazzarotto. Para uma fundamentação adequada das decisões: o problema do sincretismo metodológico interpretativo. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, Ano 14, n. 18, jan./jun. 2016.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MELGARÉ, Plínio. Princípios, regras e a tese dos direitos: apontamentos à luz da teoria de Ronald Dworkin. *Revista de Informação Legislativa*, v. 163, n. 41, jul./set. 2004, p. 97-112.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Martins Fonte, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. O panpricipiologismo e o sorriso do lagarto. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 22 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

Submissão: 09/09/2017
Aceito para Publicação: 21/12/2017



SOBRE O CONCEITO MODERNO DE CONSTITUIÇÃO: PROPOSTA DE UMA NOVA ABORDAGEM

ON THE MODERN CONCEPT OF CONSTITUTION: PROPOSAL OF A NEW APPROACH

David Francisco Lopes Gomes*

RESUMO: Este artigo científico pretende reconstruir o conceito moderno de Constituição a partir de uma abordagem materialista. Para tanto, ele articula os diversos elementos daquele conceito e as relações internas entre tais elementos e as configurações econômicas e sociais da Modernidade. De um ponto de vista metodológico, os argumentos são sustentados por pesquisa bibliográfica.

ABSTRACT: *this paper intends to reconstruct the modern concept of Constitution from a materialist approach. To do so, it articulates the various elements of that concept and the internal relations between these elements and the economic and social configurations of Modernity. From a methodological point of view, the arguments are supported by bibliographical research.*

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Modo de Produção Capitalista. Modernidade.

KEYWORDS: *Constitution. Capitalist Mode of Production. Modernity.*

SUMÁRIO: Introdução. 1 Da estrutura da troca às revoluções burguesas. 2 Em direção ao conceito moderno de Constituição: primeira aproximação. 3 O conceito moderno de Constituição e suas tensões internas. Considerações Finais. Referências.

124

INTRODUÇÃO

Em textos clássicos sobre o tema, José Alfredo de Oliveira Baracho mostra como as preocupações em torno da definição do conceito de Constituição acompanham a Teoria da Constituição desde suas primeiras elaborações como disciplina autônoma (BARACHO, 1978; 1986). Sem dúvida, de Carl Schmitt (1996) e Rudolf Smend (1985), nos idos de 1927/1928, até os dias de hoje, essa constatação permanece correta. Igualmente correta, por outro lado, seria uma constatação complementar, segundo a qual, dentre as várias dimensões apontadas para esse conceito, a dimensão econômica permaneceria ausente ou referida de modo meramente indireto na história da Teoria da Constituição. É comum tratar-se, no que diz respeito ao conceito de Constituição, de suas dimensões jurídica, política, social, cultural – tão comum quanto olvidar-

* Doutor, mestre e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor efetivo da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

se de sua dimensão econômica ou, quando muito, fazer alusões a relações externas que a Constituição desenvolve com o sistema econômico¹.

Essa invisibilidade da faceta econômica do conceito acaba por fragilizar a Teoria da Constituição precisamente em momentos nos quais os avanços dos imperativos sistêmicos da economia ameaçam jogar por terra boa parte das conquistas históricas que, depois de décadas e séculos de lutas, estão hoje expressas em textos constitucionais pelo mundo. As abordagens que, ao invés de invisibilizar tal faceta econômica, relacionam externamente Constituição e sistema econômico nem por isso encontram-se menos fragilizadas diante desse sistema – as mudanças sucessivas na obra de José Joaquim Gomes Canotilho revelam de modo límpido e trágico a permanência dessa fragilidade.

No presente texto, o que procuro fazer é reconstruir o conceito moderno de Constituição com o objetivo de explicitar suas relações internas com o sistema de produção econômica tipicamente moderno, isto é, com o modo de produção capitalista². Essa explicitação, parece-me, pode contribuir para que a Teoria da Constituição esteja mais bem munida de condições para compreender suas possibilidades e seus limites em face dos imperativos sistêmicos que definem o capitalismo. Na medida em que o Brasil deste momento é um país no qual tais imperativos assombram com força ímpar e vão aos poucos desestruturando as bases de uma igualdade e de uma liberdade duramente alcançadas – e, mesmo assim, ainda bastante precárias –, este texto não é outra coisa que um ensaio sobre a relação entre Teoria da Constituição e contemporaneidade, ou, em outras palavras, uma tentativa de resposta à injunção crítica fundamental: pensar o tempo presente.

Embora tendo por foco o conceito moderno de Constituição, não desenvolvo aqui algo como uma história semântica do conceito de “Constituição”³, nem pretendo debruçar-me sobre as clássicas distinções entre concepções de Constituição formais, materiais, reais, ideais,

¹ Para abordagens do tema que passam ao largo das relações entre Constituição e sistema econômico, conferir, por exemplo, FIORAVANTI, 2001; DIPPEL, 2007; MOHNHAUPT; GRIMM, 2012. Para abordagens que relacionam externamente Constituição e sistema econômico, conferir, também a título de exemplo, CANOTILHO, 1982; 2003; BERCOVICI, 2008. Não é preciso lembrar a qualidade incontestável de todos os textos citados nesta nota.

² Essa apresentação do escopo principal do texto permite, por si só, vislumbrar-se o lastro marxista que ele carrega consigo. Todavia, é importante desde já dizer que não há aqui – em razão, dentre outras coisas, do espaço limitado – uma preocupação em estabelecer um diálogo com a tradição marxista como um todo, nem sequer com algumas de suas vertentes principais. Esse diálogo, sem dúvida indispensável para a continuação do tipo de reflexão desenvolvido neste trabalho, fica, assim, reservado para outros textos: neste, o que busco é dar continuidade ao ensaio de uma interpretação própria, inicialmente esboçada no contexto de minha tese de doutoramento (GOMES, 2016).

³ Exemplos nesse sentido podem ser encontrados em FIORAVANTI, 2001; MOHNHAUPT; GRIMM, 2012.

sociológicas, políticas, jurídicas⁴. Diferentemente, o que me interessa sob a rubrica do conceito de “Constituição” é o correspondente abstrato de uma ordem lógica de estruturação e funcionamento do mundo que se tornou necessária a partir das mudanças materiais que ensejaram o nascimento da Modernidade. Como se procurará demonstrar nas páginas abaixo, ao abordar desse modo o objeto não apenas a história semântica da “Constituição” adquire uma plausibilidade maior, mas também as próprias distinções entre concepções formais e materiais de Constituição se diluem reciprocamente para serem suprassumidas dialeticamente como determinações do conceito moderno de Constituição. Para tanto, o procedimento metodológico seguido é basicamente o da pesquisa bibliográfica, uma vez que, apesar de referências históricas, mesmo estas são buscadas em fontes secundárias e adquirem uma relevância de segundo plano em face das preocupações teórico-conceituais propriamente ditas.

Quanto à estrutura do texto, primeiramente busco desenvolver o caminho que conduz, conceitualmente, da estrutura celular da economia capitalista – a troca – até as revoluções do século XVIII. Em seguida, realizo uma primeira aproximação ao conceito moderno de Constituição, fazendo-o igualmente derivar, internamente, daquela estrutura e daquele caminho que houvera culminado nas revoluções burguesas. O passo seguinte, antes das breves considerações finais, consiste em procurar mostrar que, apesar dessa relação interna entre modo de produção capitalista e conceito moderno de Constituição, este não pode ser resumido àquele: o que se revela em tal conceito de Constituição é uma tensão constante entre os imperativos do modo de produção capitalista e expectativas normativas que se lhe podem opor – tensão essa que é definidora da própria Modernidade.

Por fim, cabe dizer que a abordagem aqui apresentada contém diferenças profundas em relação a textos anteriores nos quais, em autoria individual⁵ ou em coautoria⁶, tomei o conceito moderno de Constituição como objeto de análise.

1 DA ESTRUTURA DA TROCA ÀS REVOLUÇÕES BURGUESAS

Pode-se tomar como ponto de partida de minha argumentação a afirmação segundo a qual, entre a segunda metade do século XVIII e a primeira metade do século XIX, o modo de produção capitalista alcança um novo estágio de seu desenvolvimento, estágio em que será

⁴ Acerca dessas distinções, conferir FERNANDES, 2016, p. 27-116; BARACHO, 2003.

⁵ GOMES, 2009.

⁶ OLIVEIRA; GOMES, 2008.

possível a ele se consolidar e se expandir nos termos de sua própria lógica interna, depurada de amarras que até ali eram ainda necessárias⁷. Diante dessa afirmação, a primeira tarefa que se coloca é a de explicar o que seria essa lógica interna do modo de produção capitalista: em linguagem técnica, ela pode ser definida com a busca constante de autovalorização do valor (MARX, 2011a; 2013, 2014) – o que, em uma linguagem menos adequada tecnicamente, pode ser explicado como a busca do crescimento da riqueza por si mesma, em detrimento de preocupações com a produção de condições de vida mais adequadas à população. A realização dessa lógica interna é internamente dependente de uma universalização da troca, universalização que traz consigo, por consequência, aquela troca que é a *conditio per quam* da autovalorização do valor: a troca, suposta, entre capital e trabalho. A troca capitalista, por sua vez, estrutura básica do funcionamento da economia capitalista, traz consigo exigências imanescentes sem as quais ela não se pode desenvolver plenamente. Logo, o caminho da argumentação que pretendo desenvolver precisa, partindo daquela afirmação, começar pela compreensão dessas exigências imanescentes.

Uma troca somente funciona como mecanismo econômico-social se há sujeitos para trocar, objetos a serem trocados e formas determinadas para que a troca aconteça. Para que ela, a troca, possa liberar toda sua potencialidade interna no arranjo da produção e da reprodução econômicas, é preciso, em consequência, que não haja, em princípio, limitações acerca de quais são os sujeitos que podem trocar, quais são os objetos que podem ser trocados e quais são as formas que se oferecem como vetores para a operacionalização da troca.

Assim, internamente a si, a estrutura da troca choca-se com restrições que limitam o rol, seja de possíveis sujeitos da troca, seja de objetos aptos a serem trocados, seja de formas de operacionalização da troca. Tais restrições encontram-se abundantemente no *corpus* normativo de sociedades pré-capitalistas: em suas normas jurídicas, suas tradições religiosas, seus costumes e convicções morais. Por conseguinte, a história da transição da sociedade pré-capitalista para a sociedade capitalista – ou melhor, uma das faces dessa história – pode ser descrita como a história do enfrentamento entre antigos costumes, tradições e normas, de um lado, e os imperativos internos da economia de troca, por outro. À medida que esta vai ganhando terreno, aqueles vão conhecendo o destino do perecimento:

⁷ Conferir GOMES, 2016, p. 36-58.



Dissolvem-se todas as relações sociais antigas e cristalizadas, com seu cortejo de concepções e de ideias secularmente veneradas; as relações que as substituem tornam-se antiquadas antes de se consolidarem. Tudo o que era sólido e estável se desmancha no ar, tudo o que era sagrado é profanado e os homens são obrigados finalmente a encarar sem ilusões a sua posição social e as suas relações com os outros homens. (MARX; ENGELS, 1998, p. 43)⁸

Dissolvidas as relações sociais anteriormente postas, isto é, uma vez que “as condições patriarcais, bem como as antigas (justamente como as feudais), declinam com o desenvolvimento do comércio, do luxo, do *dinheiro*, do *valor de troca* na mesma medida em que com eles emerge a sociedade moderna” (MARX, 2011a, p. 106, destaques do original), “o indivíduo aparece desprendido dos laços naturais etc. que, em épocas históricas anteriores, o faziam um acessório de um conglomerado humano determinado e limitado” (MARX, 2011a, p. 39):

Na relação monetária, no sistema de trocas desenvolvido (e essa aparência seduz a democracia), são de fato rompidos, dilacerados, os laços de dependência pessoal, as diferenças de sangue, as diferenças de cultura etc. (todos os laços pessoais aparecem ao menos como relações *pessoais*); e os indivíduos *parecem* independentes (essa independência que, aliás, não passa de mera ilusão e, mais justamente, significa apatia – no sentido de indiferença), livres para colidirem uns contra os outros e, nessa liberdade, trocar (...). (MARX, 2011a, p. 111, destaques do original)

128

Libertados dos laços que os mantinham atados a totalidades sociais pré-estabelecidas, os indivíduos vivenciam no universo das relações de troca sua condição de igualdade, de sujeitos iguais:

Na medida em que é considerada a forma pura, o lado econômico da relação (...), destacam-se então apenas três momentos que são formalmente distintos: os sujeitos da relação, os *trocadores*, postos na mesma determinação; os objetos de sua troca, valores de troca, *equivalentes*, que não apenas são iguais, mas devem ser expressamente iguais e são postos como iguais; e finalmente o próprio ato da troca, a mediação pela qual os sujeitos são postos precisamente como trocadores, como iguais, e seus objetos postos como equivalentes, como iguais. Os equivalentes são a objetivação de um sujeito para o outro; *i.e.*, eles próprios são de mesmo valor e se confirmam no ato da troca como valendo igual e, ao mesmo tempo, como reciprocamente indiferentes. Na troca, os sujeitos são sujeitos uns para os outros exclusivamente pelos equivalentes, como sujeitos de igual valor, e se afirmam enquanto tais pela permuta da objetividade em que um é para o outro. Uma vez que só são assim, um para o outro, como sujeitos de igual valor, como possuidores de equivalentes e como sujeitos que atestam essa equivalência na troca, como sujeitos de igual valor são ao mesmo tempo indiferentes uns aos outros; suas outras diferenças individuais não lhes interessam; são indiferentes a todas as suas outras peculiaridades individuais. (MARX, 2011a, p. 185, destaques do original)

⁸ Trecho reproduzido em MARX, 2013, p. 557, nota 306.

Não só a igualdade, contudo, é forjada na vivência prática da troca. Também a liberdade o é:

Na medida em que agora essa diversidade natural dos indivíduos e das próprias mercadorias (...) constitui o motivo para a integração desses indivíduos, para a sua relação social como trocadores, relação em que são *pressupostos* e se *afirmam* como iguais, à determinação da igualdade soma-se a da *liberdade*. Ainda que o indivíduo A sinta necessidade da mercadoria do indivíduo B, não se apodera dela pela força, nem vice-versa, mas reconhecem-se mutuamente como proprietários, como pessoas cuja vontade impregna suas mercadorias. (...) Nenhum deles se apodera da propriedade do outro pela força. Cada um a cede voluntariamente. (MARX, 2011a, p. 186-187, destaques do original)

E a conclusão articula ambas:

Se, portanto, a forma econômica, a troca, põe a igualdade dos sujeitos em todos os sentidos, o conteúdo, a matéria, tanto individual como objetiva, que impele à troca, põe a *liberdade*. Igualdade e liberdade, por conseguinte, não apenas são respeitadas na troca baseada em valores de troca, mas a troca de valores de troca é a base produtiva, real, de toda *igualdade* e *liberdade*. Como ideias puras, são simples expressões idealizadas dessa base; quando desenvolvidas em relações jurídicas, políticas e sociais, são apenas essa base em uma outra potência. E isso também se verifica historicamente. A igualdade e a liberdade nessa extensão são exatamente o oposto da liberdade e igualdade antigas, que não têm justamente o valor de troca desenvolvido como fundamento, mas se extinguem com seu desenvolvimento. (MARX, 2011a, p. 188, destaques do original)

Se a troca depende de sujeitos aptos a trocar, a igualdade e a liberdade apresentam-se como atributos de indivíduos que são formalmente iguais para trocar livremente, indivíduos que, também eles, não existiram, *como indivíduos*, desde sempre, mas emergem somente no curso da história: “O ser humano só se individualiza pelo processo histórico. Ele aparece originalmente como um *ser genérico, ser tribal, animal gregário* (...). A própria troca é um meio essencial dessa individuação. Ela torna o sistema gregário supérfluo e o dissolve” (MARX, 2011a, p. 407, destaques do original).

Indivíduos iguais e livres, porém, não bastam: a estrutura da troca requer ainda bens que possam ser trocados igual e livremente, requer que aos indivíduos seja assegurada a possibilidade de dispor de objetos que, por suposto, precisam ser *objetos dos indivíduos* que os trocam, ou seja, objetos privados, objetos apropriados privadamente, objetos revestidos com o caráter de propriedade privada. Finalmente, a passagem de objetos privados de um indivíduo a outro precisa que lhe seja oferecido um caminho de realização, uma forma de intermediação na qual indivíduos se encontrem para trocar seus respectivos objetos. Dados os outros elementos

da troca, essa forma de intermediação não pode ser senão o livre acordo de vontades iguais e igualmente livres que igual e livremente dispõem sobre seus objetos privados:

As mercadorias não podem ir por si mesmas ao mercado e trocar-se umas pelas outras. Temos, portanto, de nos voltar para seus guardiões, os possuidores de mercadorias. Elas são coisas e, por isso, não podem impor resistência ao homem. Se não se mostram solícitas, ele pode recorrer à violência; em outras palavras, pode tomá-las à força. Para relacionar essas coisas umas com as outras como mercadorias, seus guardiões têm de estabelecer relações uns com os outros como pessoas cuja vontade reside nessas coisas e que agir de modo tal que um só pode se apropriar da mercadoria alheia e alienar a sua própria mercadoria em concordância com a vontade do outro, portanto, por meio de um ato de vontade comum a ambos. Eles têm, portanto, de se reconhecer mutuamente como proprietários privados. Essa relação jurídica, cuja forma é o contrato, seja ela legalmente desenvolvida ou não, é uma relação volitiva, na qual se reflete a relação econômica. O conteúdo dessa relação jurídica ou volitiva é dado pela própria relação econômica. (MARX, 2013, p. 159)

A abordagem da troca conduz inelutavelmente à sua expressão jurídica: sujeito ou pessoa, igualdade, liberdade, propriedade e contrato são categorias jurídicas que se revelam inicialmente na facticidade das trocas econômicas e que correspondem aos elementos estruturais dessas trocas⁹. Se a transição da sociedade pré-capitalista para a sociedade capitalista é acompanhada pela resistência dos antigos costumes, das antigas tradições, das antigas convicções morais e normas jurídicas, a essas exigências imanentes da troca, ao mesmo tempo, e por isso mesmo, o transcurso dessa transição é o momento de gestação de todo um novo *corpus* normativo: naquilo que interessa ao presente texto, se “toda forma de produção forja suas próprias relações jurídicas” (MARX, 2011a, p. 43)¹⁰, esse é o momento de gestação de um novo direito, de um direito especificamente moderno.

Antes, todavia, que esse direito esteja suficientemente gestado, a vivência prática da condição da igualdade no universo das trocas propiciará um resseguro para a difusão de exigências igualitárias em outras esferas da vida, de maneira que “o conceito de igualdade humana” vai adquirindo aos poucos a “fixidez de um preconceito popular” (MARX, 2013, p. 136), refratando-se em variadas pretensões especificadas de igualdade e, sempre internamente ligada a ela, de liberdade.

A esfera da religião é uma daquelas em que essas pretensões manifestam-se com mais força. A Reforma Protestante é atravessada por exigências igualitárias que dificilmente poderiam ser sustentadas sem que uma vivência prática da igualdade já estivesse minimamente

⁹ É nesse sentido que deve ser entendida a crítica de K. Marx aos direitos humanos como direitos individuais que apenas expressam o egoísmo burguês. Conferir MARX, 2010.

¹⁰ Conferir também MARX, 2013, p. 692, nota 73.

em ação. Mais do que a afirmação da mesma da liberdade de crença, princípios como o da livre interpretação dos textos considerados sagrados e do uso do vernáculo nas traduções desses textos e na realização de cultos carregam consigo expectativas igualitárias de elevado jaez. Afinal, eles se opõem frontalmente a uma concepção hierarquizada de sociedade, nos termos da qual o acesso aos conteúdos sagrados somente seria possível a um conjunto restrito de pessoas, a quem caberia a missão de transmiti-los aos demais.

Por sua vez, os impactos políticos dessas rupturas internas à religião são sobejamente conhecidos. Quebrada a unidade da fé, a legitimação religiosa da política e do direito perde progressivamente seu ponto de apoio. Os conflitos europeus dos séculos XVI e XVII foram o referencial empírico imediato para a elaboração das teorias da soberania – das teorias, pois, que se propõem a pensar a legitimidade da política e do direito na aurora da Modernidade. Essa elaboração, entretanto, também depende da possibilidade de redirecionar-se o problema da religião para a esfera íntima, deslocando-o do lugar público que até ali ocupara – o que, por seu turno, não é possível até que aquela unidade da fé tenha sido abalada.

De outro lado, impossibilitado o recurso à legitimação religiosa e, devido à dissolução das tradições, também à legitimação tradicional do poder e das leis, as teorias da soberania lançarão mão do artefato contratualista na busca de sustentação de um arranjo político no interior do qual se fizesse presente um elemento soberano. Thomas Hobbes, nesse sentido, é exemplar (HOBBS, 2011a) – e é, aliás, isso o que faz dele o exemplo por excelência das teorias tipicamente modernas da soberania. O recurso ao artifício contratualista na sustentação de uma teoria da soberania é, contudo, extremamente ambíguo: procurando legitimar um poder soberano que deveria residir preferencialmente no monarca, afirma-se, a um só tempo, uma igualdade radical entre os indivíduos que integram a sociedade – que celebram, entre si, o contrato e, com o soberano, o pacto (FIORAVANTI, 2000, p. 35-53). Logo, dentro da arquitetura argumentativa estão postos os elementos para sua superação; não tardará tanto até que essa desigualdade, essa hierarquia entre rei e súditos, seja questionada com o mesmo artefato contratualista com que se pretendia ainda mantê-la: em Jean-Jacques Rousseau (1997) e sua soberania da vontade geral, o potencial eminentemente político das exigências igualitárias se manifesta em todo seu esplendor:

Indivíduos produzindo em sociedade – por isso, o ponto de partida é, naturalmente, a produção dos indivíduos socialmente determinada. O caçador e o pescador, singulares e isolados, pelos quais começam Smith e Ricardo, pertencem às ilusões desprovidas



de fantasia das robinsonadas do século XVIII, ilusões que de forma alguma expressam, como imaginam os historiadores da cultura, simplesmente uma reação ao excesso de refinamento e um retorno a uma vida natural mal-entendida. Da mesma maneira que o contrato social de Rousseau, que pelo contrato põe em relação e conexão sujeitos por natureza independentes, não está fundado em tal naturalismo. Essa é a aparência, apenas a aparência estética das pequenas e grandes robinsonadas. Trata-se, ao contrário, da antecipação da “sociedade burguesa”, que se preparou desde o século XVI e que, no século XVIII, deu largos passos para sua maturidade. (...) Aos profetas do século XVIII, sobre cujos ombros Smith e Ricardo ainda se apoiam inteiramente, tal indivíduo do século XVIII – produto, por um lado, da dissolução das formas feudais de sociedade e, por outro, das novas forças produtivas desenvolvidas desde o século XVI – aparece como um ideal cuja existência estaria no passado. Não como um resultado histórico, mas como ponto de partida da história. Visto que o indivíduo natural, conforme sua representação da natureza humana, não se origina na história, mas é posto pela natureza. Até o momento essa tem sido uma ilusão comum a toda nova época. (MARX, 2011a, p. 39-40)

Isso significa que, por meio de sucessivas refrações, de contínuas e complexas mediações, a estrutura da troca exige imanentemente não apenas as relações jurídicas que lhe correspondem, mas também as configurações políticas respectivas. Repetindo uma citação parcialmente reproduzida acima, mas agora em sua completude: “toda forma de produção forja suas próprias relações jurídicas, forma de governo etc” (MARX, 2011a, p. 43).

Em outras palavras, a exigência, tão acentuada na Modernidade, de autodeterminação política, de autonomia pública, pode ser religada a sua base material, que não é senão uma sociedade estruturada sobre uma economia de troca. É só no interior de uma tal sociedade que a soberania nacional ou popular, em sua acepção moderna, adquire plenamente seu sentido, posto que só no interior de uma tal sociedade a igualdade entre os elementos que a compõem proíbe a pretensão de que qualquer desses elementos seja, por si mesmo, soberano em face dos demais.

A autonomia pública, no entanto, não esgota a compreensão da autonomia na Modernidade. O complexo formado por sujeito individualizado, igualdade, liberdade, propriedade e contrato já aponta para uma dimensão privada da autonomia: por meio desse complexo, ocorrem trocas privadas entre sujeitos privados que se relacionam em contratos privados com a recíproca oferta de objetos privados. Em sua pureza, a estrutura formal da troca requer a ausência de constrangimento externo à sua realização privada. Mas não é só isso: as diferentes esferas da vida em que a vivência prática da igualdade e da liberdade formais vai pulverizando pretensões refrata esse complexo básico em tantas outras categorias quantas são as esferas da vida atingidas: liberdade de correspondência, liberdade de expressão, liberdade de associação, liberdade de culto, inviolabilidade de domicílio, liberdades e garantias penais e



processuais penais em face das propensões punitivas do Estado, segurança individual em face dessas mesmas propensões. Em resumo, todo um conjunto de pretensões que articulam uma compreensão privada de autonomia.

É essa dupla compreensão da autonomia que está na base da configuração de espaços que se situam entre o que era até então entendido como espaço privado e o que até então era entendido como espaço público – reduzido ao espaço estatal. Ou seja, os espaços públicos transformados, em que o público passa da condição de plateia à condição de sujeito de si mesmo¹¹, a esfera pública como espaço intermediário entre o espaço privado e o espaço estatal, relacionam-se internamente com uma sociedade fundada sobre uma economia de troca, sociedade no interior da qual – sempre por refrações e mediações sucessivas e inumeráveis – a autonomia pública tanto quanto a autonomia privada ganham uma base concreta na prática cotidiana.

Ao mesmo tempo em que as transformações dos espaços públicos rompem com a pretensa exclusividade do Estado quanto àquilo que é público e asseguram a uma sociedade de indivíduos formalmente livres e iguais o espaço institucional para a articulação entre as autonomias pública e privada e para a conseqüente crítica externa do Estado, faz-se necessário que, internamente a esse Estado, seja garantida a participação de representantes dessa sociedade de indivíduos formalmente livres e iguais em sua luta contra as estruturas ainda representativas de uma sociedade hierarquizada: “numa época e num país em que o poder monárquico, a aristocracia e a burguesia lutam entre si pela dominação, onde portanto a dominação está dividida, aparece como ideia dominante a doutrina da separação dos poderes, enunciada então como uma ‘lei eterna’” (MARX; ENGELS, 2007, p. 47). Tão breve quanto a luta pela dominação esteja vencida pela burguesia, essa mesma doutrina passará a ser relida como uma separação entre os ramos distintos em que se divide o poder do Estado burguês, para que os riscos de abuso desse poder internamente à própria burguesia seja imunizado e para que nele as facções rivais da burguesia encontrem igualmente assento (MARX, 2011b).

Paralelamente a essas contendas políticas, e como propulsor delas, o modo de produção capitalista vai seguindo em frente em seu desenvolvimento. Com isso, transformações que se vão acumulando nas forças produtivas permitem à humanidade progressivamente o exercício de um controle inédito sobre as forças da natureza. Uma conseqüência inevitável dessa

¹¹ Conferir, com pressupostos e enfoques distintos, KOSELLECK, 1999; HABERMAS, 2014.



possibilidade inédita na história é que, também pela primeira vez, o futuro pode ser pensado e planejado como algo diferente da repetição do passado. A concepção cíclica da temporalidade estava amalgamada ao caráter cíclico de uma natureza perante a qual a espécie humana encontrara-se submissa – em graus variados, mas sempre elevados – ao longo de sua história. Se a produção e a reprodução econômicas, isto é, as condições para a extração de recursos de sobrevivência da natureza são altamente dependentes dos ciclos próprios dessa natureza, ciclos que aparecem frente aos seres humanos como intangíveis e inalteráveis, nada mais razoável do que a percepção humana da temporalidade estar condicionada por esse aspecto cíclico dos fenômenos naturais. Uma vez que o avanço do modo de produção capitalista passa a representar, dentre outras coisas, a possibilidade de um controle crescente da natureza, submetendo ao domínio dos interesses humanos aquilo que antes aparecia como intangível e inalterável, nada mais razoável do que uma transformação correspondente na percepção vivida da temporalidade, nada mais razoável do que uma mudança na relação interna à arquitetura formal do tempo (KOSELLECK, 2006): o “horizonte de expectativas” descola-se do “espaço de experiências”, o futuro distancia-se do passado, o tempo passa a ser uma flecha de si mesmo em direção ao progresso. E, quanto mais a capacidade humana de dominação da natureza avança, e em saltos cada vez mais rápidos, mais esse tempo linear e progressivo acelera-se.

Por seu turno, essa transformação na percepção da temporalidade vivida retroage inescapavelmente sobre a esfera política: é somente no interior dessa temporalidade vivenciada como um futuro que não simplesmente reproduz o passado – e, por consequência, o presente – que há espaço para a afirmação rousseaiana de que a vontade geral não se pode prender por cadeias futuras (ROUSSEAU, 1997, p. 86), nem pode uma geração obrigar, por sua vontade, as gerações supervenientes (ROUSSEAU, 1997, p. 62). Afinal, se as vozes que integram a vontade geral mudam, é possível que esta também mude e, se é ela a detentora da soberania, uma vez tendo sido alterada não pode estar presa por aquilo que ela mesma, em um momento passado, estabeleceu. Cada geração superveniente, por definição, expressa-se em uma vontade geral que, também por definição, permanece soberana e, logo, não se limita àquilo que ela mesma estipulou para si em um tempo anterior. O pressuposto de base, *conditio sine qua non* do postulado, é uma diferença entre a experiência passada e o horizonte futuro, é a certeza de que o tempo não é mais cíclico, de modo que uma nova geração fatalmente expressar-se-á em uma vontade geral com um conteúdo distinto daquele manifesto pela vontade geral em que se expressou uma geração antecedente. Fosse o tempo ainda concebido em termos cíclicos, fosse

a circularidade repetitiva entre passado, presente e futuro a forma pela qual o tempo é vivenciado, a formulação rousseauiana sequer faria algum sentido.

A tradução dessa formulação nos termos da teoria do poder constituinte levará, em um autor como o abade Sieyès (2011), à ideia de um ente – *La Nation* – ao qual se atribui a soberania, soberania que se exerce, precipuamente, no momento constituinte, mas que, passado este, em todos os outros momentos seguintes, não desaparece, mas permanece latente, apta a ressurgir e exercer novamente seu poder constituinte *a qualquer tempo futuro*.

No fim do século XVIII, todas essas tensões narradas acima, acumuladas ao longo de quase três séculos entre as exigências imanentes à estrutura da troca e as limitações a essas exigências em uma sociedade ainda organizada em vestes feudais, alcançarão seu ponto de cumeada. Amadurecido o modo de produção capitalista o suficiente para libertar-se das amarras que essa sociedade lhe impunha e para seguir seu desenvolvimento e sua expansão conforme sua lógica própria depurada, era necessário resolver essas tensões em favor dos imperativos internos à estrutura da economia de troca: era necessário contrapor e sobrepor a todo o *corpus* normativo existente – e que estivera nos últimos séculos em oposição ao pleno funcionamento daquela estrutura – um novo arranjo, que espelhasse tal estrutura. Primeiro nas ex-colônias britânicas da América do Norte – nos Estados confederados recém-independentes –, depois nos Estados Unidos da América, e em seguida na França, esse novo arranjo materializava-se num novo corpo de normas, batizado com um velho nome: a Constituição, a moderna Constituição.¹²

¹² Poder-se-ia arguir aqui uma aparente inconsistência na argumentação: se esta caminha no sentido de mostrar a relação interna entre o modo de produção capitalista e o conceito moderno de Constituição, por que apoiar-se nos casos estadunidense e francês, não mencionando o caso britânico? Este, afinal, seria importante em um duplo sentido: em primeiro lugar, foi lá onde o modo de produção capitalista primeiro alcançou seu desenvolvimento e, em segundo lugar, é exatamente lá – além de alguns outros poucos países – onde, desde então e até hoje, não há uma Constituição tal qual existe na maior parte dos demais países do mundo. O caso britânico, porém, de modo algum pode ser tomado como um contra-exemplo apto a questionar a argumentação desenvolvida: pelo contrário, é precisamente por ser o país onde primeiramente o modo de produção capitalista alcançou sua maturidade que uma Constituição aos moldes de um documento unificado estabelecendo certas normas tornou-se lá, mais do que em qualquer outro lugar do planeta, algo em princípio despiendo. Ou seja, no aparente contra-exemplo britânico, revela-se ainda com maior força a relação internamente dependente entre o conceito moderno de Constituição e o modo de produção capitalista. Para uma análise dedicada ao caso brasileiro de 1824, conferir GOMES, 2016.

2 EM DIREÇÃO AO CONCEITO MODERNO DE CONSTITUIÇÃO: PRIMEIRA APROXIMAÇÃO

Do que foi trabalhado até aqui, pode-se extrair que a Constituição moderna, diferentemente da Constituição mista medieval, não resulta de uma pluralidade de acordos e pactos, muitos deles imemoriais, reiterados pela tradição: ela é elaborada, em um determinado ponto do calendário histórico, por um ente ao qual se atribui a soberania e, com ela, a faculdade de exercer um poder constituinte. As mudanças todas que acompanham a expansão do modo de produção capitalista e da economia de troca não comportam, ao menos tendencialmente, outra alternativa: a Constituição é datada e assinada por um ente soberano no exercício de um poder constituinte originário – sendo que este ente é, também tendencialmente, isto é, tomado nas tendências internas que o pressionam na direção de um certo desenvolvimento, o todo social, a nação ou o povo.

Além disso, essa Constituição precisa assegurar a vivência prática, já em curso, da autonomia privada e da autonomia pública dos sujeitos que integram a sociedade. Ela o faz por meio de um conjunto de direitos que, por um lado, garantem que os indivíduos eles mesmos desenvolvam-se e organizem-se livremente em suas vidas privadas e que, por outro lado, garantem a esses indivíduos, na condição de cidadãos, a participação na formulação das decisões normativas que lhes dizem respeito. Ao mesmo tempo, ela o faz também ao vincular a órgãos distintos as distintas funções do Estado, evitando que a concentração de poder favoreça eventuais abusos perante ambas as autonomias. Em síntese, a Constituição moderna tem como conteúdo a garantia de direitos fundamentais e a organização da separação de poderes.

Ademais, se a percepção da temporalidade alterou-se do modo descrito acima, a Constituição moderna não poderá, como o podiam a Constituição mista medieval ou mesmo antiga, encontrar seu referencial temporal de legitimidade no passado. Não se trata mais de reafirmar um passado que fatalmente se repetirá no futuro e que, por isso, uma vez reafirmado nesse futuro, poderia oferecer melhores condições para se lidar com ele. Ao contrário, trata-se de permitir que o ineditismo potencial de um tempo futuro encontre guarida na ordem constitucional.

Essa abertura temporal ao futuro, na medida em que exige que se assumam a possibilidade de transformações no estado de coisas presente, tem como seu outro lado o risco de que essas transformações sejam de tal monta que desestrem completamente esse estado de coisas. No

limite, isso poderia acarretar um perecimento das condições de vivência prática complementar das autonomias pública e privada – que, em certo sentido, traduzem e resumem o que seria tal estado de coisas presente. Para que esse risco seja afastado, para que o conteúdo constitucional, ao qual cabe tanto assegurar essas condições de vivência prática das autonomias pública e privada quanto manter a Constituição aberta ao futuro, não seja arrasado pelas possibilidades trazidas por esse futuro em aberto – para que, portanto, não haja insegurança quanto à continuidade relativamente intocada daquela vivência prática – a Constituição tem de estar situada ela mesma em um patamar que lhe garanta algum grau de intangibilidade, o que requer a possibilidade de classificar qualquer tentativa de afetação de seu conteúdo como inválida, a possibilidade de acusar de *inconstitucionalidade* os atos que incorrerem nessa tentativa de afetação – atos cuja adjetivação determinante não é a de *atos imorais* ou *atos injustos*, mas a de *atos inconstitucionais*.

Se o surgimento das Constituições modernas pode ser compreendido como ponto de cumeada do processo ao longo do qual a forma de produção capitalista forja, imanentemente e por meio de sucessivas refrações e mediações dialéticas, relações jurídicas que lhe sejam correspondentes, nada mais lógico do que essas Constituições estarem protegidas por uma relativa intangibilidade. E se, nesse sentido, a Constituição moderna representa a sobreposição de imperativos internos à estrutura da economia de troca perante todo o *corpus* normativo existente, essa intangibilidade desdobra-se em três aspectos. Por um lado, ela significa que nenhuma norma jurídica poderá permanecer válida se contraria a norma jurídica que se situa acima de todas as outras: a supremacia da Constituição, seu caráter supralegal, imuniza-a em face de normatizações jurídicas ordinárias. Ao mesmo tempo em que se coloca como parâmetro de aferição de validade de normas jurídicas infraconstitucionais, a Constituição retira desse posto outras construções normativas, como a moral e a religião – que, conforme visto acima, também como desdobramento das exigências internas à estrutura da troca, puderam ser realocadas no foro íntimo sob a proteção de direitos e garantias fundamentais. Essa dependência da religião e da moral – relidas como pretensões jurídicas subjetivas sob os rótulos da liberdade de crença, de culto, de convicção, de expressão, etc. – diante da Constituição, por sua vez, imuniza esta em face de normatizações não jurídicas que lhe poderiam contrariar: se o exercício subjetivo das liberdades religiosa e moral depende de uma Constituição que as assegure, caso a religião ou a moral pretendam sobrepor-se à Constituição o que estará em xeque são as próprias condições que as tornam possíveis na Modernidade capitalista. Finalmente, galgado o



estatuto de parâmetro de validade das normas jurídicas em geral e imunizada contra pretensões normativas não jurídicas, o que também acontece, no mesmo golpe, é que a intangibilidade da Constituição moderna assegura a autonomia do direito moderno como um todo e sua suficiente diferenciação em relação a outras esferas normativas.

Estando o direito suficientemente diferenciado de outras esferas normativas, a comunidade dos sujeitos de direito necessariamente também precisa estar diferenciada da comunidade dos crentes em geral e da comunidade humana universal. Em outras palavras, a comunidade jurídica não coincide com a comunidade religiosa nem com a comunidade moral. Se é assim, uma tarefa que estava resolvida na religião e na moral – a saber, quem são os sujeitos que integram a totalidade social a que elas se referem, os sujeitos que estão sob a égide de suas normas – reaparece no contexto de um direito autonomizado em termos de fundamento e operacionalização. Por definição, é aos sujeitos da comunidade jurídica que a Constituição assegura a vivência prática, já em curso, das autonomias privada e pública. Num momento em que ainda é imprescindível para o modo de produção capitalista a unidade político-territorial chamada Estado-Nação, a definição desses sujeitos não poderá senão corresponder a essa mesma segmentação político-territorial. Logo, a autonomia do direito como esfera normativa requer o estabelecimento de quesitos nítidos que determinem os limites territoriais de cada ordem jurídica específica e distingam entre os que estarão sujeitos a suas normas tanto quanto participarão da produção delas – os nacionais – e os que não estarão nessa situação – os não nacionais. Por razões lógicas, é a Constituição quem oferece esses quesitos.

Contudo, estando os elementos que viriam a ser assegurados pela Constituição já em curso nas vivências sociais cotidianas em razão das exigências imanentes à troca e suas sucessivas refrações e mediações, qual seria efetivamente a necessidade de redação de uma Constituição? Por que era necessário escrever uma Constituição quando os elementos que a integrariam já estavam soberbamente afirmados e colocados em prática?

A resposta não pode ser outra: uma vez mais, a necessidade de um texto escrito, a necessidade da Constituição moderna como Constituição escrita, deriva imanentemente, por refrações e mediações dialéticas, das alterações materiais de fundo no transcurso da Modernidade. A ruptura dos laços que prendiam os indivíduos em totalidades sociais tem como uma de suas consequências a perda da força da tradição, o fim da compreensão e do compartilhamento imediatos, não refletidos, do sentido de normas sociais vinculantes. A inelutável pluralização da vida humana – correlato da individualização progressiva do humano



– faz com que o sentido dessas normas não possa mais ser apreendido, cotidiana e quase imperceptivelmente, dentre de uma mesma comunidade de pertencimento. A única possibilidade que se abre para normas com pretensões vinculantes generalizáveis é sua colocação expressa em uma linguagem formal capaz de transcender contextos comunitários específicos. Paralelamente, a alteração na arquitetura formal do tempo, a chance de um “horizonte de expectativas” distinto e distante do “espaço das experiências”, faz recrudescer o risco de que a transmissão do sentido das normas não alcance as gerações vindouras e, ao mesmo tempo, o perigo de que as transformações nessa temporalidade aberta voltem-se contra as disposições constitucionais que asseguram a vivência prática complementar das autonomias privada e pública. Em face disso, a textualidade escrita da Constituição complementa internamente tanto sua legitimação temporal situada em sua abertura ao futuro quanto seu caráter supralegal e, conseqüentemente, sua função de propiciar a diferenciação do direito como esfera normativa autônoma.

Neste ponto, uma primeira definição do conceito Moderno de Constituição faz-se, portanto, possível: uma Constituição moderna é um documento escrito, datado e assinado por um ente soberano no exercício de um poder constituinte originário, documento esse que é dotado do caráter de supralegalidade, que estabelece um rol de direitos fundamentais e a organização da separação dos poderes estatais e cujo referencial temporal de legitimidade reside em sua abertura ao futuro; estruturado desse modo, tal conceito assegura a vivência prática e complementar das autonomias privada e pública, bem como garante a diferenciação do direito, de partida segmentado territorialmente, perante outras esferas normativas, institucionalizando com isso, em seu mais elevado grau, as condições de reprodução da economia de troca capitalista.¹³

Desenvolvido esse conceito em tais termos, é crucial compreender como os elementos que o formam medeiam-se dialeticamente. A economia de troca, com sua estrutura básica, força immanentemente a vivência prática da igualdade, da liberdade, da condição de indivíduo, da propriedade privada e da relação contratual. Essa vivência prática inelutavelmente refrata-se

¹³ Alguns dos elementos dessa definição somente virão a consolidar-se ao longo do século XIX, ou mesmo depois. É o caso, por exemplo, do caráter supralegal dos textos constitucionais. Todavia, o fato de só se consolidarem, em termos práticos, tardiamente não significa que a discussão em torno desses elementos e a perspectiva de suas vantagens funcionais – tanto quanto, como se discorrerá abaixo, de sua correção normativa – já não estivessem presentes no contexto do então nascente constitucionalismo. Aqui mais do que em outros lugares, a distinção – de herança nitidamente hegeliana – entre a empiria histórica e o desenvolvimento conceitual pode auxiliar a evitarem-se equívocos de interpretação.



para além de si mesma, alcançando variadas esferas da vida cotidiana e chegando também à exigência de autodeterminação política. Com isso, autonomia privada e autonomia pública compõem-se complementarmente, de modo que os fundamentos da política e do direito precisam ser alterados, passando a residir em um ente soberano que ficticiamente representa a totalidade dos indivíduos, livres, iguais e proprietários. Ao mesmo tempo, enquanto a economia de troca se desenvolve e se expande vai sendo possível à espécie humana exercer sobre a natureza um controle nunca antes visto, permitindo uma perspectiva de futuro nova, que rompe com a mera ideia de repetição cíclica do passado. Isso torna internamente exigível que a normatização das relações sociais inscreva em si uma abertura temporal ao futuro, ao passo que os riscos de que esse futuro traga pretensões de mudança do estado de coisas presente a ponto de desestruturá-lo radicalmente tornam exigível que a proteção desse estado de coisas – a proteção da vivência prática complementar das autonomias privada e pública – seja colocada acima das mudanças ordinárias da vida. Assim, a necessária possibilidade de projetar-se ao futuro, sem o quê o modo de produção capitalista não se desenvolve plenamente por não poder contar com o tempo em seu processo de acumulação, é garantida, enquanto a insegurança que resultaria caso esse futuro pudesse vir a desestruturar a base social desse modo de produção – que não é senão a vivência prática complementar das autonomias privada e pública – é imunizada: na Constituição e em seus mecanismos dificultados de reforma, abertura ao futuro e insegurança provável dessa abertura são razoavelmente contrabalançadas e estabilizadas. Para que essa estabilização ocorra de modo adequado temporal e espacialmente, num contexto em que os agrupamentos sociais se pluralizam e em que os laços comunitários perdidos fazem impossível a percepção e a transmissão das normas dentro de um mesmo agrupamento pela tradição e pelos costumes desde sempre aprendidos, a forma escrita do texto constitucional se impõe. E a tarefa de escrita desse texto não pode caber senão ao órgão que represente aquele ente soberano em quem passa a residir os fundamentos da política e do direito. Escrevendo a Constituição, esse ente expressa textualmente as garantias de uma vivência prática que já está em curso, mas que até então tinha de lidar reiteradas vezes com a resistência de todo um *corpus* normativo pré-capitalista. Por meio dessa Constituição, esse *corpus* normativo é enfrentado em uma dupla frente: em uma, as normas jurídicas que forem contrárias à Constituição perdem sua validade; em outra, as normas não jurídicas são expurgadas de dentro de um direito que se diferencia e se autonomiza. Autonomizado esse direito, a economia de troca, que o forjou imanentemente e que ele agora regula com pretensões de exclusividade normativa, pode seguir seu rumo: o modo

de produção capitalista razoavelmente amadurecido tem institucionalizadas as condições de sua reprodução e, por isso mesmo, pode agora expandir-se e desenvolver-se conforme sua lógica própria, depurada das amarras em que aquele *corpus* normativo dissolvido, no golpe fatal, pela Constituição ainda lhe mantinha preso.

3 O CONCEITO MODERNO DE CONSTITUIÇÃO E SUAS TENSÕES INTERNAS

Nos tópicos antecedentes, reconstruí o conceito moderno de Constituição fazendo-o derivar de exigências imanentes à estrutura da troca – de exigências internas ao modo de produção capitalista em seu movimento rumo à consolidação de si e à sua expansão conforme sua própria lógica depurada. Isso significa definir o conceito moderno de Constituição como resultando simplesmente dos imperativos sistêmicos de autovalorização do capital.

Em trabalho anterior¹⁴, contudo, procurei mostrar como o conceito de Modernidade, se apreendido em todas as suas determinações, não pode ser resumido apenas a um sistema que se fecha sobre si mesmo segundo os ditames da lógica de autovalorização do valor. Nesse sentido, inicialmente busquei nos escritos do próprio K. Marx as brechas que ele apontava no suposto autofechamento do sistema sobre si mesmo. Encontrando ali pistas – fragmentárias, por certo – acerca de expectativas normativas que a sociedade opõe aos imperativos sistêmicos do modo de produção capitalista, dirigi-me, num segundo momento, à obra de J. Habermas para explorar até o limite a configuração de tais expectativas. Não tenho espaço aqui – nem é o objetivo do presente texto – para refazer todo o árduo percurso que me permitiu uma reaproximação crítica entre K. Marx e J. Habermas. Mas, dessa reaproximação, foi possível chegar a um conceito formal de Modernidade que a define como a tensão constante entre imperativos sistêmicos derivados do modo de produção capitalista e expectativas normativas igualitárias oriundas de um mundo da vida linguisticamente estruturado, expectativas essas que, não obstante embutidas na linguagem humana desde o momento filogenético de sua aquisição evolutiva, somente ganham vazão a partir do momento em que o próprio modo de produção capitalista dilacera uma série de obstáculos tradicionais que se lhe opunham, dissolvendo tudo aquilo que era sólido e estável. Logo, a Modernidade seria, numa perspectiva conceitual hegeliano-marxista, uma espécie de conceito *conclusivo* – uma “conclusão de conclusões” (PEPERZAK, 2001, p. 560-

¹⁴ Conferir AUTOR DESTE TEXTO, 2016.



561) – do próprio capitalismo, posto que nela estariam presentes tanto os imperativos que o definem quanto as expectativas que, embora liberadas por ele, a ele opõem-se dialeticamente.

De posse, assim, de um conceito de Modernidade que a apreende, em sua arquitetônica formal básica, como estruturada pela tensão constante entre imperativos sistêmicos do modo de produção capitalista e expectativas normativas igualitárias derivadas de um mundo da vida comunicativamente constituído, é possível retornar àquela primeira definição do conceito moderno de Constituição esboçada no final do tópico anterior. Todos os elementos que o formam estão ali desenvolvidos. Entretanto, a interpretação desses elementos não está adequadamente tratada.

A referência epocal para a definição apresentada supra é, como fica claro no desenrolar dos argumentos, o período que compreende o fim do século XVIII e o início do século XIX. Naquele momento histórico, limiar da consolidação do modo de produção capitalista segundo sua lógica interna, uma tal definição não deixa de ter certa plausibilidade. À medida, porém, que, uma vez consolidado e expandido ao longo do século XIX, esse modo de produção vai paulatinamente vendo desenvolver-se dentro si, na realidade das práticas sociais, as contradições que já estão postas, desde sempre, em seu conceito, aquela definição vai mostrando-se excessivamente restritiva, incapaz de, como conceito, corresponder ao mundo. Revela-se, então, que uma definição do conceito moderno de Constituição baseada apenas nos imperativos sistêmicos do modo de produção capitalista é *ab initio* equivocada.

Para deixar mais claro o ponto que está em questão, enquanto os direitos fundamentais assegurados pela Constituição coincidem estritamente com direitos e garantias que institucionalizam as condições de reprodução da economia capitalista, não parece haver problema em defini-la como foi definida anteriormente. No entanto, se se parte do conceito de Modernidade ora introduzido, um e o mesmo conceito de Constituição, como *conceito moderno* de Constituição, atravessará as várias fases constitutivas dessa Modernidade. Em cada uma delas, sempre resultantes de novas configurações na tensão constante entre imperativos sistêmicos e expectativas normativas, aquele mesmo conceito de Constituição será relido, reinterpretado nos termos de paradigmas (HABERMAS, 2005, p. 469-532) orientadores da reflexão e da ação, da compreensão do mundo e da práxis no mundo. Isso não se restringe aos elementos imediatamente materiais do conceito moderno de Constituição – os conteúdos de direitos fundamentais e de separação de poderes –, mas fica mais nítido quando se refere a eles.



No que tange aos direitos fundamentais, por exemplo, as lutas movidas pela “sociedade, ameaçada em suas raízes vitais,” (MARX, 2013, p. 481) para impor ao sistema de produção capitalista expectativas normativas contrárias a seus imperativos cegos de autovalorização, foram dando origem a pretensões de direitos fundamentais em franca contrariedade com tais imperativos: direitos trabalhistas, sociais e econômicos – frutos de lutas sociais do século XIX e constitucionalmente consolidados na primeira metade do século XX – e direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, não obstante possam gerar e com frequência gerem efeitos colaterais dada a sua reapropriação pelos imperativos sistêmicos capitalistas, derivam não desses imperativos, mas daquelas expectativas. Como conclusão, não é possível conceitualmente reduzir, sem mais, a proteção de direitos fundamentais à institucionalização das condições de reprodução da economia capitalista. Em parte, esses direitos o fazem; em parte – e, o que é conceitualmente mais relevante, ao mesmo tempo – contradizem as necessidades sistêmicas internas a essa economia. O mesmo poderia ser dito dos arranjos de separação de poderes típicos do Estado Social de Direito de meados do século XX e do Estado Democrático de Direito contemporâneo.

143

Essa percepção não estava imediatamente disponível entre fins do século XVIII e início do século XIX. E por um motivo singelo: naquele momento histórico, as expectativas normativas igualitárias oriundas de um mundo da vida linguisticamente constituído, em grande parte, coincidiam com os imperativos sistêmicos de reprodução da economia capitalista – o melhor exemplo é, sem dúvida, a luta contra os privilégios feudais. Os bloqueios ao livre desenvolvimento tanto de umas quanto de outras advinham de um mesmo contexto pré-moderno, com suas instituições características a regular, em um *corpus* normativo formalmente difuso, mas substancialmente unificado, esferas da vida como personalidade, família, relações afetivas em sentido amplo – sexuais ou de amizade –, relações sociais em sentido amplo, relações políticas, o saber – a eterna rivalidade entre religião e ciência –, a cultura, as artes, e também a economia. Logo, direitos individuais e políticos formalmente assegurados e uma organização de poderes que estatui um Estado não-interventor respondem, ali, satisfatoriamente a ambos os pilares formais definidores da Modernidade. A partir de então, todavia, o conceito de Constituição, com seus elementos, foi sendo enredado em uma longa história de contradições. Para além do caso dos direitos sociais, econômicos, trabalhistas, coletivos, difusos e individuais homogêneos, aludidos anteriormente, não é demais lembrar que uma parte significativa da luta operária ao longo do século XIX deu-se em prol da expansão do conjunto

de direitos políticos inicialmente bastante restritos, sendo a conquista dessa expansão uma variante de não pouca relevância na luta contra os abusos sofridos pelo proletariado: isto é, mesmo aqueles direitos que parecem mais diretamente institucionalizar as bases de reprodução da economia capitalista não deixaram de ser objeto de disputa ao longo da Modernidade, sendo apropriados também como direitos que respondem a expectativas capazes de opor-se aos imperativos cegos de autovalorização do capital. A luta, hoje central no mundo, que pode ser englobada sob a rubrica “democracia *versus* capitalismo” não é senão um exemplo mais recente dessa mesma lógica internamente contraditória que caracteriza o cerne da Modernidade e, por conseguinte da Modernidade constitucional.

Ao aludir a uma longa história de contradições em que o conceito moderno de Constituição se enreda, tenho em vista algo específico, uma compreensão específica, dialética, dessas contradições: o conceito moderno de Constituição é ele mesmo – tal como o conceito de Modernidade – um conceito internamente contraditório. Isso significa que os elementos que o formam, ao mediar-se dialeticamente, medeiam-se contraditoriamente: para além do que ficou dito no último parágrafo do tópico precedente, no limite, internamente ao conceito moderno de Constituição ocorre a institucionalização tanto das condições de reprodução do modo de produção capitalista quanto das condições que lhe podem em alguma medida fazer frente. Por isso mesmo, aquele conceito apresentado ao final daquele tópico precisa ser reinterpretado à luz do conceito de Modernidade esboçado no início do tópico presente: uma Constituição moderna é um documento escrito; datado e assinado por um ente soberano no exercício de um poder constituinte originário; dotado do caráter de suprallegalidade; que estabelece um rol de direitos fundamentais e a organização da separação dos poderes estatais; e cujo referencial temporal de legitimidade reside em sua abertura ao futuro; com essa sua estrutura, esse conceito assegura a vivência prática e complementar das autonomias privada e pública, bem como garante a diferenciação do direito, em princípio segmentado territorialmente, perante outras esferas normativas, institucionalizando com isso, em seu mais elevado grau, tanto as *condições de reprodução da economia de troca capitalista* quanto as *condições de uma aprendizagem social que encontra seu lugar no interior de práticas comunicativas contrafaticamente livres de coerção*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas páginas anteriores, busquei reconstruir de dentro da estrutura celular da economia de troca e a partir das exigências imanentes que ela carrega consigo o conceito moderno de Constituição. Ao fazê-lo, torna-se possível compreender mais adequadamente as relações internas entre Constituição moderna e modo de produção capitalista, conforme objetivo enunciado na introdução. Ao mesmo tempo, procurei mostrar que uma Constituição moderna, em que pese sua conexão interna com o modo de produção capitalista, não pode ser resumida a uma mera estrutura que reflete, sem mais, os imperativos definidores desse sistema econômico: nela, expressam-se em tensão tanto tais imperativos quanto expectativas que se lhe podem fazer frente.

O conceito ora formulado oferece-se como ponto de partida para toda uma série de investigações que dizem respeito à história constitucional – a história do constitucionalismo moderno – e também aos dilemas constitucionais do presente. Ademais, oferece-se igualmente como plataforma de especulações quanto ao futuro do constitucionalismo, diante da crise atual, tantas vezes mencionada, do modo de produção capitalista e da própria Modernidade.

Essas investigações, entretanto, ultrapassam o recorte e os limites pensados para o presente texto, devendo ser a elas destinados pesquisas e escritos futuros.

REFERÊNCIAS

BARACHO, Hertha Urquiza. Teoria da Constituição. *Prim@ Facie*, a. 2, n. 3, p. 16-30, jul./dez. 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria da Constituição. *Revista de informação legislativa*, v. 15, n. 58, p. 27-54, abr./jun. 1978.

_____. Teoria geral do constitucionalismo. *Revista de informação legislativa*, v. 23, n. 91, p. 5-62, jul./set. 1986.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para uma Crítica do Constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora 1982.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

DIPPEL, Horst. *História do Constitucionalismo Moderno: Novas Perspectivas*. Tradução de António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Fundação Calouste, 2007.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales*. Apuntes de Historia de las Constituciones. Tradução de Manuel Martinez Neira. Madrid: Trotta, 2000.

_____. *Constitución: De la antigüedad a nuestros días*. Tradução de Manuel Martinez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

GOMES, David F. L. Brasil, Portugal e a crise do antigo sistema colonial: elementos para a compreensão do conceito moderno de Constituição. *Revista de Pesquisa em Direito*, v. 2, 2016.

_____. O Conceito Moderno de Constituição e a Teoria do Poder Constituinte: Origens e Desenvolvimento. *Revista do CAAP*, v. XVI, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez – Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. 4. ed. Madrid: Trotta, 2005.

_____. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa*. Tradução de Denílson Luís Werle. São Paulo: Unesp, 2014.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Ed. bilíngue. Tradução de Ruy Ribeiro Franca. Belo Horizonte: Tessitura, 2011.

KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês*. Trad. Luciana Villas-Boas Castelo-Branco Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

_____. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Tradução de Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Revisão da Tradução por César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC-RJ, 2006.

MARX, Karl. *A guerra civil na França*. Sel., trad. e notas Rubens Enderle; apres. Antonio Rago Filho. São Paulo: Boitempo, 2011b.

_____. *A questão judaica*. Trad. Nélio Schneider, Daniel Bensaïd e Wanda Caldeira Brant. São Paulo: Boitempo, 2010.

_____. *Grundrisse: manuscritos econômicos de 1857-1858: esboços da crítica da economia política*. Tradução de Mario Duayer e Nélio Schneider. Colaboração de Alice Helga Werner e Rudiger Hoffman. São Paulo: Boitempo, 2011a.

_____. *O Capital – Crítica da economia política*. Livro 1. O processo de produção do capital. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013.

_____. *O Capital – Crítica da economia política*. Livro 2. O processo de circulação do capital. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2014.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A Ideologia Alemã: crítica da mais recente filosofia alemã em seus representantes Feuerbach, B. Bauer e Stirner, e do socialismo alemão em seus diferentes profetas (1845-1846)*. Supervisão editorial de Leandro Konder. Tradução de Rubens Enderle, Nélio Schneider e Luciano Cavini Martorano. São Paulo: Boitempo, 2007.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto Comunista*. Tradução de Álvaro Pina. São Paulo: Boitempo, 1998.

MOHNHAUPT, Heinz; GRIMM, Dieter. *Constituição – História do conceito desde a antiguidade até nossos dias*. Tradução de Peter Naumann. Belo Horizonte: Livraria Tempos, 2012.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; GOMES, David F. L. Novas Contribuições para a Teoria do Poder Constituinte e o Problema da Fundação Moderna da Legitimidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 53, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Os Pensadores, v. 1. São Paulo: Nova Cultura, 1997.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: que é o Terceiro Estado?* Organização de Aurélio Wander Bastos. Prefácio de José Ribas Vieira. Tradução de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: 2001.

SMEND, Rudolf. *Constitución e Derecho Constitucional*. Tradução de José María Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Alianza, 1996.



CUESTIONES SOBRE LA ARQUITECTURA E INGENIERÍA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE VENEZUELA

QUESTIONS ON THE ARCHITECTURE AND ENGINEERING OF THE CONSTITUTIONAL CHAMBER OF VENEZUELA'S SUPREME COURT OF JUSTICE

José Angel Cornielles Hernández*

RESUMEN: Recientemente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, ha dictado decisiones en casos políticos de relevancia nacional los cuales han determinado el destino de la democracia del país. Los casos de la Asamblea Nacional, del Estado de Excepción y Emergencia Económica y de la Asamblea Nacional Constituyente, son los más resalantes debido a su incidencia en la institucionalidad que persigue la Constitución de 1999. En esos asuntos, la Sala Constitucional ha asumido y redistribuido competencias de los demás poderes públicos e incluso ha suprimido totalmente al Poder Legislativo, ello, con base en el ejercicio de la competencia relativa a la interpretación con efecto vinculante el contenido y alcance de la Constitución, que puede ser considerada una innovación debido al cambio en el entendimiento que se tenía en el país respecto de las fuentes del Derecho pero no la primera recepción en el ordenamiento jurídico venezolano de institutos propios del *Common Law*. Ahora bien, antes de afrontar el tema relativo a la teoría de los precedentes en Venezuela, es preciso poner atención a otros puntos previos e indispensables para su construcción, esto es, la integración (cantidad de jueces, forma de ingreso, duración de los jueces en el cargo y organización para la distribución de tareas) y el modo de funcionamiento para la producción y comunicación de sentencias (admisión, deliberación, decisión y publicación), lo que debe adecuarse al modelo de precedentes que encuentra sustento en el artículo 335 de la Constitución de 1999, a estos aspectos se les denomina arquitectura e ingeniería de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela.

PALABRAS CLAVE: Cortes Constitucionales. Precedentes Judiciales. Justicia Constitucional. Venezuela

ABSTRACT: Recently, the Constitutional Chamber of the Venezuelan Supreme Court of Justice has issued decisions in political cases of national relevance which have determined the fate of the country's democracy. The cases of the National Assembly, the State of Exception and Economic Emergency and the National Constituent Assembly, are the most outstanding because of their impact on the institutions pursued by the 1999 Constitution. In those cases, the Constitutional Chamber has taken over and redistributed powers of the other public powers and even has completely abolished the Legislative Power, this, based on the exercise of jurisdiction over the interpretation with binding effect the content and scope of the Constitution, which can be considered an innovation due to the change in the understanding that was had in the country with respect to the sources of the Law but not the first reception in the Venezuelan legal system of institutes of the *Common Law*. However, before addressing the issue related to the theory of precedents in Venezuela, it is necessary to pay attention to other previous and essential points for its construction, that is, integration (number of judges, form of income, duration of judges in charge and organization for the distribution of the work) and the mode of operation for the production and communication of judgments (admission, deliberation, decision and publication), which must be adapted to the model of precedents found in article 335 of the Constitution of 1999, these aspects are called architecture and engineering of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice of Venezuela.

KEYWORDS: Constitutional Courts. Judicial Precedents. Constitutional Justice. Venezuela.

SUMARIO: Introducción. 1 Arquitectura e ingeniería de la Sala Constitucional venezolana. 2 Dos casos sobre las competencias de la Sala Constitucional en el ámbito político venezolano: desacato de la Asamblea Nacional desde 2016 y la Asamblea Nacional Constituyente de 2017. 3 Breve referencia sobre el diseño y funcionamiento del Supremo Tribunal Federal de Brasil. Conclusiones. Referencias.

* Mestrando em Direito Processual no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Bolsista da Organização dos Estados Americanos OEA-CAPEs. Membro do Grupo de Pesquisa CNPq *Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo*. Advogado.

INTRODUCCIÓN

El ordenamiento jurídico en el Estado democrático se edifica sobre la base de la Constitución y su desarrollo en gran medida es producto de las normas dictadas por los jueces que conforman las máximas instancias judiciales, quienes en ejercicio de la función reconstructiva del orden jurídico que les fue otorgada, están llamados a garantizar la estabilidad de ese ordenamiento sin prescindir de ninguno de los actores que justifican la existencia del Estado. Indudablemente, el control judicial de los actos de los poderes públicos es un elemento indispensable en el Estado Democrático Constitucional. La discusión respecto del carácter contramayoritario de los órganos del Poder Judicial y propiamente de los tribunales o cortes de vértice, posee vertientes que se inclinan hacia la defensa de los órganos con legitimidad directa por una parte¹, y por la otra, una tendencia que reconoce la importancia de la función judicial debido a que su legitimidad deviene de la Constitución y en ese marco desarrolla su actividad de control de los demás poderes públicos e interpretación en última instancia de la Constitución.²

150

¹ Véase, por ejemplo, GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición. Pensamiento jurídico contemporáneo 3, 2011. En la misma dirección, HONNETH, Axel. *El Derecho de la Libertad: Esbozo de una eticidad democrática*. Traducción al español por Graciela Calderón. Madrid: Katz, 2014. En “El ‘nosotros’ de la construcción democrática”.

² Véase, entre otros, CANOTILHO, José. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. Título 6, Capítulo I, Sentido da Garantia e Controlo da Constituição, p. 883-907 y Título 6, Capítulo 3, Direito Processual Constitucional, p. 963-975. ZANETI, Hermes. *El Valor Vinculante de los Precedentes: Teoría de los Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*. Lima: Raguél, 2015. En especial, Capítulo I, p. 38-84 y conclusiones, p. 529-543. MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: garantia suprema da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, específicamente, Parte I, sección 3, p. 67-81 y conclusiones número 16 a 21, p. 313-314. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004, específicamente, Legitimidade do controle de constitucionalidade, p. 50-57 y en las conclusiones, jurisdição constitucional e legitimidade democrática, p. 62. Igualmente, BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, en especial, Preservação ou expansão do poder da Corte, pp. 431-434. Es interesante la posición de André Rufino do Vale, quien defiende que el debate sobre la legitimidad democrática de *judicial review* debe ocuparse de mejorar el ejercicio de las facultades que, en la actualidad, la gran mayoría de las constituciones reconoce a los órganos de jurisdicción constitucional en vez de ejercer una crítica sobre la legitimidad del poder de la jurisdicción constitucional que exigen reformas radicales de la estructura organizativa de los poderes constitucionales establecidos. Cf. VALE, André do. *La deliberación en los tribunales constitucionales: un estudio empírico de las prácticas deliberativas del Tribunal Constitucional de España y del Supremo Tribunal Federal de Brasil*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017. p. 18.



En Venezuela, conforme la Constitución de la República de 1999³ la máxima instancia judicial la representa el Tribunal Supremo de Justicia, que se conforma por Salas organizadas por competencias o materias, a cargo de jueces a quienes se les denomina Magistrados; la Sala Constitucional⁴ que se instaló formalmente en enero del año 2000, ejerce la Jurisdicción Constitucional⁵, es una de las salas que integra el Tribunal Supremo de Justicia y le corresponde ejercer el control de la constitucionalidad concentrado, resolver las consultas sobre el control difuso de la constitucionalidad efectuados por los jueces de la República e interpretar el contenido y alcance de la Constitución con efecto vinculante para todos los tribunales de las Repúblicas, para las demás salas del Máximo Tribunal e inclusive para los demás poderes públicos.

³ Publicada en Gaceta Oficial de la República número 36.860, del 30 de diciembre de 1999, reimpressa por errores materiales en la Gaceta Oficial de la República número 5.453, extraordinario del 24 de marzo de 2000. Enmienda número 1 publicada en Gaceta Oficial de la República número 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009. La Constitución venezolana fue producto de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999. La Constitución venezolana instaura una organización vertical del Poder Público en tres niveles, saber, municipal, estatal y nacional; y en forma horizontal, el poder público nacional se divide en cinco poderes, a saber, el Poder en Poder Legislativo, que lo representa la Asamblea Nacional; el Poder Ejecutivo, conformado por el Presidente, el Vicepresidente, los Ministros, el Consejo de Estado y la Procuraduría General de la República; el Poder Judicial, cuyo gobierno y administración corresponde al Tribunal Supremo de Justicia; el Poder Ciudadano, integrado por el Ministerio Público, la Contraloría General de la República y la Defensoría del Pueblo, que se expresa mediante el Consejo Moral Republicano (conformado por el Fiscal General de la República, el Contralor General de la República y el Defensor del Pueblo); y el Poder Electoral, constituido por el Consejo Nacional Electoral.

⁴ Defendiendo que en Venezuela existe propiamente un Tribunal o Corte Constitucional, basados en sus competencias y características (más allá de su ubicación dentro del Poder Judicial y conformando la estructura del Tribunal Supremo de Justicia), véase RONDÓN DE SANSON, Hildegard. *Ab imis Fundamentis: análisis de la Constitución venezolana de 1999*. Caracas: Exlibris, 2013, p. 758; y, DUQUE CORREDOR, Román. La Sala Constitucional contemplada en la Constitución de 1999. In: PARRA, Fernando (Coord.) *Estudios de Derecho Público*. v. 1. n. 3. Colección de Libros Homenaje. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2004, p. 295-296. Argumentando que la Sala Constitucional es un tribunal que posee características *sui generis* y proponiendo la creación de una Corte Constitucional ubicada ajena al Poder Judicial, cf. LAGUNA, Rubén. *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: su rol como máxima y última interprete de la Constitución*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Serie: Trabajo de Grado N° 7, 2005; sobre la naturaleza de la Sala Constitucional, p. 35-46 y en las conclusiones, p. 310. Otra visión es mostrada por Favoreu, quien al estudiar tribunales y cortes de Europa, parte de la premisa según la cual una Corte Constitucional es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos. Ahora bien, el autor estima que hay también un modelo sudamericano ya que en los países de América Latina en materia de justicia constitucional, no se eligió entre el modelo estadounidense o el modelo europeo porque hicieron coexistir el control concentrado y el control difuso, con otras características aún pendientes por definir. Cf. FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004, p. 15 y p. 131.

⁵ Véase que en el particular 5 de la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el constituyente de 1999 ordenó a la Asamblea Nacional la aprobación de la legislación referida al Sistema Judicial, dentro del primer año, contado a partir de su instalación, lo cual incluye la Ley sobre Jurisdicción Constitucional, sin embargo, hasta la fecha dicha ley no ha sido aprobada.

El artículo 335 constitucional⁶, aunque no constituye la primera recepción de institutos propios del *Common Law* en Venezuela debido al mestizaje de este ordenamiento jurídico⁷ (un sistema jurídico híbrido como Brasil)⁸, puede ser considerado una innovación porque regula la fuerza normativa formalmente vinculante de la interpretación efectuada por la Sala Constitucional, lo que implica un cambio en el entendimiento que se tenía respecto de las fuentes del Derecho, ello, con base en la necesidad de valoración de la fuerza obligatoria que tienen esas decisiones no solo en los tribunales inferiores, sino también en las demás salas del Tribunal Supremo de Justicia, en la propia Sala Constitucional (salvo distinción o superación) e incluso, en los demás poderes públicos, mediante la vinculatoriedad con efecto externo de los precedentes judiciales⁹ también denominado valor ampliado del precedente.¹⁰

Así, actualmente en Venezuela, una sentencia vinculante se distingue por haber sido pronunciada exclusivamente por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, debe referirse a interpretaciones sobre el contenido o alcance de las reglas y principios

⁶ El artículo 335 establece: “El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de esta Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República.”.

⁷ Los estudios desarrollados por el autor venezolano Humberto Briceño León son una referencia en ese sentido; entre otros, véase BRICEÑO LEÓN, Humberto. *El Common Law y el derecho continental: tendencias en el Derecho Público contemporáneo*. *Revista de Derecho Público*, n. 46, Caracas, 1991, p. 35-41. BRICEÑO LEÓN, Humberto. *Derecho Administrativo y Separación de Poderes: USA, Francia y Alemania*. Caracas: Paredes. Serie Cuadernos. Ediciones, 2012. BRICEÑO LEÓN, Humberto. *El Precedente Judicial y el Writ of Certiorari en Venezuela y en los Estados Unidos de América*. *II Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional La Justicia Constitucional en el Estado Social de Derecho*. Caracas: FUNEDA, 2012. Cabe acotar que la frase *Derecho mestizo* como referencia a las diferentes influencias que han modelado el ordenamiento jurídico venezolano, fue usada por Román Duque Corredor con especial referencia al Derecho Administrativo, en la ponencia dictada el 21 de mayo de 2009 en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Foro “Cien años de enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009”, posteriormente publicado en el texto *100 Años de la Enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela 1009-2009: Tomo II*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila y la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), 2011.

⁸ Sobre el ordenamiento jurídico brasileño como *sistema jurídico híbrido*, cf. ZANETI, Hermes. *A Constitucionalização do Processo: O modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as relações entre Processo e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2014, p. 44. Igualmente, ZANETI, Hermes. *El Valor Vinculante de los Precedentes: Teoría de los Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*. Lima: Raguel, 2015, p. 47.

⁹ Ello, conforme sentencia número 810 del 21 de septiembre de 2016, ampliada por la Sala Constitucional mediante sentencia del 11 de octubre de 2016 y reiterada en la sentencia número 547 del 25 de julio de 2017, esta última publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela número 41.199 del 25 de julio de 2017. Reiterada por la Sala Constitucional en la sentencia n° 727 del 25 de septiembre de 2017.

¹⁰ Véase, LÓPEZ MEDINA, Diego. Obediencia judicial y administrativa de los precedentes de las Altas Cortes en Colombia: dos concepciones del fin y uso de la jurisprudencia como fuente del derecho. *Revista Jurídica Precedente*, v. 7, jul.-dic., 2015, p. 9-42. Cali-Colombia. p. 35, nota 48. En este trabajo, el autor señala que uno de los ámbitos de desarrollo de la doctrina del precedente se da específicamente en un diálogo con las otras ramas del poder público. p. 27.

constitucionales o al carácter constitucionalizante de disposiciones jurídicas de rango inferior al constitucional y basta una decisión para que pueda ser edificada con ese carácter, lo que la distingue de la jurisprudencia entendida como un conjunto de decisiones relativas a un tema con carácter persuasivo.¹¹

Venezuela adoptó la práctica según la cual la propia sentencia señala su carácter vinculante de manera expresa: el dispositivo contiene un enunciado que resume la decisión vinculante como un mecanismo para su divulgación ya que interesa a todos los tribunales de la República incluso el propio Tribunal Supremo de Justicia y también a la Administración.¹² Finalmente, la Sala Constitucional ordena publicar el texto íntegro de la sentencia en la Gaceta Oficial de la República, que es el instrumento de difusión oficial de leyes y demás actos del Estado a nivel nacional.¹³

Se trata de una práctica que podría en el futuro asimilarse a las sùmulas vinculantes de Brasil reguladas principalmente en la Constitución de 1988 (enmienda constitucional nº 45 de 2004), entendidas como la externalización en un enunciado, de la razón de decidir de varios (reiterados) precedentes y su aplicación será obtenida de la razón de decidir y no solo por el enunciado de la sùmula, que sirve solo como guía y fórmula sintética, jamás como regla abstracta, ya que en su formación, tiene como premisa casos concretos, de los cuales no se puede distanciar sin perder sustancia.¹⁴

¹¹ En este sentido, véase la explicación de Taruffo sobre precedente y jurisprudencia. TARUFFO, Michele. Precedente y jurisprudencia. *Revista Jurídica Precedente*. Anuario jurídico 2007, p. 86-99. Cali-Colombia. Disponible en: <<https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/1434>>. Acceso en: 2 feb. 2017.

¹² Al respecto, es preciso recordar que en sus inicios la Sala Constitucional venezolana dictó decisiones a las cuales *-adecuadamente-* se les reconoce carácter vinculante aún cuando no lo indican expresamente, su fuerza pues, se desprende de los fundamentos determinantes que soportan la decisión; como ejemplo pueden referirse las sentencias de la Sala Constitucional número 07 del 1º de febrero de 2000, (*caso: José Amado Mejía*), y número 156 del 24 de marzo de 2000, (*caso: Corporación L'Hotels, C.A.*), ambas relativas al procedimiento de amparo constitucional. Por otra parte, algunas sentencias incluían lo que en la práctica se hizo vinculante para la propia Sala y los demás tribunales de la República en lo que la Sala Constitucional denominó *obiter dictum*, lo cual ocurrió por ejemplo, en el aludido caso *José Amado Mejía*, mediante el cual se reguló el procedimiento de amparo constitucional en Venezuela.

¹³ Sobre los aspectos formales relativos al carácter vinculante de las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, cf. LAGUNA, Rubén. Carácter Vinculante de las sentencias de la Sala Constitucional. In: PARRA, Fernando (Coord.) *Estudios de Derecho Público*. v. 1, n. 3, Colección de Libros Homenaje. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia., 2004, p. 929-938.

¹⁴ ZANETI, Hermes. *El Valor Vinculante de Los Precedentes: Teoría de Los Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*. Lima: Raguél, 2015, p. 262. *La técnica de las sùmulas o máximas de la jurisprudencia busca facilitar –aunque no elimina– el proceso de interpretación para la identificación de la ratio decidendi o del holding de un caso-precedente. También pueden colaborar en la identificación de la ratio decidendi la explicitación directa por el juez o tribunal en el momento de la decisión, tanto en relación a los hechos específicos y circunstancias como en relación al derecho.* (p. 428, nota 45). Cf., además, ZANETI, Hermes. A

Por otra parte, la Sala Constitucional venezolana, no ha limitado los procedimientos para establecer criterios vinculantes, es decir, existen decisiones con carácter vinculante en procedimientos de amparo constitucional, recursos extraordinarios de revisión, recursos de interpretación, demandas de protección de derechos colectivos o difusos así como en otros procedimientos ante la Sala Constitucional tales como las consultas de control de la constitucionalidad, es decir, que se expresa con sentencias vinculantes mediante cualquier procedimiento y mediante el mismo sistema de votaciones definido para el resto de las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, como se explicará más adelante.

Sobre las cortes supremas, Taruffo enseña que su función típica es asegurar el respeto uniforme de las leyes, a través de decisiones susceptibles de ser universalizadas que se pueden proyectar hacia el futuro, esto es, la fijación de precedentes destinados a proyectarse como puntos de referencia sobre las decisiones de los otros jueces.¹⁵ En ese sentido, Zaneti¹⁶ ha resaltado el necesario compromiso del intérprete de perseguir la coherencia del ordenamiento jurídico, equilibrando efectividad y seguridad jurídica. Esto es, la *consistencia* de las interpretaciones contenidas en las decisiones judiciales como una forma para designar el conjunto formado por coherencia e integridad.¹⁷ Así, con ocasión de la inclusión de las sentencias vinculantes de la Sala Constitucional en la Constitución venezolana de 1999, no puede negarse la necesidad del establecimiento de una adecuada teoría de los precedentes en el ordenamiento jurídico venezolano. Ello, estimando que la raíz de la doctrina del precedente radica en que los casos similares deben ser decididos de manera similar, lo que se puede lograr haciendo vinculante los casos anteriores para los jueces posteriores¹⁸ y no solo mediante el entendimiento del valor únicamente persuasivo que posee la jurisprudencia conforme se ha entendido hasta la actualidad en Venezuela.

Constitucionalização do Processo: O modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as relações entre Processo e Constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 233 y ss.

¹⁵ TARUFFO, Michele. Precedente y jurisprudencia. *Revista Jurídica Precedente*, Cali-Colombia, Anuario jurídico 2007, p. 86-99. Disponible en: <<https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/1434>>. Acceso en: 2 feb. 2017. Véase además, TARUFFO, Michele. El precedente judicial en los sistemas de *Civil Law*. *IUS ET VERITAS*, Lima, n. 45, dic./2012, p. 88-95.

¹⁶ ZANETI, Hermes. Cortes Supremas e Interpretação do direito. In: GALLOTTI, Isabel (Coord.). *O papel da jurisprudência do STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 177-200.

¹⁷ Cf. DIDIER, Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. *Revista da Faculdade Mineira de Direito - PUC Minas*, v. 18, n. 36, p. 114-132, 2015.

¹⁸ CROSS, Rupert; HARRIS, James. *El precedente en el Derecho Inglés*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 65.



El ordenamiento jurídico venezolano aún se esfuerza para funcionar en definitiva bajo la teoría de los precedentes cuyas bases creó el artículo 335 de la Constitución de 1999. Es fundamental que se consideren los elementos determinantes de los casos como aspecto indispensable para la vinculatoriedad de los efectos de las decisiones judiciales, más allá de elementos de forma de las sentencias de la Sala Constitucional.¹⁹ Venezuela pareciera aferrarse al entendimiento de cortes o tribunales supremos de control de decisiones judiciales, preocupadas por la exacta y “correcta” aplicación de la ley, sin embargo, es momento de asumir que la función de tribunales como la Sala Constitucional está mudando gradualmente en los ordenamientos jurídicos contemporáneos para cortes o tribunales de interpretación, preocupadas por la “uniformidad del derecho”.²⁰

De cualquier forma, antes de afrontar el tema relativo a la puesta en práctica del sistema de precedentes en Venezuela que aparece con la Constitución de 1999, es preciso poner atención a otros puntos previos e indispensables para la construcción de esa teoría, esto es, la integración de la Sala Constitucional, lo que se refiere a la cantidad de jueces y a su forma de ingreso al cargo (no solo para garantizar su independencia e imparcialidad, también por un asunto de idoneidad) y su duración en el cargo así como a la división en secciones, cámaras u órganos para la distribución de tareas; y, el modo de funcionamiento del tribunal para construir y pronunciar sus decisiones (lo que es determinante en el proceso de formación y aplicación de precedentes).

¹⁹ Un caso que puede ser comentado en este sentido es el relativo a la indexación en el contencioso administrativo en caso de funcionarios al servicio de la administración pública; la Sala Constitucional reconoció su existencia (sentencia nº 391 del 14 de mayo de 2014, caso DEM), aún así, los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativo continúan negando las actualizaciones monetarias bajo el argumento que la sentencia no lo indica expresamente en su dispositivo el carácter vinculante. Otro problema habitual es que algunas sentencias se dividen en secciones a las que se les denomina *ratio decidendi* y *obiter dictum*, sin embargo, lo que en efecto es vinculante se encuentra en la sección de la decisión que el Magistrado ponente denomina *obiter dictum*; ello ocurrió por ejemplo, en la sentencia número 695 de la Sala Constitucional del 14 de agosto de 2017, (publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela número 41.216 del 17 de agosto de 2017).

²⁰ ZANETI, Hermes. Precedentes (*treat like cases alike*) e o novo Código de Processo Civil: universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da “jurisprudência persuasiva” como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no brasil. *Revista de Processo*, v. 235, sep./ 2014. Versión digital, p. 3. Sobre la función contemporánea de las cortes supremas, véase MARINONI, Luiz Guilherme. *Cultura, unidad del derecho y cortes supremas*. Lima: Raguél, 2015, p. 116-119.

1 ARQUITECTURA E INGENIERÍA DE LA SALA CONSTITUCIONAL VENEZOLANA

En ese contexto, las cuestiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia frente a la actual situación institucional venezolana, debe ser abordada principalmente desde dos ópticas: la primera relativa a la integración de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, y la segunda, a su modo de funcionamiento; ambos son aspectos de diseño de un modelo adecuado de corte o tribunal constitucional. Con relación al primer aspecto, la integración, son relevantes tres puntos: la cantidad de jueces, su forma de ingreso y duración en el cargo de Magistrado y la organización interna para la división de tareas (división en secciones, cámaras u otros órganos internos).

Con respecto a la forma de ingreso al cargo, a lo que puede denominar *óptica política*²¹, debe precisarse que actualmente los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia son designados por la Asamblea Nacional con aprobación mayoritaria de los Diputados que la integran; ello significa en términos simples que el sector político dominante en el Poder Legislativo nacional en definitiva decidirá quiénes serán los integrantes del Tribunal Supremo de Justicia.²² El procedimiento para la selección de los Magistrados incluye una fase ante el Comité de postulaciones como órgano asesor del Poder Judicial, el cual presenta una preselección al Poder Ciudadano, que a su vez es llevada a la Asamblea Nacional (Poder Legislativo) para realizar la elección definitiva como fue indicado.²³

156

²¹ Puede decirse que la participación de los demás poderes públicos en el procedimiento para la escogencia de los jueces representa la conexión entre los tribunales con la política, lo que puede reflejar el estado de las cosas en ese ámbito en determinada época. Cf. TUSHNET, Mark. *¿Por qué la Constitución importa?* Bogotá: Kimpres, 2012. Traductor Alberto Supelano, p. 120. el autor hace referencia a la Corte Suprema estadounidense, sin embargo, su afirmación puede ser trasladada a otros espacios sin consecuencias relevantes.

²² También por este mecanismo de mayorías la Asamblea Nacional designa los miembros del Consejo Moral Republicano, a saber, Fiscal General de la República, Contralor General de la República y Defensor del Pueblo, (Poder Ciudadano), así como los Rectores del Consejo Nacional Electoral -CNE- (Poder Electoral). Las mayorías políticas en el Poder Legislativo determinan de esa manera todos los demás poderes públicos diferentes del ejecutivo que se determina mediante elección popular. Sobre la influencia de la política en los procesos jurídicos y cómo esto se refleja en algunas posiciones de la doctrina, especialmente considerando la situación de crisis que vive Venezuela actualmente, conviene tener presente la posición de Siddharta Legale, quien defiende que la investigación no debe limitarse a una visión del mundo muchas veces basada en preconceptos. Cf. LEGALE, Siddharta. O Tribunal Supremo de Justiça da Venezuela e os males de origem do novo constitucionalismo latino-americano. In: BRANDÃO, Rodrigo (Org.). *Cortes constitucionais e cortes supremas*. Salvador: Juspodivm, 2017.

²³ Ello conforme el procedimiento establecido en los artículos 264 y 270 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999. Otras informaciones pueden ser consultadas en el Reglamento Interno del Comité de Postulaciones Judiciales publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela número 40.535 del 6 de noviembre de 2014.

Conviene observar que los requisitos profesionales y académicos mínimos para poder ser designado Magistrado están definidos en la constitución y en la ley; en teoría la experiencia profesional en el ámbito jurídico dentro o fuera de la carrera judicial, la trayectoria académica, el reconocido prestigio y la buena reputación, son factores indispensables. El problema esencialmente radica en la forma de elección basado mayorías. Debe entenderse que la máxima instancia judicial en materia constitucional ejerce un papel político fundamental, por lo tanto, lo ideal es que sus miembros representen, tal como lo indica Mitidiero, en la medida de lo posible el pluralismo de los diversos estratos que integran la sociedad civil en general y la comunidad jurídica en especial, a fin de que sus decisiones sean debatidas, maduras, sopesadas e independientes, en un ambiente que privilegie la confrontación de diferentes visiones del mundo.²⁴

Los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia venezolano son designados por periodos únicos de doce años y los Magistrados suplentes son designados por periodos únicos de seis años y deben reunir los mismos requisitos de los principales. Los suplentes garantizan la conformación del *quórum* y la continuidad de las actividades del tribunal. De una u otra forma, sea que se defiendan periodos cortos o largos, el tiempo en el cargo de los jueces es un aspecto a considerar cuando se diseña un modelo de corte de precedentes: estabilidad del ordenamiento relacionado con jueces en cargos de por vida o necesidad de superación conectado con la incorporación de nuevos jueces, podrían impulsar las algunas de las posiciones durante el desarrollo del modelo de tribunal que en definitiva sea adoptado.

Ahora bien, la experiencia actual venezolana enseña que debe ser revisado el proceso para la designación de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, ya que el sistema de mayorías en el Poder Legislativo nacional (Asamblea Nacional) evidenció una reducción del dialogo democrático entre las instituciones del Estado. Ello muestra que el Legislativo no debe efectuar designaciones de los poderes públicos únicamente basados en el criterio de la mayoría sino que debe pensarse en un sistema que permita un debate cuyo resultado sea un acuerdo entre todas las tendencias que se reúnen en la Asamblea Nacional.²⁵

²⁴ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 65.

²⁵ Sobre los distintos modelos para la designación de los jueces en las cortes y tribunales constitucionales, véase CUCARELLA, Luis-Andrés. Tribunales constitucionales y retos individuales y de protección colectiva en el sistema europeo de control de constitucionalidad. In: PEGORARO, Lucio (Coord.). *Tribunales y justicia constitucional*. Homenaje a la Corte Constitucional colombiana. Bogotá: Universidad Libre, 2017, p. 95-127.

Sobre la integración de la Sala Constitucional se debe considerar lo relativo la organización interna para la distribución de tareas. Obsérvese que el constituyente venezolano de 1999 eligió la opción de una Sala dentro del Tribunal Supremo de Justicia; el único cambio con respecto a las demás salas del Tribunal Supremo de Justicia se dio en el aumento de número Magistrados de la Sala Constitucional a siete (cinco para el resto de las salas). Muchos de los aspectos organizativos y de funcionamiento en el Tribunal Supremo de Justicia se desarrollaron en las leyes, reglamentos y en las prácticas, como es habitual en los órganos judiciales colegiados en Venezuela.²⁶ No hay en Venezuela división de secciones o cámaras dentro de la Sala Constitucional, sin embargo, ésta funciona con un Juzgado de Sustanciación que está a cargo del Magistrado presidente de la Sala Constitucional; podría decirse que se trata de un tribunal unipersonal que está dentro de la Sala Constitucional cuyas decisiones son impugnables ante la Sala mediante el recurso de apelación.²⁷

El Juzgado de Sustanciación de la Sala Constitucional ejerce varias tareas relativas al trámite habitual de los asuntos en cualquier tribunal y posee dos competencias que son fundamentales en lo que respecta al funcionamiento de la Sala: designa las ponencias y decide sobre la admisibilidad de los casos (cuando estos no se acompañen con una solicitud de amparo constitucional cautelar), es decir, que la decisión sobre la admisión o negativa de escuchar un asunto es pronunciada por el Presidente de la Sala Constitucional (actuando como juez de sustanciación). En el caso de una demanda o recurso que se interponga conjuntamente con una solicitud de amparo constitucional cautelar, el Juzgado de Sustanciación procede a designar el Magistrado Ponente y este tratará el asunto en la sesión dispuesta para la deliberación de los

158

²⁶ Los órganos colegiados no son comunes dentro de la organización judicial venezolana; la regla son los tribunales unipersonales, incluso los de segundo grado mayoritariamente funcionan con un solo juez. Las excepciones se encuentran en las Cortes de Apelaciones penales con competencia estatal, integradas por tres jueces y un secretario (conforme el Código Orgánico Procesal Penal) y los Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con competencia regional de primero y segundo grado, integrados por tres jueces y un juzgado de sustanciación (regulados en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa).

²⁷ Estos Juzgados de Sustanciación, al igual que todos los tribunales del país, se constituyen válidamente (como mínimo) con un juez, un secretario y un alguacil (con funciones de seguridad y distribución de correspondencia), conforme lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1998, aun vigente. Algunos aspectos sobre el funcionamiento y competencias de los Juzgados de Sustanciación aparecen en las sentencias número 1891 del 26 de octubre de 2006 de la Sala Constitucional y número 1122 del 11 de agosto de 2011, de la Sala Político Administrativa, dictadas en razón de la limitada regulación que contenía la Ley de la Corte Suprema de Justicia de 1976 y la Ley del Tribunal Supremo de Justicia de 2004; esta situación se mantuvo en la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010. La Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia es la única sala del máximo tribunal que no posee Juzgado de Sustanciación. La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia es la única cuyo Juez de Sustanciación es un juez diferente al Presidente de la Sala, en el resto de las Salas (Casación Civil, Casación Social, Electoral y Constitucional) siempre el Presidente de la Sala es el Juez de Sustanciación.

casos, con prioridad debido a la urgencia que supone la medida cautelar solicitada. La admisibilidad y la solicitud cautelar en este supuesto no son decisiones exclusivas del Presidente en función de juez de sustanciación ni del Magistrado Ponente, son decisiones colegiadas. La decisión sobre la admisibilidad es individual cuando el recurso o demanda son presentados sin solicitud cautelar.²⁸

Las sentencias de la Sala Constitucional son dictadas por un Magistrado Ponente que es designado por el Juzgado de Sustanciación al inicio del proceso con la función de redactar la sentencia que pronunciará el tribunal. Así, una vez distribuidas las ponencias, el Magistrado (que generalmente se acompaña de ayudantes y asistentes, a quienes se les conoce como relatores), elabora un proyecto de sentencia que será presentado y defendido en la sesión privada de la sala en pleno (esto es, los Magistrados de la Sala y el secretario), oportunidad en la que se realizará la votación para la aprobación o rechazo del proyecto propuesto.²⁹ La práctica muestra que ese proyecto circula entre los magistrados algunos días antes de la sesión para la deliberación. En caso de aprobación, la siguiente fase es la publicación de la sentencia, que podrá contener votos disidentes para separarse fundadamente del criterio expresado por el Magistrado ponente y/o votos concurrentes, utilizados como un mecanismo para reforzar o contribuir con el entendimiento de la sentencia que fue aprobada.³⁰ Los votos disidentes o concurrentes, no son habituales en la Sala Constitucional.

159

²⁸ Parece haber ciertas reservas con relación a las decisiones individuales que son proferidas en los órganos colegiados, lo que en definitiva ocurre en el Juzgado de Sustanciación de la Sala Constitucional. De cualquier forma, se justifica que no todas las decisiones de un órgano colegiado sean pronunciadas por la totalidad de sus integrantes, más aún cuando se trata de decisiones de trámite, no referidas al mérito de los asuntos. Por su parte, la inadmisibilidad o negativa de conocer un caso en los tribunales colegiados es comúnmente una decisión individual, un ejemplo de ello se observa en la práctica de la Corte Suprema estadounidense, cuyos Jueces seleccionan los casos que entraran en la lista de discusión de la conferencia sobre la admisibilidad, es decir, que la inclusión o no en la lista de casos para el futuro debate (que es una decisión importante), es individual. Ciertamente, el debate sobre los casos que la Corte Suprema admite o niega, será el resultado de un debate colegiado que se insiste, se basa en la lista de asuntos que cada Juez decidió incluir para la consideración de la Corte Suprema en conferencia. Sobre este procedimiento, véase GROSSMAN, Joel; EPP, Charles. *Agenda Formation on the Policy Active U.S. Supreme Court*. In: ROGOWSKI, Ralf; GAWRON, Thomas (Eds.). *Constitutional courts in comparison: the U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*. New York: Berghahn Books, 2002, p. 103-124., p. 113.

²⁹ La práctica muestra que el Presidente de la Sala a través de la secretaría establece la agenda de los asuntos que se van a debatir y en su oportunidad el Presidente dirige el debate respetando la antigüedad de los Magistrados, por ello, los proyectos de sentencia presentados por los Magistrados más nuevos en el tribunal o los Magistrados suplentes, son debatidos al final o por razones de tiempo, diferidos para otras sesiones; en esos casos deberán solicitar nuevamente a la secretaría su inclusión de los proyectos no discutidos en algunas de las próximas sesiones. El establecimiento de la agenda de esa forma se acentúa debido a la privacidad que caracteriza las actividades en el Tribunal Supremo de Justicia.

³⁰ Véase, Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela número 39.522 del 1º de octubre de 2010.

El sistema de votaciones de las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, incluye una fase para la deliberación en sesión privada con la presencia de la mayoría los miembros de la Sala sobre el proyecto presentado por el Magistrado ponente; igualmente, para que una sentencia sea publicada se requiere el voto favorable de la mayoría absoluta de los siete Magistrados que la integran Sala. Mayoría absoluta en este caso equivale a las dos terceras partes de éstos. El *quórum* para la deliberación y la votación requerida para la aprobación de las sentencias de la Sala Constitucional, es el mismo, mayoría absoluta.³¹

La Ley del Tribunal Supremo de Justicia establece que el Presidente de la Sala tiene la facultad de resolver mediante un voto doble, un eventual empate en las votaciones; ahora bien, cabría preguntarse en cuáles supuestos sería preciso resolver un empate considerando que con base en la regla de mayoría absoluta (dos terceras partes) relativa al *quórum* para la deliberación (cinco de siete Magistrados) y la aprobación de las sentencias (cinco de siete Magistrados), el número de Magistrados presentes sería impar. Bien, nótese que (cinco de siete) se trata del número mínimo de Magistrados para constituir el *quórum* para deliberación y además del número mínimo de votos obtener la mayoría para la aprobación de la sentencia; así, en caso de conformarse la Sala con seis Magistrados, sería válida la deliberación porque estaría constituido el *quórum* requerido, ahora bien, al ser par (seis) el número de Magistrados presentes, podría haber un empate en las votaciones (tres por tres). Se debe precisar, para que una situación tal ocurra, deben darse dos circunstancias: primero, uno de los seis Magistrados debe ser el Presidente de la Sala y, segundo, no debe haber asistido a la sesión el Magistrado Suplente (porque en ese escenario completaría los siete integrantes que por diseño tiene la Sala Constitucional para evitar estas complicaciones). Como se pudo observar, el espacio para un eventual empate en las votaciones es reducido.³²

Otra manera de pronunciamiento de las sentencias de la Sala Constitucional son las ponencias conjuntas; estas son suscritas por todos los Magistrados sin la identificación de un ponente, es una sentencia propiamente del tribunal y muestra un acuerdo con la decisión y los

³¹ El significado de *mayoría absoluta* (dos terceras partes) que se señala en la Ley del Tribunal Supremo de Justicia, se encuentra definido en el Reglamento Interno del Tribunal Supremo de Justicia, (*publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela número 38.496 del 9 de agosto de 2006*), que establece las normas de la organización interna y de las sesiones de las salas que conforman el Tribunal Supremo de Justicia. Efectivamente, esta forma de funcionamiento resulta aplicable también a la Sala Constitucional porque ésta no cuenta con reglas propias.

³² La justificación de esta característica en la composición de los órganos colegiados en número impar de miembros se encuentra en el procedimiento para la emisión de los votos sobre sus decisiones. Cf. CROSS, Rupert; HARRIS, James. *El precedente en el Derecho Inglés*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 109-115.

fundamentos determinantes que la sustentan. Las ponencias conjuntas son un ejemplo de cómo las prácticas (y no únicamente las leyes o reglamentos) modelan el funcionamiento de los tribunales supremos y cortes constitucionales. Recientemente, la Sala Constitucional ha dictado ponencias conjuntas en casos de interés nacional o relevancia política. Conviene apuntar que cuando la ponencia no es conjunta y la Sala Constitucional aprueba el proyecto presentado por el Magistrado ponente pero sin votos (concurrentes o disidentes) esa sentencia prácticamente es también una sentencia del tribunal. En la realidad, la Sala Constitucional se está manifestando como un tribunal en su conjunto, mediante decisiones conocidas como *per curiam*.³³ Así, las opiniones de los magistrados solo se manifiestan en la sesión privada realizada por la sala en pleno durante la discusión del proyecto de sentencia que presentó el Magistrado ponente, por tanto, las opiniones diversas únicamente son conocidas por ellos.³⁴

Esa forma de funcionamiento de la Sala Constitucional venezolana que parece promover el consenso pero que permite votos disidentes o concurrentes (que en la práctica no son usados o su uso en bastante reducido)³⁵ puede enfrentar diversos problemas; por ejemplo, la falta de

³³ Este tipo de sentencias son definidas por Zaroni como aquellas que se dictan en nombre de la corte como institución, de forma unánime y anónima, en las que si bien hay un juez responsable de la redacción del texto, dicha información no está expuesta al público. Cf. ZARONI, Bruno. Julgamento colegiado e a transparência na deliberação do STF: aportes do direito comparado. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, jul.-dic./2015, versión digital, p. 2.

³⁴ Respecto de la importancia social de la protección del ordenamiento jurídico a través de la creación de una jurisprudencia uniforme y la finalidad pública de la función de las cortes supremas, Luiz Guilherme Marinoni, señala que los precedentes, además tutelar la integridad del ordenamiento jurídico, poseen un aspecto social y ético, dada su influencia directa en la vida de los ciudadanos debido a la previsibilidad de los resultados de las decisiones judiciales, por una parte, y la confianza justificada en los ciudadanos y los actores sociales en cuanto a las consecuencias jurídicas de otro. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme (Dir.). *Legitimidade dos Precedentes: Universalidade das decisões do STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

³⁵ André Rufino do Vale, observó esa forma de funcionamiento en el Tribunal Constitucional de España. Cf. VALE André do. *La deliberación en los tribunales constitucionales: un estudio empírico de las prácticas deliberativas del Tribunal Constitucional de España y del Supremo Tribunal Federal de Brasil*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017, p. 92-93. La cantidad de demandas y recursos así como las sentencias entre los años 2000 al 2004, son clasificadas por Rubén Laguna, sin embargo, no separó en ese estudio las sentencias con votos concurrentes o disidentes ni las ponencias conjuntas. A todo evento, no dejan de ser interesantes las estadísticas que muestra su investigación; véase LAGUNA, Rubén. *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: su rol como máxima y última interprete de la Constitución*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Serie: Trabajo de Grado n. 7, 2005, pp. 289-308. Se debe mencionar que el sitio en Internet del Tribunal Supremo de Justicia presenta fallas desde hace algunos meses, lo que impide en este momento hacer una investigación profunda sobre el tema; una vez superados esos obstáculos, se podrá conocer con precisión la cantidad de decisiones con votos y las ponencias conjuntas en años recientes. Estos problemas de acceso a la información son expuestos por Siddharta Legale en su trabajo sobre la Sala Constitucional venezolana; el autor además de presentar las implicaciones de estas circunstancias en su investigación, lo califica como un asunto relativo a la transparencia de este órgano judicial. Cf. LEGALE, Siddharta. O Tribunal Supremo de Justiça da Venezuela e os males de origem do novo constitucionalismo latino-americano. In: BRANDÃO, Rodrigo (Org.). *Cortes constitucionais e cortes supremas*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 280.



previsibilidad ante una eventual superación de un precedente ya que los cambios o modificaciones futuras en ocasiones se desprenden efectivamente de los votos disidentes o concurrentes.³⁶ Por otro lado, se evitan los inconvenientes relativos a la identificación del precedente ante una corte fragmentada, dividida en la que puede existir dispersión de fundamentos en las decisiones.³⁷

Cuando una decisión del Tribunal Supremo de Justicia cuenta con votos concurrentes o disidentes, estos aparecen en la parte final de la sentencia y también son firmados por todos los Magistrados. De esa forma, el documento que contiene la sentencia se compone por la decisión de la mayoría absoluta (dos terceras partes) separada en tres partes: narrativa, motiva y dispositiva; y, de ser el caso, los votos. Las concurrencias no tienen límites, sin embargo, dadas las reglas de mayoría absoluta, solo puede haber un voto disidente cuando asistan seis Magistrados o dos votos disidentes cuando asistan siete.

Claramente, la organización y funcionamiento de un tribunal colegiado supone complejidad en sus procedimientos decisorios.³⁸ De cualquier manera, la Sala Constitucional venezolana debe funcionar como una corte de precedentes con base en el artículo 335 de la Constitución, lo que en principio requiere ordenar su integración (forma de ingreso, cantidad y duración en el cargo de los Magistrados, así como la organización para la distribución de tareas) y su funcionamiento (la forma para la construcción y publicación de sus decisiones), como pasos indispensables para avanzar en dirección a un sistema de precedentes.

³⁶ Con relación a los votos disidentes y concurrentes en la Corte Suprema estadounidense, véase, GINSBURG, R.; HARTNETT M.; WILLIAMS W. *My Own Words*. New York: Simon & Schuster, 2016, versión digital, p. 463-472. Consúltese también, UNAH, Isaac. *The Supreme Court in American Politics*. New York: Palgrave Macmillan, 2009, p. 136.

³⁷ El problema de la fragmentación es tratado por Zaroni, véase, ZARONI, Bruno. Julgamento colegiado e precedentes: a problemática da dispersão de votos no STF e as *plurality opinions*. In: ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel (Coord.). *O processo civil: entre a técnica processual e a tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 963-975, p. 965-966. Sobre el tema, se debe consultar además el trabajo de Guilherme Klafke y Bruna Pretzel. KLAFKE, Guilherme; PRETZEL, Bruna. *Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas*. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 1, n. 1, p. 89-104, jan 2014.

³⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 75, jul.-sep./1994, versión digital, p. 8.

2 DOS CASOS SOBRE LAS FUNCIONES DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN EL ÁMBITO POLÍTICO VENEZOLANO: DESACATO DE LA ASAMBLEA NACIONAL DESDE 2016 Y LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE 2017

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia 810 del 21 de septiembre de 2016, ratificó el criterio de *desacato institucional e invalidez de actuaciones* establecido por la Sala Electoral en la sentencia número 1 del 11 de enero de 2016 en el caso relativo al proceso electoral realizado en Venezuela el 6 de diciembre de 2015 para elección de diputados a la Asamblea Nacional electa para el período 2016-2021; los efectos prácticos de esta decisión implican la supresión del Poder Legislativo nacional y, en consecuencia, la autorización para la propia Sala Constitucional asumir competencias o atribuírselas al Presidente de la República.³⁹

Es preciso resaltar que mediante las sentencias número 545 del 20 de julio de 2017 y 727 del 25 de septiembre de 2017, la Sala Constitucional venezolana reiteró la situación de desacato de la Asamblea Nacional y con ello, la nulidad de todos sus actos; en la sentencia 545, tratando el caso relativo a la designación de nuevos Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia⁴⁰ y en la sentencia 727, en el caso del nuevo estado de excepción y emergencia económica.⁴¹ No deja de llamar la atención que el desacato fue declarado frente a toda la institución que representa el Legislativo Nacional y no únicamente a los diputados cuyos procesos de elección se impugnaron o la Junta Directiva al proceder al acto de juramentación de los diputados cuyos procesos de elección se impugnaron. Así, la Sala Constitucional

163

³⁹ Véase por ejemplo, la sentencia número 156 del 29 de marzo de 2017 (*publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela número 41.131 del 7 de abril de 2017*), en el que la Sala Constitucional respecto de la creación de empresas mixtas del petróleo, cuya constitución y condiciones de funcionamiento requieren *la aprobación previa de la Asamblea Nacional*, estableció la inexistencia de impedimentos para que el Ejecutivo Nacional constituya empresas mixtas sin aprobación de la Asamblea Nacional, ello, sobre la base de la “situación de desacato y de invalidez de las actuaciones de la Asamblea Nacional”, declarado por la Sala Electoral y ratificado por la propia Sala Constitucional; con base en esos argumentos, se otorgó esa competencia al Presidente de la República.

⁴⁰ La Asamblea Nacional 2011-2016, designó Magistrados del TSJ el 23 de diciembre de 2015 *-trece principales y veintiún suplentes-*, previa jubilación especial y cuando ya se conocían los resultados electorales de Diputados del 6 de diciembre de 2015. Se discute sobre la validez de los actos de la Asamblea Nacional 2011-2016 y se alega que la designación correspondía a la nueva Asamblea Nacional 2016-2021.

⁴¹ Decreto de Estado de Excepción y Emergencia Económica número 3.074 del 11 de septiembre de 2017, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela número 41.237 del 15 de septiembre de este mismo año.



suprimió uno de los poderes públicos, el Poder Legislativo y construyó la figura del *desacato institucional*.

El precedente establecido en el caso de la Asamblea Nacional, amplía el entendimiento del desacato expresado por la Sala Constitucional del TSJ en la sentencia número 245 del 9 de abril de 2014, (*caso: Alcalde del Municipio San Diego del estado Carabobo*), en el sentido de sancionar con nulidad los actos de toda la Asamblea Nacional y no solo ordenar la prisión de los responsables del incumplimiento del mandato de amparo cautelar, probablemente esto debido a la limitaciones para imponer la sanción de prisión debido a la inmunidad de la cual gozan los diputados de la Asamblea Nacional y no los alcaldes.⁴² Es imperioso resaltar que la argumentación de la Sala Constitucional estuvo orientada a demostrar el desacato, sin embargo, no fue debidamente analizado el hecho relativo a la imposición de la sanción a una institución, que fue lo que en definitiva ocurrió.

Ciertamente, la Sala Constitucional está facultada para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las omisiones de los demás poderes en cualquiera de sus niveles (numeral 7 del artículo 336 constitucional y el numeral 7 del 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), lo que pareciera sustentar en determinados casos la tesis del reenvío de asuntos a la Asamblea Nacional, como mecanismo para evitar la sustitución de la Sala Constitucional en otro poder, dejando abierta la posibilidad para la modulación de los efectos de sus sentencias, sin dejar de garantizar la fuerza de sus decisiones, por ejemplo, estableciendo plazos para el cumplimiento de lo ordenado; ahora bien, ello no significa que se encuentra habilitada para suprimir, redistribuir y suplir las funciones de los poderes públicos.

El modelo de cortes supremas, que supone una relación entre los propios miembros del Poder Judicial, da lugar a una particular conformación de relación entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo, en la cual la Corte Suprema ocupa la posición de aliado del Poder Legislativo en la tarea de promoción del imperio del Derecho. Estableciéndose allí, una clara relación de

⁴² Cabe observar que con relación a la inmunidad parlamentaria, en la sentencia número 155 del 28 de marzo de 2017, (*caso: Aplicación de la Carta Interamericana OEA*), la Sala Constitucional señaló que ésta sólo ampara “los actos desplegados por los diputados en ejercicio de sus atribuciones constitucionales (lo que no resulta compatible con la situación actual de desacato en la que se encuentra la Asamblea Nacional), sin embargo, mediante “aclaratoria” de fecha 1 de abril de 2017 (*publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela número 41.131 del 7 de abril de 2017*), la Sala explicó que solo hizo referencia en la motiva a la inmunidad parlamentaria, mas no en su dispositiva, que se trataba de un señalamiento aislado en la motiva y procedió a revocar lo expresado en ese sentido, no obstante se mantuvo lo referente al desacato del legislativo nacional.

colaboración.⁴³ En efecto, la función de atribuir sentido al derecho de esos tribunales precisa reconocer que el Poder Judicial trabaja al lado del Poder Legislativo para la producción y madurez del ordenamiento jurídico.⁴⁴ Debe existir una especie de dialogo con el poder legislativo -y con las otras ramas del poder público-, que es uno de los ámbitos de desarrollo de la doctrina del precedente.⁴⁵

El segundo caso a comentar, es el relativo a la Asamblea Nacional Constituyente de 2017, (cuyo objeto es nada menos que “transformar el Estado, redactar una nueva Constitución y crear un nuevo ordenamiento jurídico”), aquí la Sala Constitucional mediante sentencia número 378 del 31 de mayo de 2017, en interpretación de los artículos 347 y 348 constitucionales, estableció que *no es necesario, ni constitucionalmente obligante, un referéndum consultivo previo para la convocatoria para la Asamblea Nacional Constituyente*. Ahora bien, la Constitución distingue entre “iniciativa” (previa a la consulta popular) y “convocatoria” (que debe ser autorizada mediante referendo).⁴⁶

Así, con base en la “iniciativa” sin consulta electoral avalado por la Sala Constitucional, el Presidente de la República, efectuó la “convocatoria” (*rectius*: iniciativa) mediante el Decreto 2.830 del 1º de mayo de 2017.⁴⁷ La sentencia argumenta que la aprobación de la nueva Constitución debe ser aprobada mediante referendo, no obstante, conviene resaltar que la Asamblea Nacional Constituyente venezolana actualmente posee una amplia gama de funciones y las ha ejercido casi ilimitadamente desde el primer día de su instalación.⁴⁸ A la

165

⁴³ MITIDIÉRO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 64-65.

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento Colegiado e Precedente. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 264, fev./2017. p. 1.

⁴⁵ Así lo sugiere Diego López Medina, quien con referencia al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia (Ley 1437 de 2011 publicada en el Diario Oficial N° 47.956 de 18 de enero de 2011), señala que ese instrumento diseñó e introdujo nuevos y más fuertes mecanismos procesales propios para obligar a las entidades administrativas a obedecer la doctrina judicial clara, forzándolas a pronunciarse sobre el punto. Y adicionalmente estableció una acción ante el juez contencioso-administrativo donde este puede ordenar tal extensión de la jurisprudencia al caso concreto si la entidad la ha negado previamente. Cf. LÓPEZ MEDINA, Diego. Obediencia judicial y administrativa de los precedentes de las Altas Cortes en Colombia: dos concepciones del fin y uso de la jurisprudencia como fuente del derecho. *Revista Jurídica Precedente*, Cali-Colombia, v. 7, jul.-dic./2015, p. 9-42, p. 35, nota 48, p. 28.

⁴⁶ Sobre las formas democráticas de ejercicio del poder constituyente, véase SARLET, I.; MARINONI, L.; MITIDIÉRO, D. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 109-110.

⁴⁷ Seguidamente, en la sentencia número 455 del 12 de junio de 2017, la Sala Constitucional declaró la constitucionalidad del Decreto Presidencial número 2.878 del 23 de mayo de 2017, publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela número 41.156 del 23 de mayo de 2017, sobre las bases comiciales para la Asamblea Nacional Constituyente.

⁴⁸ Respecto de los límites de una Asamblea Nacional Constituyente, véase SARLET, I.; MARINONI, L.; MITIDIÉRO, D. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 114-115.

fecha, ha establecido que todos los poderes están sometidos a su control, en ese sentido, ratificó al Presidente de la República, Magistrados del TSJ y Rectores del CNE, ordenó investigaciones, removió a la Fiscal General de la República y designó uno nuevo en su lugar, alteró la fecha de elecciones y asumió las competencias de la Asamblea Nacional sobre la base de la figura del desacato *institucional* creado por la propia Sala Constitucional.⁴⁹

3 BREVE REFERENCIA SOBRE EL DISEÑO Y FUNCIONAMIENTO DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL

En Brasil los tribunales de segundo grado usualmente son colegiados.⁵⁰ Por ello, algunos aspectos sobre el diseño y la forma de funcionamiento del Supremo Tribunal Federal de Brasil pueden servir como referencia para el desarrollo de la Sala Constitucional venezolana como una corte de precedentes. Este tribunal teniendo en cuenta las competencias que le corresponde ejercer con base en la Constitución Federal de 1988 con sus enmiendas (así como en atención a las disposiciones del Código de Proceso Civil de 2015), sería el equivalente brasileño de la Sala Constitucional venezolana.⁵¹

El Supremo Tribunal Federal de Brasil cuenta con once jueces a quienes se les denomina Ministros que son nombrados por el Presidente de la República luego que le es presentado el resultado de la elección que corresponde realizar al Poder Legislativo por mayoría absoluta. La

⁴⁹ Entre otros, véanse los Decretos Constituyentes publicados en las gacetas oficiales números 41.216 del 17 de agosto (sobre el Poder Ciudadano), 41.214 del 15 de agosto (ratificación de Magistrados del TSJ), ext. 6.325 del 11 de agosto (ratificación del Poder Electoral), ext. 6.325 del 10 de agosto (ratificación del Presidente de la República), ext. 6.327 del 12 de agosto (convocatoria a elecciones) y ext. número 6.322 del 5 de agosto (designación del Fiscal General). Un trabajo que reúne ensayos en defensa de la inconstitucionalidad de la actual Asamblea Nacional Constituyente en Venezuela, véase BREWER-CARIÁS, Allan; GARCÍA-SOTO, Carlos (Eds.). *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*. Caracas: Jurídica Venezolana, 2017. Disponible en: <<http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/07/ESTUDIOS-SOBRE-LA-AN-CONSTITUYENTE-25-7-2017.pdf>>. Acceso en: 20 dic. 2017.

⁵⁰ A diferencia del sistema estructurado en Venezuela, en Brasil tradicionalmente los tribunales superiores de los estados y los federales son colegiados, ello, con la intención de lograr que las decisiones allí proferidas sean esencialmente fruto de deliberación conjunta. Cf. TALAMINI, Eduardo. *Decisões individualmente proferidas pelos integrantes dos Tribunais: legitimidade e controle (agravo interno)*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JÚNIOR, Nelson (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 180.

⁵¹ Con argumentos en defensa de la creación de una Corte Constitucional en Brasil, cf. MELLO, José. *Da separação de poderes á guarda da constituição: as cortes constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. Por su parte, enseñando diversos factores y aportes para la transformación del Supremo Tribunal Federal de Brasil en un Tribunal o Corte Constitucional, cf. MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: garantia suprema da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 286-308.

designación es vitalicia; ahora bien, la ley regula la jubilación considerando los años de edad de los Ministros (que procede obligatoriamente a los 75 años) o en consideración a los años al servicio de la administración. Para la distribución de tareas el tribunal se divide en dos secciones denominadas *Turmas* de cinco Ministros cada una. Se conoce como *Plenário* a la reunión de los Ministros dirigida por el Presidente; *Turmas* y *Plenário* dividen competencias y funciones. El Presidente del Supremo Tribunal Federal además de las actividades administrativas que le corresponden en razón de ese cargo, ejerce las funciones judiciales como lo hacen el resto de los Ministros. Las decisiones individuales son habituales, ya que el Ministro Relator tiene facultades que le permiten actuar sin necesidad de acudir al colegiado bien sea *turmas* o *Plenário*.⁵²

En cuanto al funcionamiento del tribunal, existe la figura del Ministro Relator, designado para sustanciar el proceso y presentar un informe del caso a los demás Ministros al que se denomina *relatório*. Ese informe es distribuido con anterioridad al acto de deliberación que salvo casos excepcionales, es público e incluso transmitido por televisión e internet.⁵³ En

167

⁵² Ello, en cierta medida también ocurre en Venezuela con las decisiones del Presidente de la Sala Constitucional actuando como Juez de Sustanciación. Una de las diferencias radica en que en Brasil, esa función se delega al Ministro Relator de la causa y no exclusivamente al Presidente de la Sala Constitucional. En Brasil esta forma de funcionamiento se ha justificado en razones de economía procesal y de tutela judicial efectiva. Cf. TALAMINI, Eduardo. Decisões individualmente proferidas pelos integrantes dos Tribunais: legitimidade e controle (agravo interno). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 181.

⁵³ Son diversas las posiciones sobre la relación entre la publicidad y el proceso de deliberación en los órganos colegiados; por ejemplo, Zaroni señala que la deliberación en ciertos ámbitos es más adecuada cuando sucede a puertas cerradas. Cf. ZARONI, Bruno. Julgamento colegiado e a transparência na deliberação do STF: aportes do direito comparado. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, jul.-dic./2015, versión digital, p. 4. Al respecto, Cesar Peluso (exministro del STF) se mostró en contra de las transmisiones en vivo de las sesiones del Supremo Tribunal Federal porque distorsionan la realidad y modifican la conducta de quien juzga; agregó que la publicidad es términos absolutos no es buena, sin embargo, en su momento sostuvo que más allá del uso de la televisión criticó al sistema decisorio del tribunal. Recondo, F.; Gallucci, M.; Nogueira, R. O Estado de S.Paulo. Entrevista com: Cesar Peluso. “Somos o único país que tem quatro instâncias recursais”. *Estadão Jornal Digital*, São Paulo, 2010, 28 de diciembre. Disponible en: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,somos-o-unico-pais-que-tem-quatro-instancias-recursais-imp,-658966>>. Acceso en: 11 nov. 2017. Por su parte, Luís Roberto Barroso, sostiene que la transmisión en vivo ha otorgado transparencia y legitimidad democrática al Supremo Tribunal Federal de Brasil. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 438, nota 194. Existen estudios sobre el proceso decisorio enfocados específicamente en el Supremo Tribunal Federal de Brasil, conviene consultar, entre otros: MENDES, Conrado. *Constitutional Courts and deliberative Democracy*. United Kingdom: Oxford University Press, 2013. SILVA, Virgílio da. Deciding without Deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, New York: Oxford University Press, v. 11, n. 3, jul. 2013, p. 557-584. Disponible en: <<https://academic.oup.com/icon/article/11/3/557/789359>>. Acceso en: 10 jun. 2017. En el mismo sentido, mostrando algunos de los resultados del estudio realizado sobre las prácticas deliberativas del Supremo Tribunal Federal brasileño, cf. SILVA, Virgílio da. Do we deliberate? If so, how?. *European Journal of Legal Studies*, Florence: European University Institute, v. 9, n. 2, abr. 2017, p. 209-240. Disponible en: <<https://ejls.eui.eu/issues/spring-2017/>>. Acceso en: 10 jun. 2017.

ese acto, cada juez expresa las conclusiones y los fundamentos de su voto, que además es planteado formalmente para ser reflejado en la sentencia respectiva. Ahora bien, la opinión del Ministro Relator solo se conoce en la sesión dispuesta para decidir sobre el merito del asunto, momento en el cual los Ministros restantes manifiestan su opinión. Las decisiones del Supremo Tribunal Federal de Brasil (conocidas como *acórdão*⁵⁴) son del tipo *seriatim* dado que cada juez emite una opinión para cada caso⁵⁵ lo que genera problemas para la identificación de las

KLAFKE, Guilherme; PRETZEL, Bruna. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 1, n. 1, jan. 2014, p. 89-104. Un estudio empírico comparado, véase VALE, André do. *La deliberación en los tribunales constitucionales: un estudio empírico de las prácticas deliberativas del Tribunal Constitucional de España y del Supremo Tribunal Federal de Brasil*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017. Los resultados de la investigación dirigida por la Fundação Getulio Vargas (FGV) denominada Historia Oral do Supremo (1988-2013), contienen grandes e interesantes aportes sobre el tema relativo al proceso decisorio del Supremo Tribunal Federal de Brasil; más información disponible en: <<http://historiaoraldosupremo.fgv.br/>> Acceso en: 1 nov. 2017. Recientemente, en una tesis del doctorado en Economía de la Fundação Getulio Vargas (FGV) de São Paulo, realizada por Felipe de Mendonça Lopes, se analizaron las acciones directas de inconstitucionalidad entre los años 1988 y 2015, y se constató que desde 2002, año en que las sesiones del Supremo Tribunal Federal se transmiten en vivo, los votos de los Ministros son más largos lo que según sus conclusiones perjudica la eficiencia del tribunal. Véase CARVALHO, Luiz. “Sessões do Supremo na TV alongam votos de ministros”. *Estadão Jornal Digital*. São Paulo. 25 de diciembre 2017. Disponible en: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,sessoes-do-supremo-na-tv-alongam-votos-de-ministros,70002097272>>. Acceso en: 10. dic. 2017. Se espera que el texto integro del trabajo sea publicado próximamente en el siguiente sitio de internet <<http://eesp.fgv.br/pesquisa/teses-de-doutorado>> último acceso en 11 dic. 2017.

⁵⁴ No solo se denominan *acórdão* a las decisiones del Supremo Tribunal Federal, conforme el artículo 204 del Código de Proceso Civil de Brasil de 2015, *acórdão* es el resultado del juzgamiento de todos los órganos colegiados y lo conforman el relatorio, la fundamentación y el dispositivo; además, aunque no es reconocido como un elemento indispensable, el *acórdão* debe contener la *ementa* que se puede calificar como un resumen del juzgamiento. En tal sentido, véase CABRAL, Antonio; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 344-345. Cf., también, SOUZA, Marcelo de. *Comentários ao art. 204 do CPC*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 699-700. En comentarios al artículo 163 del Código de Proceso Civil de Brasil de 1973 (prácticamente reeditado en el artículo 204 del CPC/15), Egas Moniz de Aragão que la denominación *acórdão* es tradicional en Brasil y se refiere a la convergencia de opiniones en que se consubstancian las decisiones de los tribunales colegiados. Además, el autor resalta la diferencia entre juzgamiento (pronunciamiento de los tribunales) y *acórdão* (la forma escrita del juzgamiento de las jueces que integran el colegiado). Cf. ARAGÃO, Egas de. *Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. v. II, arts. 154-269. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 57-59. Sobre la estructura de la sentencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil, véase además, VALE André do. *La deliberación en los tribunales constitucionales: un estudio empírico de las prácticas deliberativas del Tribunal Constitucional de España y del Supremo Tribunal Federal de Brasil*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017, p. 214-226.

⁵⁵ Cf. CORLEY, Pamela. *Concurring Opinion Writing on the U.S. Supreme Court*. New York: State University of New York Press, 2010, p. 13. Esa forma de funcionamiento ha sido criticada y en ocasiones comparada con un archipiélago de once islas, con referencia a la cantidad de Ministros que integran el Supremo Tribunal Federal de Brasil. Cf. Mendes, Conrado. (2010, 1 de fevereiro). Onze ilhas. *Folha de São Paulo*, version digital. Disponible en: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>>. Acceso en: 1 nov. 2017. E ese sentido, véase igualmente, FONTAINHA, Fernando de Castro; SILVA, Angela Moreira Domingues da; NUÑEZ, Izabel Saenger (Orgs.). *História oral do Supremo (1988-2013)*. v.3: Sepúlveda Pertence. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2015, p. 115-116. Disponible en: <<http://historiaoraldosupremo.fgv.br/entrevistados/sepulveda-pertence>> Acceso en: 17 nov. 2017. Pareciera haber aquí una relación con la comparación que se hace de la Suprema Corte estadounidense con nueve pequeños bufetes

razones determinantes que sustentan las decisiones considerando la tendencia a la dispersión de fundamentos en esta forma de juzgamiento colegiado.⁵⁶

Las decisiones de los casos en materia constitucional requieren la probación de la mayoría absoluta siendo el *quórum* mínimo de ocho de los once ministros, en otros casos se requiere el voto favorable de seis de ellos. La Constitución, la Ley y el Reglamento Interno del Supremo Tribunal Federal contienen disposiciones sobre *quórum* para las sesiones y el modo de votaciones para cada caso.⁵⁷

La elección vitalicia de los ministros del Supremo Tribunal Federal de Brasil, en cierta medida garantiza la diversidad de ideas dentro del colegiado toda vez que al haber sido designados en momentos históricos diferentes difícilmente ellos coincidan en las mismas posiciones sobre los diversos casos tratados en el tribunal. Este es solo uno de los factores que inciden en la forma de juzgamiento.⁵⁸ A todo evento, los ministros del Supremo Tribunal Federal de Brasil efectivamente cumplen una serie de requisitos profesionales y académicos.

de abogados. Cf. Tushnet cita al *Justice* Lewis F. Powell, quien describió la Corte como nueve pequeños bufetes de abogados independientes [nine small, independent law firms]. Cf. TUSHNET, Mark. *Making Constitutional Law: Thurgood Marshall and the Supreme Court, 1961-1991*. New York: Oxford University Press, 1997, p. 56-57. Baum, indica que la frase del Juez Powell proviene de un texto denominado “What the Justices are saying”. publicado por la *American Bar Association* en el *Journal* 62 de noviembre de 1976 Cf. BAUM, Laurence. *A Suprema Corte Americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987 [1985], p. 225, nota 43. Sin embargo, en cada caso se usa la comparación para ilustrar momentos distintos del proceso decisorio, esto es, la forma de construcción de las opiniones en la Corte Suprema estadounidense frente a la forma de publicación de las decisiones del Supremo Tribunal Federal de Brasil. Cf. KLAFKE, Guilherme; PRETZEL, Bruna. *Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas*. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 1, n. 1, jan. 2014, p. 91-94.

⁵⁶ En ese sentido, véase MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento Colegiado e Precedente*. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 264, fev./2017, p. 3-4. Igualmente, MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedente, decisão majoritária e pluralidade de fundamentos: um sério problema no direito estadunidense*. *Revista de Processo Comparado*, v. 5, en.-jun./2017, versión digital, p. 1-2. Por su parte, Zaneti propone que el problema de las decisiones de órganos colegiados, en las cuales los temas enfrentados en los votos no necesariamente hayan sido decididos por todos los juzgadores, solo serán considerados fundamentos determinantes aptos para formar la *ratio decidendi* aquellos efectivamente debatidos o incorporados por el voto de los jueces en una decisión colegiada, siendo que los fundamentos no refrendados no pueden ser objeto de *ratio decidendi*. ZANETI, Hermes. *El Valor Vinculante de los Precedentes: Teoría de los Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*. Lima: Raguel, 2015, p. 493.

⁵⁷ En tal sentido, véase artículo 103-A de la Constitución Federal de 1988 (introducido en la enmienda constitucional de 2004), relativo al *quórum* necesario para la aprobación de súmulas; la Ley número 9.868/99 sobre la acción directa de inconstitucionalidad y de la acción declaratoria de constitucionalidad ante el Supremo Tribunal Federal, que también establece reglas sobre *quórum*; y el Reglamento Interno del Supremo Tribunal Federal cuya última modificación fue aprobada en el año 2016.

Con respecto al orden de las votaciones, véase VALE, André do. *La deliberación en los tribunales constitucionales: un estudio empírico de las prácticas deliberativas del Tribunal Constitucional de España y del Supremo Tribunal Federal de Brasil*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017, p 174-176.

⁵⁸ Véase por ejemplo, BARBOSA MOREIRA José Carlos. *Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado*. *Revista de Processo*, v. 75, jul.-sep./1994.



Con un sistema que garantice diversidad en el proceso de elección y designación, la variación en la duración en el cargo de estos jueces, es un tema de diseño que se debe considerar. Son todo menos irrelevantes los casos que ha decidido el Supremo Tribunal Federal de Brasil, desde la definición del matrimonio, la enseñanza de religión en las escuelas públicas hasta la permanencia del Presidente de la República en su cargo; ello muestra que la función de las cortes constitucionales o tribunales supremos en asuntos sociales y políticos de relevancia nacional, no son exclusivos de Venezuela o de Brasil, se trata de temas que estos órganos tienen que abordar y su efectivo tratamiento es directamente proporcional con la adecuada arquitectura e ingeniería del tribunal.

CONCLUSIONES

La función de las máximas instancias judiciales en materia de interpretación sobre el contenido y alcance de la Constitución se sustenta en la necesidad de otorgar integridad y coherencia a los ordenamientos jurídicos, con ello, la estabilidad, razonabilidad y seguridad en las soluciones que se proponen a los conflictos entre los ciudadanos que no solo se limita a las partes de un proceso sino que se extiende a todo el grupo social más aún en los casos políticos. A todo evento, la existencia de una última instancia de interpretación de la Constitución es indispensable dentro de un Estado Constitucional Democrático, lo que no impide en determinados casos el dialogo de estas instancias con los demás poderes públicos mediante la practica adecuada del efecto externo o ampliado de los precedentes judiciales.

La Sala Constitucional es un órgano colegiado que integra el Tribunal Supremo de Justicia que a su vez forma parte el Poder Judicial venezolano. Sus decisiones del tipo *per curiam*, son producto de un proceso esencialmente deliberativo privado. Salvo excepciones, las audiencias son públicas y sus expedientes son de libre acceso. Las sentencias son pronuncias por la Sala Constitucional mediante las llamadas ponencias conjuntas o a través de la ponencia de uno de sus siete Magistrados con la firma en señal de aprobación de los seis restantes. Los votos disidentes o concurrentes están permitidos pero actualmente su uso es limitado, lo que lleva a pensar en la Sala Constitucional como un tribunal que promueve el consenso; no se puede afirmar en este momento que esto se deba al factor político del proceso de designación de los Magistrados.

Las cuestiones sobre la arquitectura e ingeniería de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano han influenciado directamente la actual situación institucional del país, debido por una parte al diseño del modelo del tribunal (cantidad de jueces, forma de ingreso, duración de los jueces en el cargo y organización para la distribución de tareas) y por la otra, la forma en la que ésta construye sus sentencias (admisión, deliberación, decisión y publicación). El sistema de precedentes está elaborado fundamentalmente para un modelo de cortes supremas, por ello, la integración y forma de funcionamiento de estos tribunales debe ser revisada.

En Venezuela es preciso que sea revisado el procedimiento para la designación de jueces que conforman esa máxima instancia que no puede continuar estando basado definitivamente en las mayorías en la Asamblea Nacional; la necesidad de establecimiento de un sistema que respete las minorías evidencia que el acuerdo inclusivo entre las diversas tendencias políticas sobre los futuros miembros del máximo tribunal constitucional venezolano.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, más allá de su denominación o ubicación dentro de la estructura del Estado, funcionando bajo las reglas y practicas adecuadas, puede ajustarse al modelo de precedentes incorporado en el ordenamiento jurídico venezolano a partir del artículo 335 de la Constitución de 1999. Una vez que en Venezuela se cuente con los miembros idóneos y las reglas o prácticas adecuadas, se podrá dar el siguiente paso para el establecimiento de la teoría de los precedentes en el Poder Judicial venezolano como sistema judicial adecuado al Estado Constitucional Democrático.

La experiencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil debe ser observada con detenimiento. Las particularidades del diseño modelado para la integración y funcionamiento del Supremo Tribunal Federal tienen mucho que aportar para la estructura organizativa judicial venezolana más aún tratándose de un sistema judicial que tradicionalmente se organiza con órganos colegiados cuyos procedimientos son naturalmente complejos. No se trata de adoptar prácticas sin ningún tipo de distinción sino de considerar factores que pudieran tener o no resultados positivos si en efecto se piensa en un modelo adecuado de corte de precedentes, tales como la forma de selección y duración en el cargo de los Ministros, sus prácticas deliberativas, el proceso decisorio, la forma de comunicación de sus decisiones y, finalmente pero de ninguna forma menos importante, el dialogo que mantiene con la academia brasileña. Desde otra óptica, no cabe duda que ciertos aspectos de la arquitectura e ingeniería del Tribunal Supremo de Justicia venezolano pueden hacer importantes aportes al Supremo Tribunal Federal de Brasil.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Egas de. *Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. v. II, arts. 154-269. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BREWER-CARÍAS, Allan; GARCÍA-SOTO, Carlos (Eds.). *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*. Caracas: Jurídica Venezolana, 2017. Disponible en: <<http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/07/ESTUDIOS-SOBRE-LA-AN-CONSTITUYENTE-25-7-2017.pdf>>. Acceso en: 20 dic. 2017.

BRICEÑO LEÓN, Humberto. *Derecho Administrativo y Separación de Poderes: USA, Francia y Alemania*. Caracas: Paredes. Serie Cuadernos. Ediciones, 2012.

_____. El *Common Law* y el derecho continental: tendencias en el Derecho Público contemporáneo. *Revista de Derecho Público*, n. 46, (pp. 35-41), Caracas, 1991.

_____. El Precedente Judicial y el *Writ of Certiorari* en Venezuela y en los Estados Unidos de América. *II Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional La Justicia Constitucional en el Estado Social de Derecho*. Caracas: FUNEDA, 2012.

CABRAL, Antonio; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CANOTILHO, José. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CORLEY, Pamela. *Concurring Opinion Writing on the U.S. Supreme Court*. New York: State University of New York Press, 2010.

CROSS, Rupert; HARRIS, James. *El precedente en el Derecho Inglés*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

CUCARELLA, Luis-Andrés. Tribunales constitucionales y retos individuales y de protección colectiva en el sistema europeo de control de constitucionalidad. In: PEGORARO, Lucio (Coord.). *Tribunales y justicia constitucional*. Homenaje a la Corte Constitucional colombiana. Bogotá: Universidad Libre, p. 95-127, 2017.

DIDIER Jr., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da

jurisprudência. *Revista da Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas*, v. 18, n. 36, p. 114-132, 2015.

DUQUE CORREDOR, Román. La Sala Constitucional contemplada en la Constitución de 1999. In: PARRA, Fernando (Coord.). *Estudios de Derecho Público*. v. 1, n. 3. Colección de Libros Homenaje. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2004.

FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004.

GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Pensamiento jurídico contemporáneo 3. Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 2011. Disponible en: <<https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/publicaciones-de-la-corte-constitucional/product/view/2/21.html>>. Acceso: 30 en. 2017.

GINSBURG, R.; HARTNETT M.; WILLIAMS W. *My Own Words*. New York: Simon & Schuster, 2016.

GROSSMAN, Joel; EPP, Charles. Agenda Formation on the Policy Active U.S. Supreme Court. In: ROGOWSKI, Ralf; GAWRON, Thomas (Eds.). *Constitutional courts in comparison: the U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*. New York: Berghahn Books, p. 103-124, 2002.

HONNETH, Axel. *El Derecho de la Libertad. Esbozo de una eticidad democrática*. Madrid: Katz. Traducción al español por Graciela Calderón, 2014.

KLAFKE, Guilherme; PRETZEL, Bruna. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 1, n. 1, p. 89-104, jan 2014. Disponible en: <<http://www.reedpesquisa.org/ojs-2.4.3/index.php/reed/article/view/8>>. Acceso: 18 nov. 2017.

LAGUNA, Rubén. Carácter Vinculante de las sentencias de la Sala Constitucional. In: PARRA, Fernando (Coord.) *Estudios de Derecho Público*. v. 1, n. 3, Colección de Libros Homenaje. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2004.

_____. *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: su rol como máxima y última interprete de la Constitución*. Serie: Trabajo de Grado n. 7. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2005.

LEGALE, Siddharta. O Tribunal Supremo de Justiça da Venezuela e os males de origem do novo constitucionalismo latino-americano. In: BRANDÃO, Rodrigo (Org.). *Cortes constitucionales e cortes supremas*. Salvador: Juspodivm, 2017.

LÓPEZ MEDINA, Diego. Obediencia judicial y administrativa de los precedentes de las Altas Cortes en Colombia: dos concepciones del fin y uso de la jurisprudencia como fuente del derecho. *Revista Jurídica Precedente*, Cali-Colombia, v. 7, p. 9-42, jul.-dic./2015. Disponible

en: <<https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/2202/2833>>. Acesso: 30 sep. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento Colegiado e Precedente. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 264, fev./2017.

_____. Precedente, decisão majoritária e pluralidade de fundamentos: um sério problema no direito estadunidense. *Revista de Processo Comparado*, v. 5, en.-jun./2017.

_____. *Cultura, unidad del derecho y cortes supremas*. Lima: Raguel, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme (Dir.). *Legitimidade dos Precedentes: Universalidade das decisões do STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, José. *Da separação de poderes á guarda da constituição: as cortes constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1968.

MENDES, Conrado. *Constitutional Courts and deliberative Democracy*. United Kingdom: Oxford University Press, 2013.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: garantia suprema da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PEGORARO, Lucio *Tribunales y justicia constitucional. Homenaje a la Corte Constitucional colombiana*. Bogotá: Universidad Libre, 2017. Disponible en: <<http://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/10468>>. Acesso: 30 sep. 2017.

RONDÓN DE SANZO, Hildegard. *Ab imis Fundamentis: análisis de la Constitución venezolana de 1999*. Caracas: Exlibris, 2013.

SARLET, I.; MARINONI, L.; MITIDIERO, D. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Virgílio da. Deciding without Deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, New York: Oxford University Press, v. 11, n. 3, p. 557-584, jul. 2013. Disponible en: <<https://academic.oup.com/icon/article/11/3/557/789359>>. Acesso en: 10 jun. 2017.

_____. Do we deliberate? If so, how? *European Journal of Legal Studies*, Florence: European University Institute, v. 9, n. 2, p. 209-240, abr. 2017. Disponible en: <<https://ejls.eui.eu/issues/spring-2017/>>. Acesso en: 10 jun. 2017.

SOUZA, Marcelo de. Comentários ao art. 204 do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.



TALAMINI, Eduardo. Decisões individualmente proferidas pelos integrantes dos Tribunais: legitimidade e controle (agravo interno). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JÚNIOR, Nelson (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TARUFFO, Michele. Precedente y jurisprudencia. *Revista Jurídica Precedente*, Cali-Colombia, p. 86-99, Anuario jurídico 2007. Disponible en: <<https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/1434>>. Acceso en: 2 feb. 2017.

_____. El precedente judicial en los sistemas de *Civil Law*. *Revista IUS ET VERITAS*, n. 45, dic./2012. Disponible en: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11991>>. Acceso: 30 sep. 2017.

TUSHNET, Mark. *¿Por qué la Constitución importa?* Traductor Alberto Supelano. Bogotá: Kimpres, 2012.

UNAH, Isaac. *The Supreme Court in American Politics*. New York: Palgrave Macmillan, 2009.

VALE, André do. *La deliberación en los tribunales constitucionales: un estudio empírico de las prácticas deliberativas del Tribunal Constitucional de España y del Supremo Tribunal Federal de Brasil*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017.

ZANETI, Hermes. *A constitucionalização do processo. O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *El Valor Vinculante de los Precedentes: Teoría de los Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*. Lima: Raguél, 2015.

_____. Cortes Supremas e Interpretação do direito. In: GALLOTTI, Isabel (Coord.). *O papel de jurisprudência do STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 177-200, 2014.

_____. Precedentes (*treat like cases alike*) e o novo Código de Processo Civil: universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da “jurisprudência persuasiva” como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, v. 235, sep./ 2014.

ZARONI, Bruno. Julgamento colegiado e a transparência na deliberação do STF: aportes do direito comparado. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, jul.-dic./2015.

_____. Julgamento colegiado e precedentes: a problemática da dispersão de votos no STF e as *plurality opinions*. In: ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel (Coord.). *O processo civil: entre a técnica processual e a tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 963-975, 2017.

Submissão: 30/09/2017
Aceito para Publicação: 13/03/2018



A IMUNIDADE MATERIAL PARLAMENTAR E O DISCURSO DE ÓDIO: UMA PERSPECTIVA A PARTIR DOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA IMPESSOALIDADE

THE PARLIAMENTARY MATERIAL IMMUNITY AND THE DISCOURSE OF HATE: A PERSPECTIVE FROM THE PRINCIPLES OF MORALITY AND IMPESSOALITY

Patricia Nonose Rizzieri*

Caio Eduardo Costa Cazelatto**

Antonio Carlos Segatto***

RESUMO: Os parlamentares, na qualidade de representantes do povo, gozam de prerrogativas, como as imunidades, para exercerem, com independência, as suas funções laborais e políticas. Todavia, essas não podem ser consideradas absolutas, muito menos serem praticadas abusivamente, especialmente quando inviabilizam ou violam direitos de terceiros, como ocorre com a prática do discurso de ódio. Diante disso, a presente pesquisa analisou, por meio do levantamento bibliográfico, as imunidades parlamentares, sobretudo a material, na atuação desses agentes públicos. Para tanto, utilizou-se como fundamentos limítrofes a estas os princípios da moralidade e da impessoalidade administrativas. Nesse sentido, verificou-se que as condutas não condizentes com a postura exigida pelos princípios constitucionais, como as palavras, as opiniões e os votos que estimulem a violência, a segregação e o preconceito, isto é, que se caracterizem como discursos de ódio contra determinado grupo ou minoria vulnerável, não estão abarcadas pela imunidade material parlamentar.

PALAVRAS-CHAVE: Discurso de ódio. Imunidade Parlamentar. Impessoalidade. Liberdade de expressão. Moralidade.

SUMÁRIO: Introdução. 1 O Regime Jurídico das Imunidades Parlamentares. 2 A Moralidade e a Impessoalidade Administrativas Enquanto Limites às Imunidades Parlamentares. 3 Desconsideração da Imunidade Material Parlamentar em Decorência do Discurso de Ódio. Considerações Finais. Referências.

ABSTRACT: *Parliamentarians, as representatives of the people, enjoy prerogatives, such as parliamentary immunities, to exercise their labor and political functions independently. However, these can not be considered absolute, much less be misused, especially when they make the rights of third parties unfeasible or violate, as is the case with hate speech. In view of this, the present research analyzed, through the bibliographical survey, the parliamentary immunities, especially material, in the performance of these public agents. For this purpose, the principles of administrative morality and impersonality were used as the basis for these prerogatives. In this sense, it was verified that conduct that does not conform to the posture required by constitutional principles, such as words, opinions and votes that stimulate violence, segregation and prejudice, that is, characterized as discourses of hatred against vulnerable group or minority, are not covered by parliamentary material immunity.*

KEYWORDS: *Hate speech. Parliamentary Immunity. Impersonality. Freedom of expression. Morality.*

* Discente do Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado da Universidade Estadual de Londrina (UEL), Paraná. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM), Paraná.

** Mestre em Ciência Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR), Paraná. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM), Paraná. Membro do Centro de Investigação Jurídico-Econômica (CIJE) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Portugal.

* Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito Negocial pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual de Londrina (UEL), Paraná. Professor da faculdade de Direito da Universidade Estadual de Maringá (UEM), Paraná.

INTRODUÇÃO

Em uma sociedade cada vez mais globalizada e informatizada, os contornos da liberdade de expressão e o discurso de ódio ganham cada vez mais notoriedade no cenário científico, especialmente o jurídico. A preocupação acerca da temática fica mais acirrada quando envolve as imunidades parlamentares e os discursos legislativos.

É fato que a manutenção do efetivo regime democrático e o equilíbrio entre os poderes judiciário, executivo e legislativo dependem de diversos institutos jurídicos, sobretudo, ao que diz respeito ao Poder Legislativo, das imunidades que esses agentes são revestidos, as quais constituem direitos e deveres desse segmento. Entre elas, há a imunidade material, a qual garante a liberdade de opinião, palavra e voto ao parlamentar, e a imunidade formal, a qual garante ao agente parlamentar a não ocorrência de prisões ilegais ou arbitrárias. No entanto, o foco do trabalho será direcionado à primeira categoria.

Considerando a importância da figura dos legisladores, é pertinente analisar não apenas os seus discursos, mas também as suas condutas: se são razoáveis e compatíveis com sua função, se atendem aos princípios constitucionais, se otimizam a busca pelo interesse coletivo, dentre outros fatores. Também devem ser objetos de investigação as condições externas, como as circunstâncias em que inserem suas ideias e a forma como o fazem. Só então será cabível um julgamento coerente acerca da aplicação da imunidade parlamentar como prerrogativa necessária.

Para tanto, foram examinados, por meio da revisão narrativa e do levantamento bibliográfico, os quais consistem em pesquisar, crítico e meticulosamente, em obras doutrinárias, periódicos, legislação, reportagens e documentos eletrônicos o que já foi produzido acerca dos princípios da moralidade e da impessoalidade administrativa como vetores constitucionais que devem mover as condutas dos parlamentares, em especial os atos discursivos de ódio, e da consequente quebra do decoro parlamentar, incluindo-se, aqui, a análise de casos específicos de parlamentares que oportunizaram discussões da desconsideração das imunidades desses agentes políticos.

1 O REGIME JURÍDICO DAS IMUNIDADES PARLAMENTARES

Com origem na *Bill of Rights* da Inglaterra, as imunidades parlamentares *freedom of speech* (liberdade de palavra) e *freedom from arrest* (imunidade em face de prisão) foram

consagradas após a Revolução Gloriosa de 1688, com a finalidade de resguardar um parlamento independente, que pudesse usufruir dessas liberdades sem a responsabilização pelas suas opiniões proferidas naquele recinto. Seriam poupados, assim, das eventuais arbitrariedades do monarca.

Era uma época em que a mudança se fazia necessária diante dos abusos do absolutismo inglês, que se estendia desde o século XV. Fatores como a intolerância religiosa, as crises econômicas e as tentativas de maior concentração do poder deixaram clara a necessidade de circunscrever os poderes do rei. Nesse cenário, o modelo do absolutismo monárquico dava sinais de enfraquecimento, culminando na referida revolução, cujo fim abriu espaço ao absolutismo parlamentar (BRITO, 2016).

Na América, o instituto das imunidades parlamentares foi difundido pelos Estados Unidos que, na mesma direção, estabeleceram, em sua Constituição Federal de 1787 a aplicação da imunidade às opiniões e aos debates realizados dentro do parlamento americano (EUA, 1787).

Seguindo essa influência, a imunidade parlamentar brasileira ganhou espaço na Constituição Federal de 1824, no contexto do Império brasileiro, em especial no Segundo Reinado, destacando-se por permitir aos agentes, desde os republicanos até os abolicionistas, manifestarem-se, mesmo contrariamente ao regime monárquico (BRASIL, 1824).

Essa liberdade parlamentar foi adotada pela Constituição Brasileira de 1988, especificamente em seu art. 1º, fundamentando-se na premissa de que o poder emana do povo e que esse poder seria exercido por meio de seus representantes. Visando fortalecer essa ideia, foi criado o Estatuto do Congressista, previsto nos arts. 53 a 56 da Constituição Federal, que além de elencar um conjunto de normas com prerrogativas e proibições a esses agentes políticos (BRASIL, 1988), também assegurou a liberdade do representante do povo ou do Estado-membro no Congresso Nacional, como garantia da independência do próprio parlamento e da sua existência (MENDES; GONET, 2014, p. 928).

Com tal flexibilização, formaram-se diferentes teorias doutrinárias acerca da temática, merecendo destaque, como apontam Lênio Luiz Streck e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Dierle Nunes, três delas: a Teoria Ultracorporativista, a qual defende as imunidades parlamentares tanto dentro quanto fora do recinto parlamentar, que deverá se mantendo, inclusive, após o término do mandato do agente; a Teoria Extremista, a qual sustenta a extinção das imunidades, sejam estas materiais, sejam estas formais, por considerarem que as condutas

abusivas praticadas dentro ou fora do espaço congressional são privilégios; e, por fim, a Teoria Moderada, a qual adota a ideia de que as imunidades são necessárias, desde que limitadas, buscando evitar o corporativismo e as ações abusivas (STRECK; OLIVEIRA, 2013, p. 1254).

Acerca dessas correntes, André Ramos Tavares defende a aplicação desse privilégio ainda que as suas condutas sejam manifestadas fora das funções ligadas aos deveres parlamentares, visando garantir a independência desses agentes públicos (TAVARES, 2013, p. 977). Apesar disso, a Teoria Moderada é a que prevalece doutrinária e jurisprudencialmente^{1 2 3 4}.

Nessa perspectiva a imunidade parlamentar se demonstra como uma das prerrogativas básicas dos legisladores no exercício do mandato, José Miguel Garcia MEDINA (2012, p. 287) as classifica em: inviolabilidade ou imunidade material, a qual se encontra no artigo 53, *caput* da CF; imunidade propriamente dita, de caráter processual, conforme artigo 53, §1º, CF; restrições quanto à prisão, artigo 53, §2º, CF; e possibilidade de sustação de ação penal movida contra si, artigo 53, §§ 3º a 5º, CF.

A existência dessas garantias justifica-se na própria teoria da separação de poderes de MONTESQUIEU (1993, p. 181) e ao impacto nos textos constitucionais dos Estados Modernos, que consolidaram as funções típicas e atípicas do Legislativo, Judiciário e Executivo, a fim de evitar a concentração de poderes e consequentes abusos e arbitrariedades.

As funções típicas do Poder Legislativo, especificamente, não se limitam a criar o direito, mas também envolvem o exercício da fiscalização, conforme previsto no artigo 49, inciso X, CF. Há, por exemplo, a possibilidade de criação das comissões parlamentares de inquérito para apurar fatos relacionados à administração ou, ainda, para verificar efeitos de determinada legislação. Outra justificativa para a existência das imunidades é a necessária

¹ Cf. HC 272.210 - A liderança de movimento grevista por um deputado, com a incitação de policiais militares e bombeiros a paralisarem suas atividades e desobedecerem ordens de superiores hierárquicos, não possui elo com as atividades político-legislativas, sendo inaplicável a imunidade (BRASIL, 2013).

² Cf. HC 272.210 - A liderança de movimento grevista por um deputado, com a incitação de policiais militares e bombeiros a paralisarem suas atividades e desobedecerem ordens de superiores hierárquicos, não possui elo com as atividades político-legislativas, sendo inaplicável a imunidade (BRASIL, 2013).

³ Cf. AgRg no HC 296.902 - Não está acobertada pela imunidade a conduta do parlamentar que utiliza a tribuna da Câmara Municipal para proferir ameaças, haja vista que tal ato não decorre da atividade parlamentar e não beneficia o município (BRASIL, 2015).

⁴ Cf. HC 353.829 - Incide a imunidade mesmo quando o parlamentar não se restringe a narrar fatos considerados delituosos em uma ação penal, extrapolando com palavras que desqualificam moralmente o ofendido e imputando-lhe falsamente crime (BRASIL, 2016).

proteção dos atos dos legisladores contra os abusos dos poderes executivo e judiciário, consolidando a independência entre os poderes.

Não se trata de conceder privilégio pessoal, mas de garantir que a função exercida pelo parlamentar seja resguardada. Nessa perspectiva, forçoso reconhecer que a imunidade é inerente ao cargo, e nunca à pessoa, na medida em que possui características como a irrenunciabilidade e o caráter institucional. Prova disso é que não atingem os parlamentares suplentes, já que esses não são, de fato, membros do legislativo, estando ali somente para os casos de substituição ou sucessão (quando houver, respectivamente, impedimento ou vacância).

Nesse sentido, Gilmar Mendes ressalta que a imunidade não é concebida para gerar um privilégio ao indivíduo que por acaso esteja no desempenho de mandato popular. Ela “[...] tem por escopo, sim, assegurar o livre desempenho do mandato e prevenir ameaças ao funcionamento normal do Legislativo” (MENDES, 2011, p. 928-929). Para tanto, destaca-se a divisão das imunidades em duas categorias, aquelas relacionadas com a separação da *freedom from arrest* (imunidade formal) e aquelas correlatas com a *freedom of speech* (imunidade material).

A primeira, prevista no §2º, do artigo 53, da CF, diz respeito à vedação da prisão de membros do Congresso Nacional, salvo em flagrante de crime inafiançável: configurado o crime, deve-se remeter os autos à Casa respectiva em vinte e quatro horas, para que ali seja decidido sobre a prisão, que exigirá o voto da maioria dos membros. Essa imunidade também diz respeito à possibilidade de sustação da ação penal por delitos praticados após a diplomação.

O presente trabalho, todavia, prioriza a atenção à segunda espécie, chamada de imunidade material. Constante no *caput* do artigo 53, da CF, ela assegura que os parlamentares são invioláveis civil e penalmente por quaisquer de suas opiniões, palavras ou votos, desde que proferidas em razão de suas funções como parlamentares. No âmbito penal, isso significa que o fato deixa de constituir crime, havendo atipicidade da conduta - como ocorreu, por exemplo no Inquérito 2674/DF (BRASIL, 2009), em que o Supremo Tribunal Federal afastou a incidência da norma penal no caso. Além disso, a imunidade não permite que os parlamentares sejam responsabilizados civilmente, impossibilitando, por exemplo, que sejam condenados em ação de indenização por danos morais com base em fatos ocorridos no exercício do mandato.

A Constituição Federal prevê a referida inviolabilidade aos parlamentares federais (artigo 53, *caput*), deputados estaduais (artigo 27, § 1º) e vereadores (artigo 29, inciso VIII), sendo necessário, para tal, que eles se encontrem no exercício do mandato. No caso dos

vereadores, a proteção apenas incide quando as palavras forem ditas na circunscrição do município que representam. Já os deputados tanto estaduais quanto federais e os senadores, por sua vez, têm a prerrogativa estendida a todo o território nacional.

Para a ocorrência da imunidade material, Orlange Maria Brito esclarece a necessidade da caracterização de dois requisitos, o fato da conduta ter sido praticada durante o mandato, devendo esta, ainda, ser passível de materialização por meio de opiniões, palavras e votos. Essa prerrogativa exclui, em regra, quaisquer manifestações de interesse notadamente pessoal, mesmo com o viés político (BRITO, 2007, p. 243).

Acerca desses requisitos, a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal aponta a imunidade parlamentar como caráter absoluto apenas quando exercida dentro do recinto do Parlamento - vide, por exemplo, o Inquérito 4177/DF (BRASIL, 2016). Faz-se necessária, todavia, uma reserva crítica a esse precedente, no sentido de que não se trataria de um critério sustentável em todas as situações. Isso porque, na ocorrência de episódios indecorosos, ou de condutas que não guardem relação com o exercício parlamentar, o mero fato de terem sido praticadas dentro do Parlamento não é capaz, por si só, de lhes retirar a eventual gravidade.⁵

É razoável, nessa perspectiva, que haja a análise minuciosa do fato ocorrido, bem como a adequação às circunstâncias antes de ser adotado um posicionamento absoluto, sob pena de ferir direitos fundamentais e fugir das verdadeiras finalidades constitucionais da imunidade parlamentar.

⁵ A esse respeito, a Ministra Carmen Lúcia pontuou, ao denegar ordem ao Habeas Corpus nº. 89.417-8/RO, impetrado por deputado estadual: Imunidade é prerrogativa que advém da natureza do cargo exercido. Quando o cargo não é exercido segundo os fins constitucionalmente definidos, aplicar-se cegamente a regra que a consagra não é observância da prerrogativa, é criação de privilégio. E esse, sabe-se, é mais uma agressão aos princípios constitucionais, ênfase dada ao da igualdade de todos na lei. [...] A norma constitucional que cuida da imunidade parlamentar e da proibição de prisão do membro de órgão legislativo não pode ser tomada em sua literalidade, menos ainda como regra isolada no sistema constitucional. [...] Não seria possível admitir que ela [a Constituição Federal de 1988] tivesse inoculado alguns com a intangibilidade da mão da Justiça e com a inaplicação total do Direito, de tal modo que ficassem alguns intocáveis para a observância do próprio sistema jurídico. Nem os princípios nem os fins a que se destina a norma de direito prestam-se a tal interpretação e aplicação (BRASIL, 2006).

2 A MORALIDADE E A IMPESSOALIDADE ADMINISTRATIVAS ENQUANTO LIMITES ÀS IMUNIDADES PARLAMENTARES

O agente político, por sua própria condição no serviço da coletividade, também deve ser norteado pelos princípios máximos da Administração Pública. A legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e a eficiência visam resguardar não somente uma boa execução dos serviços, mas assegura que o interesse público tenha prioridade máxima. Dois desses princípios merecem destaque, quando são especificamente aplicados a esses agentes, quais sejam: a moralidade e a impessoalidade.

Ao inserir a moralidade como princípio norteador do funcionamento da Administração Pública, no *caput* do art. 37, da CF, o Constituinte passou a exigir, como um requisito intrínseco à validade democrática do ato administrativo, que este tenha consonância com o interesse público.

O princípio da moralidade administrativa, nessa perspectiva, não visa tão somente coibir comportamentos que são reprováveis conforme critérios sociais e conservadores, mas pretende que seja analisado, sobretudo, a boa-fé do agente que se encontra tal condição para representar a Administração. Com isso, tanto a boa-fé quanto a ética e a lealdade à Administração Pública tornam-se fatores essenciais para que o agente não pratique atos contrários ao que se espera daquele que está a serviço do interesse público.

Tamanha é a importância da moralidade administrativa, que a lei traz remédios constitucionais específicos para os casos em que ela for violada. É possível que qualquer cidadão questione atos lesivos à moralidade administrativa por meio de uma Ação Popular (nos moldes estabelecidos no artigo 5º, inciso LXXIII da Constituição Federal), ou mesmo que haja uma Ação de Improbidade Administrativa, regulamentada pela Lei n. 8.429/92, a qual traz sanções aos atos considerados ímprobos por violação dos princípios da seara do Direito Administrativo, entre eles, o da moralidade.

A imoralidade, ademais, não provém necessariamente de um ato contrário aos ditames legais. Inserida em um conceito axiológico, ela exige especialmente que as consequências dos atos administrativos estejam em consonância com os princípios constitucionais e demais normas de conduta, como aduz Maria Sylvania Zanella DI PIETRO (2002, p. 79):



[...] sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.

Portanto, a necessária boa-fé nas condutas dos agentes públicos exige que o sujeito não tenha a pretensão de prejudicar, rebaixar ou obstaculizar os direitos de alguém ou um grupo específico - e, visualizando a possibilidade de incorrer em alguma dessas condutas, que ele opte por não praticar o ato.

Ao se aplicar tais premissas aos parlamentares, é natural que sejam exigidas condutas morais (probas), especialmente porque se encontram em condição de representantes daquele grupo social que o elegeu e, em última análise, de todo o grupo social indistintamente. Assim, as condutas potencialmente prejudiciais a esse povo - ou a parte dele - que sejam injustificáveis, devem ser coibidas.

Já o princípio da impessoalidade impõe que os agentes públicos se desnudem de praticar arbitrariedades tendo em vista perseguições, animosidades ou motivações de caráter exclusivamente subjetivo, ao atuar em nome do Estado, ao impor que a finalidade máxima de seus atos seja a consecução da função social da Administração Pública.

Para tanto, destacam-se duas vertentes cabíveis ao conceito de impessoalidade administrativa. A primeira relaciona o princípio à finalidade de atender ao interesse público, que deve nortear toda a atividade administrativa, mediante proibição do agente de praticar atos para beneficiar determinadas pessoas. O segundo sentido insere os atos e provimentos administrativos como imputáveis ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, e não ao funcionário que os pratica (DI PIETRO, 2017 p. 107).

Assim como ocorre com a violação ao princípio da moralidade administrativa, também cabe a aplicação de sanções por meio de Ação Popular no caso de transgressão da impessoalidade, conforme artigo 1º, da Lei n. 4.717/1965, o que se encontra sob a expressão “desvio de finalidade”, no artigo 2º, alínea “e”, daquela Lei (CARVALHO FILHO, 2016, p. 73).

No que se refere aos parlamentares, o princípio carrega a exigência de que sejam defendidos ideais aplicáveis ao povo como um todo, e não algo que sobreponha vantagens a um grupo específico em detrimento dos demais. Assim, a impessoalidade não abrange apenas o poder-dever de agir inerente ao agente público, sendo de igual importância o dever de abstenção

(ou seja, de não fazer). Isto porque, assim como na figura da supremacia do Estado frente aos interesses particulares, por vezes o administrador deve exteriorizar seus ideais políticos desde que em conformidade com o regime constitucional.

O agente deve, por exemplo, não aceitar dinheiro em troca de contratações públicas, não dar preferência a conhecidos em fila de órgãos públicos, não se omitir ao presenciar fatos ilícitos no exercício do cargo público, dentre outras situações. Em outras palavras, ele deve agir de forma objetiva na hora de praticar os atos administrativos inerentes à sua função pública.

Apesar disso, nota-se que essa necessária impessoalidade vem sendo olvidada, especialmente diante do cenário político inconstante e fragmentado que o país se encontra. Tal relação foi notada por Rogério Torres da SILVA JÚNIOR (2017), ao analisar as rebeliões prisionais ocorridas em janeiro de 2017 em diversos estados (Amazonas, Roraima, São Paulo, Rio Grande do Norte) e as diversas reações ao episódio. Nesse cenário, há a existência uma crise institucional em todos os níveis da Federação, oportunidade em que a inobservância da imposição constitucional da impessoalidade na administração pública se tornou uma das causas da notória instabilidade do Estado, as quais destaca o referido autor que:

[...] o pensamento é imune à aplicação da lei. Pode-se pensar o que quiser, o evento mais macabro, a fantasia mais sanguinária e o desejo mais sombrio são imunes à aplicação da lei penal. Apenas quando se põe em prática ou se revela materialmente a fantasia até então aprisionada nos confins do pensamento abre-se espaço para a punição estatal. Isso significa que o particular, embora não tenha a liberdade absoluta de expressar o que quiser, pode pensar, silenciosamente, o que bem entenda. Acontece que o Estado não tem esse direito de fantasiar, silenciosamente, pensamentos sanguinários. Não pode o Estado se omitir frente à violação sistemática de direitos fundamentais – que são intocáveis por imposição constitucional – de pessoas que deveriam estar sob sua tutela para recuperação e punição (que não pode ser cruel, lembrando-se o desvanecido inciso III do artigo 5º da Constituição). Da mesma forma, não pode um agente estatal, nessa condição, manifestar publicamente, no desempenho de suas funções, pensamentos de índole odiosa e vingativa, isso porque, insista-se, o Estado fala através do agente, que por sua vez, para cumprir regularmente suas funções, tem que portar-se com i-m-p-e-s-s-o-a-l-i-d-a-d-e (SILVA JUNIOR, 2017).

O desatendimento ao princípio fica clarificado em determinados acontecimentos cuja relevância acaba por exaltar o lado político em detrimento do jurídico. Menciona-se, como exemplo pontual, a sessão de admissibilidade do *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff, ocorrida em abril de 2016, quando foi criado um verdadeiro episódio de espetáculo na Câmara dos Deputados. Ao invés de justificarem seus votos de forma técnica, motivando ou não a presença de crime de responsabilidade, os parlamentares se limitaram a proferir discursos vagos e acentuadamente pessoais (SECO, 2016). Essas condutas não apenas prejudicam o sistema

político brasileiro, mas também atacam os princípios jurídicos exigidos para o bom exercício do Estado Democrático de Direito.

A utilização de princípios, todavia, se dá de forma abstrata e subjetiva, muitas vezes fragilizando a imputação de violação. Talvez por isso tenha sido consagrada a exigência do decoro⁶ parlamentar, criando-se um instrumento hábil a coibir certas atitudes daqueles agentes, e assim corroborando a necessidade de haver uma supervisão. A Constituição Brasileira de 1988 trouxe tal exigência especificamente em seu artigo 55, §1º, definindo ser incompatível com o decoro parlamentar o abuso das prerrogativas asseguradas aos membros do Congresso Nacional, bem como a percepção de vantagens indevidas.

Além desses casos, também são contrários ao decoro parlamentar aqueles elencados no regimento interno de cada casa legislativa. Como exemplo, cita-se a prática de “ofensas físicas ou morais nas dependências da Câmara dos Deputados ou o desacato, por atos ou palavras, a outro parlamentar, à Mesa ou à Comissão ou os respectivos Presidentes” (artigo 5º, inciso III do Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados); a “percepção de vantagens indevidas, tais como doações, benefícios ou cortesias de empresas, grupos econômicos ou autoridades públicas, ressalvados brindes sem valor econômico” (artigo 5º, inciso II, do Código de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal), entre outras.

O agente que violar as normas ali elencadas responderá a processo administrativo-parlamentar, sendo-lhe reservadas todas as garantias do devido processo legal, como o direito ao contraditório e à ampla defesa. É a respectiva Mesa ou partido político representado no Congresso Nacional quem irá provocar o início desse procedimento, sendo que a perda do mandato é decidida pela Câmara dos Deputados ou Senado Federal, por maioria absoluta, cuja deliberação se dá por voto secreto - conforme regulamenta o artigo 55, §2º da Constituição Federal.

A respeito dessa atuação, Gilmar MENDES (2011, p. 932) observa que a perda do mandato por falta de decoro parlamentar “[...] enseja grande discricionarismo político à Casa Legislativa a que pertence o parlamentar”, e que “[...] o Superior Tribunal Federal vem se recusando a reavaliar a motivação que levou a Casa Legislativa a cassar o parlamentar por falta

⁶ A palavra decoro, por si só, diz respeito ao recato, à decência comportamental, ao acatamento das normas de moralidade. Aplicada ao âmbito parlamentar, serve como limitação material ao “escudo” da imunidade do agente que pratica atos incompatíveis com a postura que lhe é exigida, já que é seu dever agir em harmonia com os princípios constitucionais, ao manter temperança e equilíbrio no exercício da função pública (DECORO, 2017).

de decoro, embora controle a observância de garantias formais, como a da ampla defesa”. Nesse sentido, já se decidiu, no MS 21.861/DF (BRASIL, 2010), ser inviável qualquer controle sobre o julgamento do mérito da acusação feita ao impetrante, por procedimento incompatível com o decoro parlamentar.

Nota-se uma tendência da Corte Suprema em evitar o envolvimento em algo que diga respeito especificamente aos parlamentares, pressupondo que o melhor jeito de detectar a quebra de decoro parlamentar é permitindo o controle por aqueles que também exercem tal função. O grau de subjetividade do tema, todavia, muitas vezes demanda a análise daquele órgão máximo.

Para George Resende Rumiatto de Lima SANTOS (2016), os limites do exercício do mandato e da atuação em razão do mandato do parlamentar nem sempre são claros, razão pela qual a atuação do Supremo Tribunal Federal se demonstra essencial para a análise da conexão das declarações com as funções públicas do sujeito, em especial a aqueles discursos exarados *externa corporis*.

Também pode ser utilizada como parâmetro de análise para a eventual configuração da quebra de decoro parlamentar a figura do abuso do direito, consagrada paralelamente no âmbito do Direito Civil, o qual qualifica, em seu art. 187, como um ato ilícito “[...] o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” Logo, nenhum direito deve ser interpretado no sentido de autorizar o cometimento de condutas que visem à violação de outro direito ou liberdade ou como fundamento para a execução de atos moralmente injustificáveis e hostis a outrem.

Nesse sentido, o abuso de direito é, para Paulo Nader, uma espécie de ato ilícito, que pressupõe a violação de direito alheio mediante conduta intencional que exorbita o regular exercício de direito subjetivo. No abuso de direito, o agente extrapola, por meio de atos de egoísmo, antissociais, os limites ditados por fins econômicos ou sociais, descumprindo o dever de solidariedade e também o jurídico. (NADER, 2016, p. 616 – 617).

As diversas conceituações do abuso de direito ressaltam que há, no ato, o propósito de causar um dano a outrem, ainda que não se obtenha nenhuma vantagem nisso - em outras palavras, há um dolo injustificado, apoiado em um direito preexistente, que não deveria servir para que um terceiro fosse prejudicado.

A imunidade parlamentar, nessa lógica, também está sujeita a abusos. O próprio histórico envolto em sua criação demonstra que ela tem, prioritariamente, a intenção de proteger os parlamentares em face de atos invasivos dos outros poderes (Executivo e Judiciário). Ocorre, porém, que se mostra possível a colisão com outros interesses: os coletivos (do povo). Nesse caso, é crível que o exercício da prerrogativa possa desaguar em abuso do direito, haja vista a desproporção entre as partes. É conveniente, portanto, que a imunidade possa ser mitigada frente às situações que envolvam o parlamentar e cidadãos comuns.

Para ilustrar essa situação, evidencia-se o episódio ocorrido no dia 28 de abril de 2017, na cidade de Londrina, no Paraná, onde um vereador atacou verbalmente os manifestantes da greve geral de âmbito nacional, a qual tinha como finalidade questionar as propostas de reforma trabalhista e previdenciária (BORTOLIN, 2017). O parlamentar, que não concordava com os ideais da manifestação e se encontrava em via pública, chamou os participantes de "vagabundos", reforçando a discussão da incidência ou não da inviolabilidade, já que o vereador não exercia a sua função pública naquele momento e, portanto, teria realizado os atos na condição de mero cidadão.

Nessa mesma perspectiva, a inviolabilidade refere-se à emissão de opiniões, palavras e votos. Opiniões e palavras que ditas por qualquer pessoa, podem caracterizar atitude delituosa, mas que assim não se configuram pronunciadas por parlamentar. Sempre, porém, quando tal pronunciamento se der no exercício do mandato. Em outras palavras, “[...] o parlamentar, diante do Direito, pode agir como cidadão comum ou como titular de mandato. Agindo no primeiro caso não é coberto pela inviolabilidade”. Isso porque a inviolabilidade está atrelada às funções do mandato, logo, aqueles atos desconexos com tais não são alcançados por essas prerrogativas (TEMER, 2008, p. 131).

Dessa forma, é imperiosa a análise não apenas das condutas em si, mas de todo o contexto, e da possível desconformidade do ato com os princípios administrativos cuja obediência é constitucionalmente exigida.

3 A DESCONSIDERAÇÃO DA IMUNIDADE MATERIAL PARLAMENTAR EM DECORRÊNCIA DO DISCURSO DE ÓDIO

A liberdade em tornar público os pensamentos por meio das expressões, como as opiniões, as sensações, os sentimentos e os demais instrumentos de exteriorização das ideias, é

essencial ao pleno desenvolvimento do ser humano, sobretudo, à sua personalidade. Além disso, essa possibilidade representa, nas hodiernas sociedades, a garantia do regime democrático. Afinal, é com a linguagem que o indivíduo estrutura e materializa o que percorre a sua esfera íntima e intervém no espaço e nas ideologias que o orbitam, em outras palavras, é com ela que o ser humano tem a capacidade de fazer política e lutar por seus direitos.

Dessa forma, a expressão do pensamento representa a integração comunicacional do sujeito na sociedade, especialmente nas instituições sociais mais basilares do seu dia a dia, como a família, a profissão, a educação, a religião e os credos, a política e o esporte. Apesar do lado positivo do seu exercício, verifica-se que nem todo o discurso ou manifestação carrega em seu conteúdo a finalidade da liberdade de expressão, podendo, inclusive, revestir-se como um ato hostil, violento, preconceituoso e segregacionista, como ocorre com o discurso de ódio.

Isso porque, ao ser difundidos de maneira irresponsável, esses discursos impedem ou violam o exercício de outros direitos, como à vida, à honra, à liberdade, dentre outros, principalmente de titulares pertencentes a grupos vulneráveis ou de minorias sociais.

Considerado como uma ferramenta de reprodução de ideologias, o discurso de ódio tem sua origem na terminologia americana *hate speech*, sendo caracterizado como uma ferramenta que recorre à linguagem verbal ou extraverbal, como a fala, os gestos, a música, o cinema, o vídeo, a pintura, a dança, os livros e até o silêncio para transmitir as expressões de desprezo, de intolerância e de violência (SARMENTO, 2006, p. 208). Trata-se de uma conduta, carregada de um conteúdo hostil, que estimula a propagação do ódio, especialmente contra determinados segmentos sociais, como os grupos vulneráveis e minorias sociais, desvalorizando-os, menosprezando-os, desqualificando-os e inferiorizando-os à condição de objeto, em virtude de aspectos correlatos com a etnia, a religião, a idade, a condição financeira, a orientação afetivo-sexual, a identidade de gênero, dentre outros (BRUGGER, 2007, p. 151).

Essa preocupação ganha mais relevância no cenário jurídico e social ao ser proferida por líderes políticos, como vereadores, senadores e deputados, os quais legislam, fiscalizam e propõem políticas públicas que estipulam as condutas em sociedade, além de serem influenciadores de opiniões de seus seguidores.

Fernanda Rabelo Oliveira LEAL (2015), por exemplo, define que o discurso do ódio questiona os limites e fundamentos do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que visam agredir e hostilizar certos grupos sociais, étnicos, religiosos ou culturais, tendo como consequência uma intensa e perigosa incitação de ódio contra tais.

Thiago Anastácio CARCARÁ (2011) complementa que:

A manifestação do discurso do ódio pode gerar o preconceito, incentivando inclusive a exclusão do grupo da sociedade. A discriminação é uma das principais formas de preconceito [...] e se caracteriza pela ação dirigida contra os grupos minoritários restringindo as suas liberdades, não ocorre um tratamento igual entre os membros de um grupo e o resto da sociedade. Isso ocorre, pois o preconceito faz surgir uma diferença entre os grupos, a discriminação é a prática desse preconceito.

Visando evitar a prática dessas condutas, ao mesmo tempo em que a Constituição Federal elenca a liberdade de expressão como um direito fundamental, em seu artigo 5º, inciso IX, prevê também dispositivos que restringem a sua atividade, como: a vedação do anonimato (artigo 5º, inciso IV); a proteção e o respeito do direito de resposta, proporcional ao agravo (artigo 5º, inciso V); a garantia da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (artigo 5º, inciso X); a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (artigo 5º, inciso XIII); e, oportunamente, a o acesso à informação, resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (artigo 5º, inciso XIV).

A fim de preservar um discurso político em consonância com os direitos humanos, o Brasil assinou a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, um importante instrumento para combater crimes de ódio e intolerância motivados por preconceito e discriminação contra determinado grupo de pessoas. Embora ainda não tenha entrado em vigor ou sido ratificado, a importância do tratado consiste na ajuda em estruturar um conceito jurídico do discurso do ódio.

Portanto, em que pese a inestimável importância que permeia a liberdade de expressão, seja por esta ser um dos pilares do Estado Democrático de Direito, seja por esta garantir o desenvolvimento da autonomia e da personalidade humana, é certo que, assim como qualquer outro direito, seu exercício não é absoluto, nem ilimitado, especialmente frente às mensagens que estimulam a violência, a hostilidade, a desigualdade, a quebra da ordem ou qualquer outra que afaste a essência da humanidade do seu destinatário (CARDIN; SEGATTO; CAZELATTO, 2017, p. 110-113).

Verifica-se, ainda, que o tema recebeu especial inserção na jurisprudência brasileira com o HC nº 82.424/RS (BRASIL, 2003) - “caso *Ellwanger*”. No caso, o escritor gaúcho Siegfried Ellwanger, que havia publicado livros de conteúdo discriminatório contra o povo judeu, teve pedido de *habeas corpus* negado pelo Supremo Tribunal Federal, que entendeu ter sido

caracterizada a prática de racismo. No julgamento, decidiu-se que não é absoluta a garantia constitucional da liberdade de expressão, cabendo o seu afastamento quando ultrapassados os limites morais e jurídicos (por exemplo, quando há manifestações de cunho imoral e consequente ilicitude penal).

Em que pese as discussões sobre o tema seja algo relativamente novo no contexto jurídico brasileiro, em outros países o discurso do ódio é expressivamente combatido – provavelmente devido a acontecimentos que marcaram suas histórias. Nesse sentido, Winfried BRUGGER (2007, p. 120) exemplifica que “na Alemanha, como na maioria dos outros países, o instinto básico coletivo refletido no direito é que o discurso do ódio é perigoso e deveria ser efetivamente eliminado”.

A respeito de como seria possível enquadrar o assunto em face da imunidade parlamentar, Gilberto Schäfer, Paulo Gilberto Cogo LEIVAS e Rodrigo Hamilton dos SANTOS (2015, p. 143-158) apontam as seguintes possibilidades: aumentar o debate no parlamento sobre as questões objeto do discurso; a responsabilização administrativa, civil e penal do parlamentar pelos atos, sendo, portanto, flexibilizado o sistema de imunidade na via do abuso durante o exercício da função política (e adotada uma tese mais restritiva do que se entende por *propter officium*); bem como a responsabilização por falta de decoro.

Da mesma forma que se combate o discurso de ódio na esfera social como um todo, também é preciso fazê-lo no âmbito parlamentar. Não se trata de coibir opiniões, mas as consequências de suas condutas - como, por exemplo, o reflexo nas atitudes dos seus eleitores, que acabam reproduzindo discursos e tomando como correta a aversão ali exarada. Caso tais comportamentos não sejam ponderados, o mero fato de haver alguém dotado de poder para se apoiar ideologicamente pode fazer com que o ataque a grupos vulneráveis e/ou minoritários pareça algo plausível.

Em virtude do subjetivismo que perpassa a identificação do discurso de ódio, seus limites com a liberdade de expressão se demonstram, em muitos casos, sutis, dificultando a percepção de seu aspecto agressivo.

Porém, ao fazê-lo, acaba por incitar a discriminação e a violência, menosprezar o respeito concedido a um determinado grupo social, na medida em que este é minoritário frente ao todo. Cria-se, em consequência, uma conjuntura propícia às ações de ódio, que faz com que pessoas sejam discriminadas, violentadas, e até mesmo assassinadas em virtude de sua condição física ou social, religiosa, étnica e, sobretudo, de orientação afetivo-sexual, de identidade de



gênero, dentre outros fatores, desrespeitando e violando, assim, a necessária existência da diversidade social.

Nessa perspectiva, encontram-se os discursos de ódio direcionados contra as minorias sexuais, isto é, contra pessoas gays, lésbicas, bissexuais e transgênero. Acerca do assunto, Thiago Dias Oliva compreende que esses discursos homofóbicos são similares aos discursos de ódio racistas, sexistas ou antissemitas, já que são comportamentos que buscam a subordinação entre dois grupos sociais. No caso em análise, essa inferiorização ocorre entre os transgressores de normas sociais relativas à sexualidade e aqueles que pretendem afirmá-las, reproduzindo e disseminando uma lógica de desumanização (OLIVA, 2015, p. 59). Portanto, são atos discursivos que refletem na violência, na inferiorização, na marginalização e no preconceito em desfavor desse segmento social, contribuindo para a violação de seus direitos básicos, como a vida, a liberdade, a igualdade, a honra, dentre outros.

A respeito disso, de acordo com o banco de dados do Grupo Gay da Bahia (GGB), atualizado diariamente no site intitulado como “Quem a homotransfobia matou hoje?”, foram registrados 318 homicídios por motivação homofóbica em território brasileiro no ano de 2015 (GRUPO GAY DA BAHIA, 2015), subindo para 343 em 2016 (GRUPO GAY DA BAHIA, 2016). Número, este, que equivale a um homicídio a cada 25 horas, em que 52% foi cometido contra gays, 37% contra transgêneros, 16% contra lésbicas, 10% contra bissexuais, 7% contra heterossexuais confundidos com gays e, por fim, 1% de companheiros transgêneros. Em novembro de 2017 já foram registrados 352 homicídios com o viés homofóbico (MICHELS, 2017).

Ainda, segundo os dados da organização não governamental (ONG) *Transgender Europe* (TGEU), que é uma rede europeia que luta pelos direitos da população transgênero, o Brasil ocupa o primeiro lugar nos índices de homicídios de transexuais e travestis de todo o mundo, sendo que, entre janeiro de 2008 e março de 2014, foram registradas 604 mortes no país, totalizando 50% de todos os crimes cometidos contra esse público em escala global (TGEU, 2014). Além disso, o último Relatório de Violência Homofóbica no Brasil, referente ao ano de 2013, elaborado pela Secretária Especial de Direitos Humanos e publicado somente em 2015, demonstra que, da totalidade dos atos de violência conexos com o exercício da sexualidade, 11,9% foram cometidos contra travestis e 5,9% contra transexuais (BRASIL, 2015).

Embora não seja explícita a ligação direta entre os discursos e os dados mencionados, não se pode negar que eles criam, indiretamente, um campo permissivo de incitação às violências mencionadas, uma vez que ratificam o descrédito de determinados grupos, e corroboram com um mito social presente no imaginário do agressor, que o agredido não possui direitos, decorrente de sua situação de marginalização social, e não merece ser aceito pela coletividade.

Algumas situações pontuais também se inserem para permitir que os números de discriminação se mantenham, como o confronto, por parte de parlamentares integrantes da chamada Banca Evangélica do Congresso, à política de distribuição de material didático que visa combater a homofobia nas escolas. Como resultado, o preconceito vem alimentando uma escalada da violência contra os homossexuais. Se trata, na hipótese, da utilização do manto da imunidade parlamentar no espectro da atribuição do parlamentar (voto).

Com o fim de evitar as consequências preocupantes apontadas, é crucial que se previna e combata a intolerância e a discriminação. Assim como se considerou no caso *Ellwanger*, em que foi caracterizada a prática de racismo, não há base ideológica sustentável na reprodução de políticas contrárias aos direitos de outros grupos sociais - como dos homossexuais, indígenas, imigrantes, mulheres, idosos, moradores de ruas ou favelas, portadores de deficiências, ex-presidiários, entre outros. Todos estão enquadrados no conceito de pessoa humana digna de direitos protetivos, motivo pelo qual qualquer tentativa de barrar o exercício de direitos desses grupos sociais deve ser questionada – ainda que a tentativa parta dos próprios “representantes do povo”.

O necessário combate ao discurso de ódio, nesse sentido, comumente é acusado como supressivo da liberdade de expressão – o que não é real. Há, em verdade, uma colisão de princípios, em que se evidencia que os prejuízos causados por esses discursos são mais significativos do que a sua limitação.

Ao contrário do que acontece com a colisão de regras (quando aplicável a lógica do tudo-ou-nada ou *all-or-nothing-fashion*, em que uma das normas colidentes deve ser considerada inválida ou inaplicável), na colisão de princípios deve haver um juízo de ponderação, uma análise de peso (*dimension of weight*). Conforme ensinamentos de Ronald DWORKIN (2002, p. 39), deve preponderar o princípio que tiver um peso relativamente maior no caso concreto, motivo pelo qual a solução deve se pautar na hermenêutica e na argumentação. A título exemplificativo, vale mencionar a recorrente colisão entre o princípio da privacidade e o

princípio da informação exercido pelos veículos de comunicação em favor da sociedade, em que não se pode afirmar que um deles prevalece sem o devido aprofundamento a ser realizado em cada caso concreto.

A liberdade de expressão, da mesma forma, pode colidir com outros princípios, como o da privacidade, da intimidade, da dignidade da pessoa humana, entre outros. E, ao incorrer em excesso no seu exercício, a liberdade de expressão pode caracterizar, inclusive, ilícito penal, como por exemplo a figura da incitação ao racismo. No mesmo sentido, ao afrontar a dignidade da pessoa humana, poderá caracterizar o chamado “discurso de ódio”.

Igual tratamento deve ser aplicado aos parlamentares, ao sujeitar seus discursos à análise de conteúdo e contexto em confronto com outros bens jurídicos que também são constitucionalmente assegurados. Também merece atenção os discursos aptos a atacar grupos sociais, já que podem afrontar o princípio da dignidade da pessoa humana, que é supremo por se tratar do fundamento último de todo o Direito, sendo conceituado como supraprincípio por autores como Rizzatto NUNES (2009, p. 48). Logo, se o conflito entre a liberdade de expressão com outros princípios já deve receber atenção especial, mais ainda se faz necessário o atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A moralidade e a impessoalidade administrativa devem ser aplicadas nesse ponto. A boa-fé, norteadora principal da moralidade, deve garantir que os discursos de parlamentares, ao utilizarem-se da prerrogativa da imunidade ao exercer a liberdade de expressão, adotem em seus discursos a intenção e vontade de segregar determinados grupos sociais. A impessoalidade, em conjunto, deve garantir que seja colocada em primeiro lugar o interesse da sociedade como um todo, sem sobrepor categorias e grupos, motivo pelo qual a exteriorização do discurso político, conquanto individual, encontre sua validade no coletivo.

Muitos discursos proferidos por figuras influentes carregam consequências negativas, justamente por apoiarem posições e pensamentos intolerantes de certos grupos que ali enxergam uma oportunidade para se sustentar. Com isso, essa corrente passa a influenciar a prática de atos segregadores em face daqueles que já se encontram marginalizados, o que dificulta a consecução de uma realidade pacífica, escopo da própria Administração Pública, e que deveria ser buscada, principalmente, pelos agentes políticos.

Um exemplo de manifestação que foi repreendida judicialmente foi a declaração do deputado Jair Bolsonaro (PSC/RJ) em que o parlamentar proferiu declarações homofóbicas (no caso, que nunca teria passado pela sua cabeça ter um filho homossexual, porque seus filhos

tiveram "boa educação", com um pai presente). Consoante noticiado no *website* CONJUR (2015), em sentença, a juíza Luciana Santos Teixeira considerou que o parlamentar infringiu o artigo 187 do Código Civil ao abusar de seu direito de liberdade de expressão para cometer um ilícito civil, refutando a incidência da imunidade material por considerar que Bolsonaro teria falado ao programa "CQC" como cidadão, e não como parlamentar.

Outro episódio envolvendo o mesmo deputado acabou sendo levado ao Supremo Tribunal Federal para julgamento. Em 2014 o parlamentar proferiu, na Câmara dos Deputados e em entrevista a jornal, que não estupraria a colega Maria do Rosário, do Partido Trabalhista (PT), em virtude dela ser "muito feia" para um alvo de estupro. Em julgamento da conduta, no Inquérito 3932/DF (BRASIL, 2016), o Ministro Luiz Fux sublinhou justamente as possíveis consequências daquelas palavras, pontuando que a frase do parlamentar tem potencial para estimular a perspectiva da superioridade masculina em relação às mulheres, além de prejudicar a compreensão contra as consequências dessa postura. Assim, pode-se dizer que a pretensão aos efeitos daquela incitação foi alcançada, porque várias manifestações públicas reiteraram o discurso de Bolsonaro (MACEDO, 2016). Com isso, afastou-se a imunidade do parlamentar, já que a sua fala não teria nenhuma relação com a atividade que exerce na Câmara.

Trata-se de postura razoável do Poder Judiciário, já que foi feita análise aprofundada do caso: não se levou em consideração apenas o conteúdo do discurso e o local em que foi proferido, mas sim o contexto e, especialmente, as suas consequências.

Nesse sentido, analisa Roberto Dias e Lucas De Laurentis que se o parlamentar, injustificavelmente, insulta gravemente grupos ou minorias vulneráveis, defende doutrinas nazistas ou xenófobas, prega o genocídio ou incita a prática de terrorismo, "[...] é provável e admissível que as circunstâncias e o peso dos princípios envolvidos levem o julgador a afastar a regra constitucional insculpida no art. 53 da CF" (DIAS; LAURENTIS, 2012, p. 16).

É primordial, portanto, que seja exigida uma postura moral e impessoal dos parlamentares, com o fim de evitar a ocorrência de tais episódios em prol da verdadeira função constitucional do cargo. Caso contrário, é totalmente justificável que seja afastado o manto da imunidade material daqueles que procederem com condutas questionáveis, destituídas de interesse público, e revista de dolo e segregação.

Dessa forma, quando o exercício da liberdade de expressão for incongruente com os limites ditados para os seus fins, bem como estiver direcionado para violar ou inviabilizar a atividade de direitos de terceiros, isto é, caracterizar-se como um discurso de ódio, estará em

conflito com outros direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, já que está carregado com um conteúdo que vai além da finalidade do direito à livre manifestação das ideias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As imunidades parlamentares contribuem para o equilíbrio entres os poderes executivo, legislativo e judiciário, tendo em vista que reveste o Poder Legislativo de autonomia para exercício de suas funções, inclusive como revisor de atos dos demais poderes.

Diante disso, a possibilidade de quebra do decoro parlamentar se demonstra como um instrumento restritivo às imunidades. Todavia, sua caracterização é abstrata, cabendo a análise do caso concreto - por isso é tão importante que haja outros princípios norteadores da conduta e de sua interpretação posterior.

Nesse cenário, os princípios da impessoalidade e da moralidade são essenciais enquanto elementos limítrofes na análise da desconsideração das imunidades parlamentares, sobretudo a de viés material, ou seja, enquanto limite da liberdade de expressão dos parlamentares. A resposta residirá na reflexão acerca do discurso em si - há certos posicionamentos que não podem simplesmente ser considerados como mera opinião, haja vista que implicitamente carregam consequências avessas às premissas constitucionais.

A atual Constituição Federal surgiu justamente em época posterior à ditatorial, claramente visando assegurar os direitos básicos dos cidadãos, antes violados sem precedentes. Fica clarificado que em nenhum momento a Lei Maior pretendeu apagar tais barbáries, mas, ao contrário, pretendeu reforçar que de fato aconteceram, e por isso não poderiam mais ser incentivadas de maneira alguma. Assim, considerando a abertura do texto constitucional, a qual está previsto que “todo poder emana do povo, que o elege por meio de representantes”, verifica-se que nenhuma distinção de caráter negativo pode ser feita visando inviabilizar ou reduzir os direitos de grupos ou minorias vulneráveis.

Os discursos parlamentares de conteúdos considerados como incentivadores de sentimentos negativos a grupos específicos devem ser elencados como discursos de ódio, já que tais carregam o potencial de incentivar movimentos irrazoáveis e extremistas. Sob a ótica dos princípios constitucionais, a postura esperada dos representantes do povo deve ser ponderada e racional, e não excludente.



A imunidade material parlamentar, portanto, encontra óbice exatamente na zona limítrofe dos princípios da moralidade e impessoalidade administrativas. Eles constituem verdadeiros limites materiais para que a atuação do agente político esteja em conformidade com a nova ordem constitucional pós 1988.

Logo, em que pese que o diálogo seja crucial para a política justa e comedida, a exaltação insensata, por outro lado, prejudica a troca de ideias e o exercício da democracia, sendo cabível, aos discursos proferidos que puderem prejudicar determinado grupo social, a aplicação de sanções aos parlamentares.

REFERÊNCIAS

BORTOLIN, Nelson. Em vídeo, vereador de Londrina xinga manifestantes de vagabundos. *Bonde*, Londrina, 30 abr. 2017. Disponível em: <www.bonde.com.br/bondenews/londrina/em-video-vereador-de-londrina-xinga-manifestantes-de-vagabundos-441826.html>. Acesso em: 06 nov. 2017.

BRASIL. Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados. 2002. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/eticaedecoro/arquivos/Codigo%20de%20Etica%20da%20CD.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

_____. Código de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=115307>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

_____. Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 mar. 2017.

_____. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965: Lei da Ação Popular. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.

_____. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992: Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002: Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 17 mar. 2017.



_____. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Relatório de Violência Homofóbica no Brasil: ano 2013. 2015. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/dados-estatisticos/Relatorio2013.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.338.010/SP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201338010>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Habeas Corpus nº 296.902/SP. Relator: Ministro Ericson Maranhão. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=%20HC%20296902>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.424/RS. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 89.417/RO. Relatora: Min. Carmen Lúcia. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/969_inteiroteor.pdf>. Acesso em 13 de junho de 2017. Acesso em: 19 jun. 2017.

199

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 272.210/AC. Relator Ministro Jorge Mussi, Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=%20HC%20272210>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 353.829/GO. Relator: Nefi Cordeiro. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=%20HC%20353829>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 4177. Relator Ministro Edson Fachin. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000312641&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 21.861. Relator: Ministro Néri da Silveira. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/745859/mandado-de-seguranca-ms-21846-df>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Inquérito 2674, DF. Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%20708>>. Acesso em: 29 jun. 2017.



BRITO, Orlange Maria. Imunidade parlamentar no Brasil antes e depois da Emenda Constitucional nº 35 de 2001. *Revista de Informação Legislativa*, v. 44, n. 173, jan./mar. 2007. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/141291/R173-16.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

BRITO, Rose Dayanne Santos de. Notas sobre Thomas Hobbes e o contexto histórico: o argumento do direito natural em defesa do Absolutismo. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 3, n. 6, p. 52-66, 2016. Disponível em: <www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/132/116>. Acesso em: 28 nov. 2017.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Revista do Direito Público*, Porto Alegre, a. 4, n.15, p. 117-136, jan./mar. 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARCARÁ, Thiago Anastácio. *O discurso do ódio na manifestação do pensamento religioso: limite do tolerável*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5b8add2a5d98b1a6>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

200

CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa. Da vulnerabilidade social das minorias sexuais sob a perspectiva jurídica. In: CAMPOS, Nilson Tadeu Reis. (Org.). *O direito e as pessoas vulneráveis na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

_____; SEGATTO, Antonio Carlos; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa. O exercício ilegítimo do discurso de ódio homofóbico sob a ótica da sexualidade e da dignidade humana. *Revista Jurídica Unicuritiba*, Curitiba, v. 1, n. 46, p. 90-118, 2017. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2001/1282>>. Acesso em: 04 out. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAZELATTO, Caio Eduardo Costa; CARDIN, Valeria Silva Galdino. Homophobic hate discourse in the information society: from the impacts to the balance of the computer environment and to human sexuality. *Revista do Direito UNISC*, Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 51, p. 176-191, jan. 2017. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/8742>>. Acesso em: 04 out. 2017.

_____; CARDIN, Valeria Silva Galdino. O discurso de ódio homofóbico no Brasil: um instrumento limitador da sexualidade humana. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, Maringá, v. 16, n. 3, p. 919-938, set./dez. 2016. Disponível em: <periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5465/2893>. Acesso em: 04 out. 2017.

CHÄFER, Gilberto; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SANTOS, Rodrigo Hamilton dos. Discurso de ódio: Da abordagem conceitual ao discurso parlamentar. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 52, n. 207, p. 143-158, jul./set. 2015. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/207/ril_v52_n207_p143.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2017.

CONSULTOR JURÍDICO. *Jair Bolsonaro é condenado a pagar R\$ 150 mil por declarações homofóbicas*. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-14/bolsonaro-condenado-pagar-150-mil-declaracoes-homofobicas>>. Acesso em: 05 maio 2017.

DECORO. *DICIO, Dicionário Online de Português*. 2017. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/decoro/>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIAS, Roberto Moreira; LAURENTIS, Lucas Catib de. Imunidades parlamentares e abusos de direitos: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília-DF, v. 49, n. 195, p. 7-24, jul./set. 2012. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496594/000966843.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

201

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U. S. Constitution. Disponível em: <<https://www.usconstitution.net/xconst.html>>. Acesso em :11 jul. 2017.

GRUPO GAY DA BAHIA. Relatório 2015: Assassinatos de LGBT no Brasil. 2015. Disponível em: <www.calameo.com/read/0046502184820246ba018>. Acesso em: 17 fev. 2017.

GRUPO GAY DA BAHIA. Relatório 2016: Assassinatos de LGBT no Brasil. 2016. Disponível em: <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/01/relatc3b3rio-2016-ps.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2017.

LEAL, Fernanda Rabelo Oliveira. O fenômeno "discurso do ódio" sob a ótica do direito constitucional brasileiro contemporâneo. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF, 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.52399&seo=1>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Constituição Federal comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MICHELS, Eduardo. *Quem a homotransfobia matou hoje?* 2017. Disponível em: <<https://homofobiamata.wordpress.com>>. Acesso em: 06 nov. 2017.



MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

NUNES, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVA, Thiago Dias. *Minorias sexuais e os limites da liberdade de expressão: o discurso de ódio e a segregação social dos indivíduos LGBT no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2015.

SANTOS, George Resende Rumiatto de Lima Santos. *Imunidade parlamentar material no Congresso tem limites no decoro*. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-18/george-rumiatto-imunidade-parlamentar-limites-decoro>>. Acesso em: 07 mar. 2017.

SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SECO, Raquel. Circo e constrangimento na Câmara dos Deputados: Parlamentares votam o impeachment da presidenta entre cartazes, bandeiras e gritos. *El País*, São Paulo, 19 abr. 2016. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/17/internacional/1460921625_869124.html>. Acesso em: 06 nov. 2017.

SILVA JÚNIOR, Rogério Torres da. *Impessoalidade e crise institucional: uma relação invisível aos olhos de quem deveria ver*. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/01/13/impessoalidade-e-crise-institucional-uma-relacao-invisivel-aos-olhos-de-quem-deveria-ver/>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

SOBRAL, Davi Moreira Soares. A imunidade material dos parlamentares e o antagonismo do seu caráter absoluto face aos princípios interpretativos constitucionais. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF, 30 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55791&seo=1>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TGEU, Transgender Europe. Transgender Europe's Trans Murder Monitoring project reveals. 2014. Disponível em: <<http://tgeu.org/transgender-europe-tdor-press-release-october-30-2014/>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

Submissão: 01/12/2017
Aceito para Publicação: 04/05/2018



OS PARÂMETROS DE ATIVISMO JUDICIAL NA CONFLITUOSA CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

THE PARAMETERS OF JUDICIAL ACTIVISM IN THE CONFLICTUAL CONCESSION OF HIGH COST MEDICINES

Eloy Pereira Lemos Junior*

Dalvaney Aparecida de Araújo**

RESUMO: O presente artigo visa analisar o papel do Poder Judiciário na judicialização da Saúde. Muito embora o direito de assistência à saúde constitua um bem assegurado a todos, a inoperância do Poder Legislativo e a inefetividade do Poder Executivo na fomentação dessas políticas acaba por inviabilizar a eficácia dessa garantia, suscitando medidas judiciais que culminam no ativismo judicial. Examinar-se-á os critérios utilizados pelo STF nas ações inerentes a saúde e quais os parâmetros utilizados na concessão dos medicamentos de alto custo, de forma a verificar se o direito fundamental à saúde é observado na perspectiva individual e coletiva ou se as decisões possuem caráter desarrazoado e emocional sem se pautar na necessária distribuição equânime dos recursos sanitários. A metodologia empregada foi dedutivo-hipotética por meio da pesquisa teórico-bibliográfica e documental.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial. Judicialização da saúde. Medicamentos de Alto Custo.

SUMÁRIO: Introdução. 1 A Jurisdição Constitucional e a Dificuldade Contramajoritária. 2 Algumas Teorias sobre o Papel da Jurisdição Constitucional na Democracia. 3 Ativismo Judicial e Judicialização: Delineamentos e Parâmetros de Aplicabilidade. 3.1 Dimensões do Significado do Termo Ativismo. 3.2 A Dialética Negativa e Positiva do Ativismo Judicial. 3.3 Judicialização de Políticas Públicas. 4 Judicialização Excessiva da Saúde e a Atuação do Supremo Tribunal Federal nos Casos de Medicamentos de Alto Custo: Ativismo Judicial ou Efeitos Nefastos da Judicialização da Saúde. 4.1 O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Saúde. Considerações Finais. Referências.

ABSTRACT: This article aims at analyzing the role of the Judiciary in the judicialization of health. Although the right to health care constitutes a good assured to all, the ineffectiveness of the Legislative Power and the ineffectiveness of the Executive Power in fomenting these policies ends up rendering ineffective guaranteeing judicial measures that culminate in judicial activism. It will examine the criteria used by the STF in the actions inherent to health and the parameters used in the granting of high-cost medicines, in order to verify if the fundamental right to health is observed from an individual and collective perspective or if the decisions have unreasonable and emotional character without being based on the necessary equitable distribution of health resources. The methodology used was deductive-hypothetical through theoretical-bibliographic and documentary research.

KEYWORDS: Judicial activism. Health judicialization. High-cost drugs.

204

INTRODUÇÃO

A proposta do presente artigo consiste em verificar o papel do Poder Judiciário na jurisdição constitucional com a finalidade de compreender a legitimidade da prática ativista nos casos de judicialização da saúde em medicamentos de alto custo, para, em um contexto crítico-analítico, ponderar sobre os parâmetros de autocontenção judicial nessa matéria.

* Pós-Doutor pela Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Doutor em Direito Empresarial pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor titular do Programa de Pós-Graduação em Direito e da Faculdade de Direito da Universidade de Itaúna e da FUPAC Nova Lima, Minas Gerais.

** Mestranda em Proteção dos Direitos Fundamentais no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Itaúna, Minas Gerais. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG).



A jurisdição constitucional teve um avanço significativo no país nos últimos anos com o advento do texto constitucional de 1988 no tocante à efetividade das políticas públicas, abarcando-se tantos os direitos fundamentais quanto os direitos sociais. Essas áreas, antes relegadas aos Poderes Executivos e Legislativos, vem exigindo do Poder Judiciário o exercício de um papel ativista, o que importa em diversas discussões acerca da legitimidade ou não de sua atuação.

Esse fenômeno do ativismo judicial contrasta com a democracia, com a teoria da separação de poderes e com o princípio majoritário, considerando a concessão de poderes em excesso ao Poder Judiciário, instituição que não possui representatividade política. Em contraponto existem as omissões legislativas e executivas no que tange à implementação de políticas públicas.

Essas vicissitudes ocorridas na esfera dos três poderes ensejaram o efeito da judicialização, que abre caminhos para o ativismo judicial. Esses institutos promovem alterações significativas na forma de interpretação do texto constitucional e no modo de participação da sociedade.

Nesse contexto, a judicialização da saúde tem se apresentado como uma das temáticas mais complexas da atualidade, em virtude dos graves problemas advindos da falta de critérios legais e inconscientes do voluntarismo e subjetivismo presente na maioria das decisões judiciais que, em regra, obrigam o Estado a conceder medicamentos e/ou tratamentos inconvenientes, seja pelo fato de serem inacessíveis, seja por se caracterizarem-se como medicamentos experimentais, cuja eficácia e qualidade são questionáveis.

Assim, a delimitação de contornos objetivos, racionais e ponderáveis nas decisões jurisdicionais nos casos de judicialização da saúde tende a evitar o protagonismo judicial exacerbado e a eficácia dos direitos fundamentais. Com isso, o presente trabalho tem por escopo, mediante pesquisa bibliográfica e documental das decisões do Supremo Tribunal Federal, no período pós-constitucional, examinar criticamente os problemas advindos da crescente judicialização do fornecimento de fármacos no país, aspirando apresentar alguns critérios ou diretrizes a serem utilizadas pelos órgãos jurisdicionais a partir de deduções lógicas dos julgamentos do STF, como forma de reduzir o subjetivismo das decisões judiciais e, consequentemente, assegurar a concretização do direito fundamental à saúde de toda a coletividade.

1 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA

A jurisdição constitucional, ou seja, a garantia jurisdicional da Constituição é uma forma de interpretação e aplicação do texto constitucional por órgãos judiciais e entes estatais. Prevalcia outrora um entendimento de que a Constituição, como um manifesto político, seria somente uma base de criação ou inspiração para feitura de leis constitucionais pelo Poder Legislativo. Contudo, aquela não seria uma norma jurídica em si, garantidora de direitos, obrigações e princípios, que pudesse ser objeto de aplicação plena do Poder Judiciário na apreciação e resolução de um caso concreto (como hodiernamente consolidou-se).

Essa visão de que a regulamentação da vida social girava em torno das leis editadas pelo parlamento vigorava na Europa continental até meados do século XX. Nesse sentido, a supremacia do parlamento e a centralidade da lei reinavam, de modo que o Poder Legislativo tinha legitimidade para criar o Direito, cabendo ao Poder Judiciário apenas a aplicação das normas aos casos concretos.

Nesse contexto histórico europeu, a maioria dos países não contava com mecanismos de controle de constitucionalidade das leis, visto que ele era concebido como antidemocrático por não advir de representantes eleitos pelo povo. Nos Estados Unidos, ao revés, vigorava a concepção de que o controle judicial constituiria um mecanismo de limite ao próprio legislador.

Com o precedente do caso *Marbury VS Madison* (juiz John Marshall), os Estados Unidos, em suas Constituições, marcam o início da época do constitucionalismo, ou seja, da concepção de supremacia das leis constitucionais em relação às leis ordinárias e do dever dos juízes de negar aplicação às leis contrárias à Constituição.

Na Europa, esse cenário modificou-se após a Segunda Guerra Mundial. Na Alemanha, a Lei Fundamental de 1949 criou mecanismos de controle de constitucionalidade e o Tribunal Federal Constitucional em exercício desde 1951. Na Itália, a Carta Magna de 1947, também instituiu o controle de constitucionalidade e a Corte Constitucional em funcionamento desde 1956. A França, embora avessa ao modelo de jurisdição constitucional, após o advento de sua Constituição em 1958, criou o Conselho Constitucional que exerce controle de constitucionalidade preventivo e, sobretudo, a partir de 1970 passou a exercer o controle repressivo. (SARMENTO; SOUZA NETO, 2015).

No Brasil, o controle de constitucionalidade das leis adveio com o Decreto 848/1890 (BRASIL, 1890), quando, por influência de Rui Barbosa se adotou o *judicial review*. A partir da Emenda Constitucional 16/1965, o modelo tornou-se mais complexo, com a adoção do controle de constitucionalidade concentrado, inspirado no modelo austríaco de Hans Kelsen. Todavia, seu uso era restrito, haja vista que o legitimado a propor a ação era somente o Procurador-Geral da República, cuja nomeação era livre por parte do Presidente da República. Com a Constituição de 1988 (BRASIL, 2018), o rol de legitimados para proposição de ações pautadas em controle abstrato aumentou e também as modalidades dessas ações.¹

O texto constitucional garantista aliado a uma maior consciência da sociedade de seus direitos e o fortalecimento do Poder Judiciário, principalmente pós-emenda constitucional de n. 45/2004 - emenda da reforma do Poder Judiciário (BRASIL, 2018) e fatores históricos ensejaram uma mudança na cultura jurídica brasileira, de modo que os princípios passaram a ser normas jurídicas de caráter vinculatório exercendo uma influência nos julgados, relevando o papel da jurisdição constitucional no país.

A jurisdição constitucional compreende duas acepções. A primeira reflete a aplicação direta da Constituição nas situações nela observadas ao passo que a segunda ocorre na aplicação indireta da Constituição, mais especificamente quando o intérprete a utiliza como critério de aferição de validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela melhor sentido (interpretação conforme a Constituição). (BARROSO, 2012).

Com esse viés, os julgados passaram a se embasar cada vez mais em princípios e não se aplicando eventuais normas que dissessem respeito ao caso concreto, ensejando o ativismo

¹ BRASIL. Constituição Federal 1988.

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

jurisdicional, o que suscitou o tema da “dificuldade contramajoritária” no país, até então pouco mencionada².

Partindo da premissa que cabe ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, respectivamente, a formulação e implementação de políticas públicas visando à efetivação dos direitos trazidos no artigo 5º da Carta Magna, pode-se observar como os tribunais se manifestam quando tais obrigações não são cumpridas pelos demais poderes. Conforme Luís Roberto Barroso (2002) assim como o Legislativo e o Executivo têm de agir para a efetivação dos direitos fundamentais, sua defesa é tarefa consoante à essência do Poder Judiciário, podendo-se destacar conforme dita o art. 5º, XXXV da Constituição Federal, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”, cabendo às Cortes conferir aos direitos fundamentais a máxima eficácia possível. Desta forma, o Poder Judiciário tem o “poder-dever” de recusar-se a aplicar preceitos que não respeitem os direitos fundamentais. Enquanto legislativo e executivo seguem a legitimação popular, com eleição direta, o judiciário funciona como um poder que tenta contrabalançar essa equação e garantir os direitos e princípios fundamentais. Diante disto, se não fosse desta forma, qualquer vontade política majoritária, ou seja, apoiada pela maioria, poderia ser aprovada para esmagar os direitos da minoria, sempre com base no argumento da prevalência da vontade majoritária. Isso não seria coerente com a noção de democracia, que pressupõe a defesa dos direitos individuais. Neste contexto, gera-se a chamada dificuldade contramajoritária, a qual se trata de uma suposta impossibilidade de que órgãos formados por agentes públicos não eletivos, invalidem decisões de órgãos legitimados pela escolha popular. Seria então, a dificuldade contramajoritária, um meio de se questionar a própria legitimidade do controle de constitucionalidade exercido pelos tribunais.

A chamada “dificuldade contramajoritária” do Poder Judiciário constitui uma verdadeira obsessão do direito estadunidense. Sistemas políticos dotados de controle de constitucionalidade das leis, nos quais juízes não eleitos podem invalidar decisões emanadas do Parlamento, cujos membros são escolhidos pelo povo.

O *judicial review* desde o seu nascedouro desperta intensa polêmica, em especial pelo seu caráter contramajoritário. Isso porque, dada a origem de escolha dos magistrados brasileiros

² Sobre o tema ver CARRARO, Angela Zilli. *A dificuldade contramajoritária no Estado Democrático de Direito: breves considerações*. Disponível em <<http://angelazillijuridico.blogspot.com.br/2011/05/dificuldade-contramajoritaria-no-estado.html>>. Acesso em: 15 maio 2018.

não ser pelo voto direto e majoritário, estes não possuiriam legitimidade para invalidar normas aprovadas pelo Legislativo. Entretanto, há que se salientar que não é de se estranhar que a objeção contramajoritária se revelasse presente no debate em curso. Há dois componentes, um técnico-jurídico, relacionado à aplicação do direito vigente em uma determinada ordem jurídica, e outro político, decorrente do conteúdo aberto de diversas normas constitucionais (PINTO, 2010).

Percebe-se a ocorrência da dificuldade contramajoritária no momento da aplicação de uma norma constitucional da segunda espécie, já que esse conteúdo não pode ser compreendido objetivamente sem as visões subjetivas do julgador. Reside nesse fator a emblemática questão da legitimidade dos juízes para fazer tais escolhas sob a perspectiva de uma origem antidemocrática. Isso porque se o juiz manifesta-se subjetivamente, ele cria normas e explicita o conteúdo destas por meio de uma opção política, não necessariamente jurídica, o que promove o questionamento de sua legitimidade para resolver assuntos deste tipo.

Explicita Sarmiento e Souza Neto (2015, p. 80-81) que:

A dificuldade contramajoritária reside no reconhecimento de que, diante da vagueza e abertura de boa parte das normas constitucionais, bem como da possibilidade de que elas entrem em colisões, quem as interpreta e aplica também participa de seu processo de criação. Daí a crítica de que a jurisdição constitucional acaba por conferir aos juízes uma espécie de “poder constituinte permanente”, pois lhes permite moldar a Constituição de acordo com as suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas adotadas pelo legislador eleito. Essa visão levou inúmeras correntes de pensamento ao longo da história a rejeitarem a jurisdição constitucional ou pelo menos o ativismo judicial no seu exercício.

Existem aqueles que entendem não existir a chamada dificuldade contramajoritária no controle de constitucionalidade. Argumentam que, ao analisar o caso concreto, o juiz não irá atuar contra a vontade popular, uma vez que também encontra-se inserido em sociedade e dos valores dela também comunga. Esse entendimento empolga o ordenamento jurídico. Outro argumento reside no fato de que a democratização da jurisdição constitucional teria superado a dificuldade contramajoritária. (SARMENTO; SOUZA NETO, 2015).

A dificuldade contramajoritária constitui apenas uma das críticas ao *judicial review*, já que a supremacia judicial é uma tendência recente que tem se tornado o principal objeto das críticas à atuação da Suprema Corte. De certo que os autores que criticam a supremacia judicial não negam a importância deste poder na proteção do texto constitucional e, principalmente, dos direitos fundamentais assegurados aos cidadãos. Eles questionam o fato se esta deve ser a última

palavra sobre tais matérias, defendendo uma participação mais intensa dos demais poderes na garantia de tais prerrogativas. (PINTO, 2010).

Essa discussão da jurisdição constitucional tende a oscilar conforme a orientação política adotada pelo tribunal. E, no Brasil, ela possui grande relevo e cada vez ganha mais. É que, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, o controle de constitucionalidade está expressamente previsto na Carta Magna, de modo que a emblemática não reside na adoção ou rejeição do instituto, mas sim sobre o modo e a intensidade com que os juízes e os tribunais deverão empregá-lo, se de forma mais ousada e ativista, ou de forma mais simples, como aquelas realizadas pelos poderes políticos.

2 ALGUMAS TEORIAS SOBRE O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA DEMOCRACIA

O papel adequado ao controle de constitucionalidade no Estado Democrático de Direito constitui fator de várias interpretações a partir de perspectivas diferentes. No constitucionalismo popular vislumbra-se como característica elementar a ilegalidade do controle jurisdicional da constitucionalidade. Para os adeptos dessa corrente, a interpretação e aplicação do texto constitucional deve se dar pelo povo ou seus representantes diretos e não pelo Judiciário uma vez que o texto constitucional deveria inspirar a atuação dos primeiros e não ser objeto de limitação por parte dos segundos.

Numa perspectiva do constitucionalismo rígido, os juízes não podem criar normas já que isso implicaria numa invasão no campo da legislação, cabendo-lhes somente censurar a sua invalidade por violação ao texto constitucional, anulá-las no âmbito da jurisdição constitucional, desaplicá-las ou suscitar exceções de inconstitucionalidade no campo da jurisdição ordinária. Em todos esses casos, a intervenção se daria não na esfera legítima, mas na esfera ilegítima da política. (FERRAJOLI, 2008).

Explica Ferrajoli (2008) que a legitimidade da jurisdição tem como base o caráter cognitivo a ser explicitado na subsunção e na aplicação da lei, mas depende do grau de taxatividade e de determinação da linguagem legal ao passo que a indeterminação normativa e a conseqüente discricionariedade do juiz constituem um fator de deslegitimação da atividade judicial. Desse modo, o cognitivismo judiciário remete-se à outra face do princípio da legalidade.

Nesse caso, a satisfação de um ideal similar constitui uma questão de grau, dependente do alcance de determinação ou de estreita legalidade da linguagem legal. Contudo, o Poder Judiciário, ao ultrapassar um certo grau de indeterminação, quando se converte em poder criativo ou de disposição, perde qualquer legitimidade.

Já o neoconstitucionalismo pressupõe a solução dos conflitos entre direitos sob uma análise ponderativa a ser realizada pelo Poder Judiciário. É que a necessidade de resolver tensões entre princípios constitucionais colidentes tornou o uso do princípio da proporcionalidade frequente nas decisões judiciais, o que permeou o desenvolvimento de diversas teorias de argumentação jurídica partindo-se de premissas de natureza moral ou do campo empírico subjacente às normas.

O chamado constitucionalismo contemporâneo atua sob três premissas do ponto de vista metodológico-formal. A primeira seria a normatividade da Constituição, ou seja, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais, de imperatividade). A segunda pauta-se na superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica, remetendo-se às Constituições rígidas. A terceira constitui a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição. (BARCELLOS, 2005).

Já sob o ponto de vista material, os elementos caracterizadores são a incorporação explícita de valores e opções políticas nas Constituições, especialmente a promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais e a expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional. (BARCELLOS, 2005).

Essa necessidade de resolver tensões entre princípios constitucionais em colisão promoveu a adoção da técnica de ponderação, haja vista que as diferentes pretensões necessitam conviver e harmonizar-se. Nesse sentido, o Direito passou a analisar questões de natureza axiológica e princípios com esse conteúdo, como a dignidade da pessoa humana, igualdade, Estado Democrático de Direito e solidariedade social.

O problema é que o neoconstitucionalismo foca-se no Poder Judiciário e nele deposita enormes expectativas de concretização de ideais contemporâneos. Outra crítica seria a de que ao enfatizar a aplicação dos princípios com base na ponderação, em detrimento de regras e da



subsunção, a teoria acabaria por alimentar o decisionismo judicial e geraria insegurança jurídica. (SARMENTO; SOUZA NETO, 2015).

No caso do Brasil, explicitam os autores que:

Hoje, instalou-se um ambiente no Brasil que aplaude e valoriza as decisões principiológicas e não aprecia tanto aquelas calcadas em regras legais, que são vistas como burocráticas ou positivistas (...) os operadores do direito são estimulados a sempre invocar princípios muito vagos nas suas decisões, mesmo quando isso seja absolutamente desnecessário, pela existência da regra clara e válida a reger hipótese. (...) A tendência atual de invocação frouxa e não fundamentada de princípios colide com a lógica do Estado Democrático de Direito, pois amplia as chances de arbitrariedade judicial, gera insegurança jurídica e atropela a divisão funcional de poderes que têm no ideário democrático um dos seus fundamentos. (SARMENTO, SOUZA NETO, 2015, p.99-100)

O neoconstitucionalismo enfrenta ainda um conflito de caráter geral no tocante ao papel da Constituição e ao espaço adequado da jurisdição constitucional. São duas ideias distintas. O primeiro, o procedimentalismo, sustenta que o papel da constituição é definir as regras do jogo político, assegurando a fluidez da democracia. Essa teoria pressupõe que as decisões substantivas sobre temas controvertidos no campo moral, econômico, político devem ser objeto de análises do povo ou de seus representantes.

Outrossim, já o substancialismo, indica o inverso, esteando que a legitimidade da adoção de decisões substantivas deve ser objeto das Constituições. Entendem que o texto constitucional deve impor ao campo político um conjunto de decisões valorativas consideradas essenciais e consensuais.

Esse conflito do substancialismo *versus* procedimentalismo não contrapõe realmente duas ideias antagônicas ou totalmente inconciliáveis. É que o segundo, em suas diferentes vertentes, admite que o funcionamento do sistema de deliberação democrática requer a observância de condições específicas descritas como opções materiais e se conduzem a opções valorativas ou políticas.

Assim, o “sistema de diálogo democrático não tem como funcionar de forma minimamente adequada se as pessoas não tiverem condições de dignidade ou se seus direitos, ao menos em patamares mínimos, não forem respeitados.” (BARCELLOS, 2005, p.7). Feitas essas ponderações acerca das teorias constitucionalistas, realiza-se um resgate histórico da dificuldade contramajoritária e o nascedouro do ativismo judicial, visando-se estabelecer parâmetros e delineamentos do instituto.

3 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO: DELINEAMENTOS E PARÂMETROS DE APLICABILIDADE

3.1 Dimensões do Significado do Termo Ativismo

O ativismo pauta-se em um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição que não foram levadas em consideração nem pelo constituinte nem pelo legislador. Trata-se de um termo ambíguo usado historicamente para caracterizar o perfil de determinados juízes norte americanos como ativistas ou não, no sentido de “combater” as omissões legislativas em decisões de cunho político liberal. Em outra conotação (usado em sentido vazio), também é utilizado para caracterizar a desaprovação de uma determinada decisão judicial.

A emblemática em se identificar o ativismo judicial advém da dificuldade em se aferir o parâmetro de interpretação constitucional, já que para se considerar ativismo parte-se de:

(...) uma controvertida posição sobre qual é a correta leitura de um determinado dispositivo constitucional. Mais do que isso: não é a mera atividade de controle de constitucionalidade - consequentemente, o repúdio ao ato do poder legislativo - que permite a identificação do ativismo como traço marcante de um órgão Jurisdicional, mas a reiteração dessa mesma conduta de desafio aos atos de outro poder. (VALLE, 2009, p. 21).

Barroso (2012) explicita a dimensão do ativismo e indica os contornos da teoria, esclarecendo que a origem adveio de uma revolução profunda e silente veiculada pela jurisprudência progressiva em matérias de direitos fundamentais. Pontua o autor que:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judiciário. Todavia, depurada essa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora - a ideia de ativismo está associada a uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação dos espaços vazios. (BARROSO, 2012, p. 371).

Embora o ativismo esteja ligado à judicialização, dela difere na medida em que ela reside em questões relevantes de cunho político, moral e social que são objetos de apreciação judicial em caráter final. Trata-se daquelas atividades tipicamente preponderantes dos Poderes Legislativo e Executivo que são transferidas ao Poder Judiciário.

Com isso, os tribunais e magistrados acabam por se tornarem atores políticos, conquanto com singularidades e embasamentos distintos dos demais poderes. Eles se tornam personagens centrais na resolução de relevantes conflitos morais e políticos cujos efeitos de suas decisões acabam por impactar no sistema político. Nesse sentido, ainda que não o integrem, constituem verdadeiros mecanismos de poder e, direta ou indiretamente, participam da formação da vontade política predominante.

A relação entre direito e política consiste num vaivém de implicações recíprocas, de modo que da mesma forma que as deliberações do ativismo intervêm no cenário político, o revés também se demonstra realístico. Assim, um cenário político invasivo pode acarretar uma postura de passivismo judicial e já um ambiente político de liberdade decisória pode refletir numa oportunidade de ativismo judicial.

Ressalte-se, contudo, que a posição de ativista ou não nem sempre depende de uma escolha deliberada dos tribunais e magistrados, já que, diante da submissão de demandas, pelos atores políticos e/ou sociais, eles devem decidir sobre conflitos cruciais hodiernos. Esses fatores externos propiciados pela judicialização da política criam ocasiões oportunas para o exercício do ativismo judicial, que dependerá do comportamento do juiz.

Decisões meramente principiológicas e sem embasamento legal, quando o caso concreto possuir, podem levar a sentenças subjetivas advindas de vontades ocasionais. Nesse sentido, corre-se o risco de decisões sem vínculo aos textos legais tornarem-se precedentes (sobretudo na ótica do Novo Código de Processo Civil)³, o que corresponderia à negação de valores

³ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito Brasileiro. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>. Acesso em 15 mai. 2018.

“A criação de um novo sistema de precedentes vinculantes pelo CPC/2015: A trajetória descrita acima completou-se com o Novo Código de Processo Civil. Nele se instituiu um sistema amplo de precedentes vinculantes, prevendo-se a possibilidade de produção de julgados com tal eficácia não apenas pelos tribunais superiores, mas igualmente pelos tribunais de segundo grau. Nessa linha, o art. 927 do novo Código definiu, como entendimentos a serem obrigatoriamente observados pelas demais instâncias: (i) as súmulas vinculantes, (ii) as decisões proferidas pelo STF em sede de controle concentrado da constitucionalidade, (iii) os acórdãos proferidos em julgamento com repercussão geral ou em recurso extraordinário ou especial repetitivo, (iv) os julgados dos tribunais proferidos em incidente de resolução de demanda repetitiva e (v) em incidente de assunção de competência, (vi) os enunciados

fundamentais e princípios constitucionais brasileiros previstos especialmente no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 (especialmente arts. 1º a 11), essenciais ao Estado de Direito.

Nessa perspectiva, os tribunais e magistrados deveriam atuar não como verdadeiros atores políticos, mas como intérpretes jurídico-políticos, de forma a se desenvolver entendimentos ponderados, cujo equilíbrio das funções judiciais e políticas fossem visíveis em sentenças e acórdãos.

Oportunamente cumpre distinguir de um lado o ativismo judicial político, e por outro, o ativismo judicial jurisdicional democrático, isto é, o ativismo judicial que diz respeito às funções eminentemente jurisdicionais típicas do modelo democrático de Estado (LEITE, 2014, p. 14).

O ativismo judicial político corresponde à postura em função da qual o juiz tende a buscar ampliar o campo de abrangência de suas decisões de modo a decidir questões de mérito político, de modo que – da mesma forma que ocorre com a noção de *judicial activism* no ambiente democrático anglo-americano. Já o ativismo judicial jurisdicional consiste na tendência adotada pelo juiz que atua no ambiente judiciário de um Estado pós-autoritário, ambiente esse inapto para permitir que se garanta efetividade aos direitos dos cidadãos, de dedicar especial ênfase no sentido de ampliar os limites tradicionais – portanto, pré-democráticos – da ação judiciária no desempenho da atividade jurisdicional propriamente dita, ou seja, tendo em vista decisões que versem não sobre matéria de conteúdo político, mas sobre matéria puramente jurídica relativa à garantia de direitos e sanção de atos ilícitos (accountabilities system). (LEITE, 2014, p. 25)

A falta de precisão e rigor semântico na classificação do ativismo judicial no Brasil tem gerado problemas teoricamente importantes relacionados à compreensão do tema. Ao não distinguir o ativismo judicial político do ativismo judicial jurisdicional, a doutrina brasileira incide em conclusões equivocadas: os defensores de um “ativismo judicial” genérico afirmam que o juiz que se entende incompetente para proferir decisões sobre questões de mérito político, ou seja, o juiz que não pratique o que a doutrina brasileira chama genericamente de ‘ativismo judicial’, é um “juiz ineficaz”, pois, segundo essa ótica, “o passivismo do Judiciário é contrário ao interesse social na promoção da justiça” (CAMBI apud LEITE, 2014, p. 27).

da súmula simples da jurisprudência do STF e do STJ e (vii) as orientações firmadas pelo plenário ou pelos órgãos especiais das cortes de segundo grau”.

De fato, pode parecer, à primeira vista, que a expressão “juiz eficaz” tem o mesmo significado que “juiz ativista”, mas essas qualidades não se confundem. Se empregarmos a terminologia mais precisa, veremos que um juiz politicamente ativista (que tende a proferir decisões sobre matérias de conteúdo político e definição de políticas públicas) pode se mostrar ineficaz e brando na tarefa de decidir questões não políticas e eminentemente jurídicas, como aquelas relativas à garantia de direitos fundamentais e sanção do ato ilícito, ao passo que um juiz politicamente passivista (que se considera incompetente para invadir a área de decisão que ele entende afeta à opinião pública), pode ser extremamente eficaz e rigoroso no que tange às decisões sobre matéria eminentemente jurídica e, portanto, no desempenho da função de assegurar os direitos dos cidadãos, a regularidade do processo democrático e implementar a responsabilização dos infratores, ressaltando-se que ele talvez opte pela postura politicamente passivista justamente por entender que o contrário disso implicaria tolher o direito fundamental de participação do cidadão (LEITE, 2014, p. 27).

216

3.2 A Dialecticidade Negativa e Positiva do Ativismo Judicial

Diversas são as críticas acerca da expansão da intervenção judicial. Não se olvida que o papel exercido pelo Poder Judiciário na efetivação de políticas públicas possui grande relevância. Contudo, algumas considerações a despeito da investidura dos juízes, a fundamentação de seus discursos ativistas merece reflexão, já que essa esfera de Poder não possui a hegemonia da concessão, quase que exclusiva, da interpretação da Constituição. Há que analisar na teoria da separação de poderes e princípio majoritário⁴ o viés da ponderação e moderação que devem ser exercidos constantemente na atividade política (Legislativo e Executivo) e o Poder Jurisdicional.

Os argumentos de que a separação de poderes e o princípio majoritário bloqueariam a eficácia dos enunciados normativos são diversos. O primeiro deles seria uma invasão do Poder Judiciário nas esferas de competência dos demais poderes, o que provocaria ausência de legitimidade daquele em relação a este para assuntos de cunho político. Outro argumento seria

⁴ O Sistema Eleitoral Majoritário é o adotado nas eleições para Senador da República, Presidente da República, Governadores da República e Prefeitos. Este sistema leva em conta o número de votos válidos ofertados ao candidato registrado por partido político aos cargos citados. Vence a eleição o candidato que obtiver a maioria dos votos. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2542454/o-que-se-entende-por-principios-majoritario-e-proporcional>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

o fato de uma exacerbação da judicialização, em que se limitaria a concessão de direitos de alguns em face de interesses coletivos e os impactos dessa decisão nos orçamentos públicos, já que os estudos deste aspecto são políticos e não jurídicos. Um terceiro argumento seria que juízes e promotores não são agentes públicos, advindos de uma vontade popular.

Essas questões introduzem as críticas à jurisdição constitucional e o ativismo judicial de natureza política e ideológica. A primeira discute a legitimidade democrática e sua suposta maior eficiência na proteção dos direitos fundamentais. A segunda trata da visão do Judiciário enquanto instituição tradicionalmente conservadora das distribuições de poder e de riqueza na sociedade (BARROSO, 2012).

Outra crítica pauta-se na capacidade institucional no sentido de examinar qual dos poderes tem maiores condições de produzir uma decisão satisfatória a casos complexos de determinada matéria. É que situações de difíceis resoluções que exigem conhecimentos técnicos e empíricos não podem ser submetidos ao Judiciário, o qual nem sempre tem noção dos efeitos macros de sua decisão, já que, geralmente, sua análise é microanalítica em um caso concreto.

Há ainda a crítica a despeito da limitação do debate, evidenciando que a judicialização e o protagonismo judicial não necessariamente promovem um debate democrático, na medida em que a discussão no universo jurídico é diferente daquela exercida em ambientes políticos. O primeiro exige conhecimento técnico e uma linguagem específica, o que não é acessível a toda a população e representada pelos outros dois Poderes da República. E ainda há a inversão de debates, discutindo-se, por exemplo, temas como os ideais de Justiça no Poder Judiciário e não no Legislativo e Executivo, onde seriam os lugares próprios e legítimos para este debate político, ao invés de um discussão casual, racional e técnica, mais de competência do Judiciário.

Explica Barroso (2012) que institutos como audiências públicas e *amicus curiae* tendem a abrandar o problema, contudo não os suprime, o que pode levar à apatia nas forças sociais.

Nino (1997), ao manifestar acerca da legitimidade do Judiciário em atuar em esferas típicas do Legislativo, considera que defender a supremacia do primeiro em face do segundo implicar-se-ia num “elitismo epistemológico” injustificável, vez que é a democracia que possui um axioma intrínseco. Contudo, ele defende que em três situações essa atuação do Judiciário seria justificável. A primeira seria quando as regras da democracia não forem respeitadas. A segunda quando estiver em jogo a autonomia pessoal do indivíduo. Em sua visão, a decisão individual sobre sua própria autonomia tem valor maior que a decisão democrática. E a terceira

refere-se a hipótese de se preservar uma prática social ou convencional de modo que a decisão judicial faça prevalecer a constituição histórica.

Por certo que as críticas em torno do ativismo judicial e da própria jurisdição constitucional são diversas, cada qual com embasamento crítico devidamente fundamentado. Mas a questão é que não se pode negar aos cidadãos o acesso ao Judiciário, já que se trata de um princípio fundamental basilar da nossa Constituição. E, uma vez proposta a ação, o magistrado deve decidi-la e a argumentação principiológica para fundamentá-la, ele promove por meio do viés interpretativo neoconstitucional.

Essa densa situação de poder/dever de agir aliada à crise de representatividade dos demais poderes no que tange à implementação de políticas públicas voltadas à eficácia dos direitos fundamentais levam a um caminho em que a inexistência de ações de cunho jurisdicional é inconcebível, de forma que a discussão deve se pautar em parâmetros de ponderação, de autocontenção das decisões judiciais.

Nesse contexto, tem-se que a jurisdição constitucional constitui um elemento essencial ao Estado Democrático de Direito. Contudo, ela não pode ser o artefato viabilizador de políticas públicas. Ela coexiste como espaço de legitimação discursiva de ambos os poderes, funcionando como complemento, como mecanismo de proteção e promoção dos direitos fundamentais, resguardando-se as regras do jogo democrático.

Assim, o judiciário deve agir em defesa dos preceitos essenciais da Constituição sob um viés democrático, não podendo a Corte Suprema impor sua interpretação do texto constitucional já que lhe cabe a última palavra, oprimindo-se a voz das ruas, movimentos sociais e demais canais de manifestação da sociedade. Isso porque os cidadãos devem ter sempre o direito de lutar pela concretização de seus direitos, independentemente da esfera de poder que promova a limitação.

3.3 Judicialização de Políticas Públicas

A judicialização das políticas públicas opera-se quando os órgãos jurisdicionais, no desempenho normal de suas funções, têm sua atuação afetada de modo significativo, devido à necessidade de decidirem sobre questões de elevado caráter político, em especial, intervirem mediante provimentos jurisdicionais para direcionar, corrigir ou exigir a implementação de ações públicas para a satisfação de direitos individuais ou coletivos. Reside, pois, em questões

relevantes de cunho político, moral e social que são objetos de apreciação judicial em caráter final, o que implica, em muitas das vezes, na substituição das decisões políticas tomadas pelos gestores públicos.

Trata-se daquelas atividades tipicamente preponderantes dos Poderes Legislativo e Executivo que são transferidas ao Poder Judiciário, em razão de uma situação de omissão ou de uma atuação insuficiente. Com isso, os tribunais e magistrados acabam por se tornarem atores políticos, conquanto com singularidades e embasamentos distintos dos demais poderes. Eles se tornam personagens centrais na resolução de relevantes conflitos morais cujos efeitos são vislumbrados no impacto de suas decisões no sistema político. Nesse sentido, ainda que não o integrem, constituem verdadeiros mecanismos de poder e, direta ou indiretamente, participam da formação da vontade política predominante.

Assim, há uma conversão de circunstâncias tradicionalmente consideradas de natureza política em situações jurídicas, o que enseja a origem da jurisdicionalização do processo decisório, aumentando a tensão entre política e o direito. Nesse contexto, se antes o Poder Judiciário brasileiro exercia papel coadjuvante na realização das políticas de Estado para a garantia e defesa da saúde dos brasileiros, como direito fundamental; tendo em vista a não positivação de normas legais por parte do Poder Legislativo e a ineficácia do Poder Executivo em efetivar essas políticas públicas, ele passou, na atualidade, a exercer papel de protagonismo, especialmente na área da saúde, em ações relativas à garantia de tratamentos ou fornecimento de medicamentos.

219

4 JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA DA SAÚDE E A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS CASOS DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO: ATIVISMO JUDICIAL OU EFEITOS NEFASTOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

O direito à saúde constitui um direito fundamental de natureza social cujas diretrizes e garantias são estabelecidas pelo texto constitucional. A saúde institui-se como direito de todos e dever do Estado e o reconhecimento de sua natureza advém de um longo processo histórico de avanços da sociedade no que diz respeito ao exercício da cidadania.

A nova ordem constitucional consagrou o direito universal à saúde e as obrigações de financiamento para cada nível de governo. Regulamentou o sistema privado e institui-se como princípio constitutivo do Sistema Único de Saúde a participação da comunidade. Para garantir

essa participação foram definidos, constitucionalmente, vários dispositivos de controle social. Como forma de dimensionar esses parâmetros, a Constituição da República estabeleceu as competências para legislar sobre proteção e defesa da saúde.⁵

De forma concorrente, compete à União, aos Estados e aos Municípios a legislar sobre saúde e, de modo comum, elaborar e implementar políticas públicas em matéria de saúde. Em matéria legislativa, à União foi atribuída a competência para o estabelecimento de regras gerais, ao Estado, criar normas suplementares e, aos Municípios, legislar sobre assuntos de interesse local. Nestes termos, tem-se que as competências constitucionalmente atribuídas para ações e serviços voltados à saúde, são repartidas aos entes federados de modo que, a União e os Estados contribuem técnica e financeiramente, ao passo que os Municípios executam os serviços por meio da descentralização.

Enquanto direito social, a saúde, assim como os demais direitos desse âmbito, remete a prestações positivas proporcionadas pelo Estado, de forma direta ou indireta, que possibilitam melhores condições de vida aos mais vulneráveis, buscando igualizar situações sociais desiguais. O problema é que as ações de políticas públicas voltadas à saúde, que deveriam implicar em diretrizes, estratégias, prioridades e metas a serem perseguidas de forma eficiente pelos órgãos públicos, em virtude das crescentes demandas sociais e anseios da coletividade, restam frustradas ante a ineficiência do Poder Executivo em gerir os recursos disponíveis e do Poder Legislativo em elaborar legislações que garantam a efetividade desse direito.

Assim, para satisfazê-los, os cidadãos e entes coletivos passaram a enxergar no Poder Judiciário a única possibilidade de satisfação de suas demandas, ocasionando a massiva e crescente judicialização da saúde. Esse cenário impacta nas demais políticas do Estado e principalmente implica no orçamento público de forma arrebatadora. Isso porque, segundo o Ministério da Saúde (2008), em 2005, a União gastou diretamente R\$ 2,5 milhões com aquisição de medicamentos solicitados pela via judicial e foi citada como ré em 387 processos.

⁵ BRASIL. Constituição Federal de 1988:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

Em 2007, o gasto passou para R\$ 15 milhões destinados ao atendimento de aproximadamente três mil ações. Em 2008, as despesas alcançaram R\$ 52 milhões.⁶

No caso específico de medicamentos, os custos são ainda mais alarmantes. Os gastos do Ministério da Saúde com o fornecimento de medicamentos e insumos para cumprimento de provimentos jurisdicionais passaram de cerca de R\$ 2,5 milhões, em 2005, para R\$ 266 milhões, em 2011, um aumento equivalente a mais de 10.000%. Em 2014, o valor despendido pelo Ministério da Saúde para cumprimento de provimentos jurisdicionais chegou a R\$ 843 milhões.⁷

Esses números refletem os gastos gerados e a implicação das decisões judiciais no cenário político e econômico do país em matéria de saúde. Conquanto haja uma morosidade na prestação jurisdicional, ao se analisarem as ações em tramitação, os órgãos jurisdicionais não se baseiam em critérios específicos e técnicos a demonstrarem a viabilidade da concessão de medicamentos ou tratamentos médicos, sendo deferidos pedidos, em diversos casos, sem uma organicidade necessária, o que compromete o orçamento governamental.

Desse modo, dada a especificidade dos medicamentos de alto custo e o dispêndio financeiro causado para o cumprimento das decisões judiciais, há que se vislumbrar uma solução hermenêutica que possa dar supedâneo às referidas decisões. Nesse contexto, os julgados dos Supremo Tribunal Federal, ainda que sob o viés do ativismo judicial, tem apontado caminhos iniciais para a construção de provimentos jurisdicionais que privilegiem os direitos fundamentais tanto sob a ótica individual como coletiva.

Ressalte-se, contudo, que “escrever sobre a Suprema Corte é como atirar em um alvo em movimento.” (THUSNET, 2005, p.347). Isso porque diversas são as exposições e os períodos em que os pensamentos são exarados. Não há uma lógica na exposição de motivos de determinados votos, ao passo que em outros sim. Daí a construção do pensamento não necessariamente se torna concatenado, de modo a criar parâmetros para casos conflituosos como o de medicamentos de alto custo. Mas, no tocante a essa seara da saúde, os julgamentos do STF vêm apresentando arcabouços teóricos e práticos. Desse modo, passa-se a analisar

⁶ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Disponível em: <<http://www.sinmedmg.org.br/visualizacaodenoticias/ler/7032/acoes-judiciais-comprometem-politica-de-saude>>. Acesso em: 20 set. 2017.

⁷ MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2015. Disponível em: <http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2017/maio/15/06042017_Gasto-com-10-remedios-mais-pedidos-na-Justica.pdf>. Acesso em: 20 set. 2017.

julgados do STF, para então argumentar criticamente sob os parâmetros a serem vislumbrados em eventuais decisões judiciais.

4.1 O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Saúde

A deficiência na saúde pública do país, enquanto fruto de ineficiências e inações governamentais na implementação de políticas públicas nessa esfera, vem suscitando a judicialização sanitária e, por consequência, promovendo o ativismo judicial. E o Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua função precípua de declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos e também de sanar lacunas do sistema jurídico ou omissões inconstitucionais dos Poderes, acaba por desempenhar esse papel de protagonista judicial em seus julgados para se concretizar direitos fundamentais.

Desde o advento da Constituição Federal, o STF vem conferindo plena efetividade às normas sociais, analisando o texto constitucional sob a perspectiva da universalidade e isonomia que regem o sistema de saúde pública. O exame do orçamento público para atender tais demandas eram relegados a segundo plano. Isso porque garantir o direito social em um contexto de uma constituição cidadã num período pós-ditadura apresentava-se como mecanismo mais socialmente aceitável de uma Corte Suprema.

Observe-se que no Recurso Extraordinário (RE) n. 271.286/RS, julgado em 12/09/2000, relator Ministro Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a obrigação do Município de Porto Alegre a fornecer gratuitamente medicamentos a favor de portadores de HIV que demonstravam hipossuficiência financeira. (BRASIL, 2000a). Também no RE n. 195.192, julgado em 12 de setembro de 2000, relator Ministro Marco Aurélio, o STF reconheceu essa obrigação da Administração Pública em adquirir e fornecer medicamentos a uma criança que sofria de uma doença rara. (BRASIL, 2000b).

Nos julgados AI 486816 AgR/RJ julgado em 12/04/2005 (BRASIL, 2005), relator Carlos Velloso, o STF imputa a responsabilidade do Estado quanto à concessão de medicamentos, apresentando argumento acerca da legalidade do bloqueio de verbas públicas como medida coercitiva para garantia do direito à saúde (BRASIL, 2005). Já na ADPF n. 45, julgada em 04/05/2004, relator Ministro Celso de Mello, a Corte Suprema examina a colisão entre os princípios da reserva do possível e o mínimo existencial. Nesse julgado, o STF, em síntese, argumenta que as questões orçamentárias sob as bases da cláusula de reserva do possível



somente configurariam óbice à implementação do direito à saúde no caso de a insuficiência de recursos ser objetiva e concretamente demonstrada no feito.

O objetivo até então do Supremo constituía em garantir os direitos fundamentais, ficando a questão orçamentária numa análise secundária. Entretanto, os inúmeros casos dessas ações que ensejaram a judicialização da saúde acabaram por refletir negativamente nos julgados do STF que até então adotava a política de concessão de medicamentos em grande parte dos casos. No julgado Suspensão de Tutela Antecipada n. 91/AL, julgado em 26/02/2007, relatora Ministra Ellen Gracie (BRASIL, 2007), observa-se essa alteração de postura no STF, uma vez que o órgão entendeu que o Estado do Alagoas não poderia ser obrigado a fornecer medicamento que não estivesse na lista do Sistema Único de Saúde (SUS), muito embora ele estivesse registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Esse efeito multiplicador das ações judiciais acabou por suscitar a ocorrência da audiência Pública n. 4, que ocorreu nos meses de abril e maio de 2009, no bojo da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) n. 175, julgado em 24/09/2009 (BRASIL, 2009a), que apresentou alguns parâmetros para solucionar os inúmeros casos envolvendo o direito à saúde, construídos a partir das discussões realizadas nas audiências públicas de saúde, convocadas pela Presidência do Supremo Tribunal Federal, no ano de 2009.

Em síntese, os principais pontos apresentados na audiência foram: a) responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde; b) obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; c) obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes; d) obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; e) obrigação do Estado de fornecer medicamento não lícitado e não previsto nas listas do SUS; f) fraudes ao Sistema Único de Saúde. (BRASIL, 2009a).

As discussões e apontamentos feitos na audiência impactaram nas decisões do pleno do STF quando do julgamento das Suspensões de Tutela Antecipada (STA) n. 175, 211 e 278, as Suspensões de Segurança n. 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355 e da Suspensão de Liminar (SL) n. 47, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Todas essas ações foram interpostas pela Administração Pública em virtude de sua condenação em decisões judiciais que determinaram

ao SUS o fornecimento de medicamentos de alto custo e tratamentos não oferecidos pelo sistema a pacientes de doenças graves. (BRASIL, 2009).

O Ministro Gilmar Mendes destacou em sua relatoria a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil por meio do uso de parâmetros a serem observados no caso concreto. Assinalou o relator que se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, “é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não a fornecer ou (3) de uma vedação legal de sua dispensação”. (BRASIL, 2009b, *on line*).

O relator observou na mesma decisão que é vedado o fornecimento de medicamento não registrado na ANVISA de acordo com o art. 12 da Lei n. 6.360/1976, pois pode gerar risco à saúde pública (BRASIL, 2010). Explicitou também a necessidade de se analisar a existência de motivação ou não para o fornecimento de determinado remédio ou tratamento pelo SUS (BRASIL, 2009b, *on line*).

Dessa forma, nota-se que, na compreensão do relator, se o SUS fornece tratamento semelhante, este deve ser aplicado ao paciente e não um tratamento que seja mais oneroso ao Estado. Somente se o caso comprovadamente possuir especificidades é que o Estado deve arcar com recurso terapêutico mais dispendioso. (BRASIL, 2009).

A revisão periódica dos protocolos existentes deve ser realizada sempre. Já a elaboração de novos protocolos acerca de tratamentos não incorporados pelo SUS, na compreensão do relator, por ser experimentais, não cabe ao Poder Público fornecê-los e, no caso de comprovada responsabilidade do Estado, essa é solidária entre os entes da federação. (BRASIL, 2009b). Note-se que, em suma, no âmbito da STA n. 175, o Ministro Gilmar Mendes manifestou seu pensamento de que é inviável ao Estado o financiamento de todas as prestações na área da saúde. Isso porque se tal ocorresse poderia acarretar no comprometimento do SUS como um todo, prejudicando o atendimento à população mais carente. Daí a necessidade de fixação de parâmetros para essa concessão.

Nos Recursos Extraordinários 566.471 e 657.718, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, ainda não julgados pelo Pleno do STF, o relator e os Ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin, que apresentaram seus votos em setembro de 2016, esmiuçaram alguns parâmetros que podem embasar as decisões judiciais no sentido de evitar decisões emotivas ou desconexas com a realidade do país, considerando que o bem jurídico envolvido (saúde = vida) favorece esse tipo de sentenças e acórdãos.

Em seu voto no RE 566.471, Marco Aurélio sinaliza a necessidade do reconhecimento do direito individual ao fornecimento de medicamento de alto custo não incluso em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional por parte da Administração Pública, desde que comprovada a imprescindibilidade e da impossibilidade de substituição do medicamento por outro já constante na lista do SUS. E também, da incapacidade financeira do paciente ou membros de sua família. (BRASIL 2016a).

No caso do RE 657.718, que versa sobre fármacos sem registros na ANVISA e tratamentos experimentais ou paliativos, o relator Ministro Marco Aurélio evidenciou a imprescindibilidade do registro ou cadastro como condição para concessão do medicamento. Em seu entender, se não houver o registro, a inadequação é presumida, o que impacta na proibição legal de comercialização do medicamento. (BRASIL, 2016b).

Em síntese, na concepção de Marco Aurélio, verificada a transgressão do mínimo existencial, deve-se reconhecer a validade da atuação de juízes e tribunais em situações concretas que não foram objeto de políticas públicas. Se satisfeitos os dois critérios da imprescindibilidade do medicamento e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária do paciente em custear o medicamento, deve ser concedido independentemente do valor. E no caso de fármaco sem registro na ANVISA não pode o Estado ser obrigado a concedê-lo, uma vez que pode comprometer a integridade física do paciente por ausência de comprovação de eficácia do medicamento.

Barroso, em seu voto-vista no RE 566.471, argui que o Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não constante na lista do SUS, independentemente de custo, exceto quando preenchidos os seguintes requisitos: a) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento; b) evidenciar que a não incorporação do medicamento não adveio de decisão expressa dos órgãos competentes; c) inexistência de substituto terapêutico constante na lista do SUS; d) evidências científicas de eficácia do medicamento pleiteado; e) propositura da demanda em face da União. Entende, ainda, que deve haver a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde tanto para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, quanto, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS. (BRASIL, 2016a).

No RE 657.718, Barroso explicita em seu voto que, como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na ANVISA por decisão judicial, já que



esse registro, além de atestar a eficácia, a segurança e a qualidade dos fármacos comercializados no país, garante o devido controle de preços. No que diz respeito aos medicamentos experimentais, que se encontram em fase de pesquisas e testes, entende o Ministro que não há nenhuma hipótese em que o Poder Judiciário possa obrigar o Estado a fornecê-los, conquanto eles possam ser objetos de análises em programas de testes clínicos, no caso de acesso expandido ou de uso compassivo mediante concessão administrativa nos termos da legislação aplicável. (BRASIL, 2016b).

No caso de medicamentos com eficácia e segurança comprovadas e testes concluídos, mas ainda sem registro na ANVISA, entende o Ministro que se trata de caso excepcional e o seu fornecimento somente poderá ocorrer quando houver irrazoável mora do órgão regulamentador em apreciar o pedido (entendendo que o prazo seria o superior a 365 dias). Contudo, para tanto, três requisitos devem ser satisfeitos: a) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; b) registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior e; c) a não existência de substituto terapêutico registrado na ANVISA. E acrescenta ainda que o polo passivo da ação será somente a União. (BRASIL, 2016b).

226

Ressalte-se que a argumentação de Barroso estabelece parâmetros no sentido de condensar ações judiciais advindas de direitos sociais não prestados pelo Estado. Assim, se o medicamento consta na lista do SUS e se comprovada sua necessidade e incapacidade financeira do paciente, existe a obrigação do Estado em concedê-lo. Caso o fármaco não tenha sido incorporado pelo SUS, caberá o fornecimento pelo Estado apenas nas hipóteses anteriormente destacadas.

Já Fachin, em seu voto-vista no RE 566.471, pondera que essas ações deveriam ser de natureza coletiva, constituindo a tutela prestacional individual medida excepcional. Segundo o relator, para a concessão dessa demanda, deve-se observar os seguintes requisitos: a) prévio requerimento administrativo, o qual pode ser substituído por ofício dirigido ao Juízo; b) pedido de médico pertencente à rede pública ou justificada impossibilidade; c) indicação do fármaco por meio da Denominação Comum Brasileira ou Denominação Comum Internacional; d) explicação da inadequação ou inexistência de medicamento ou tratamento disponível no SUS; e) laudo médico subscrito por médico responsável pela prescrição na qual deve constar especificidades do tratamento, seus efeitos, evidências médicas e vantagens de seu uso para aquele paciente e comparações com fármacos disponíveis do SUS para o mesmo fim. (BRASIL, 2016a).



A discussão coletiva tende a promover um exame do contexto geral das políticas públicas discutidas, em virtude dos legitimados ativos, como Ministério Público e Defensoria Pública, deterem melhores condições de apresentarem elementos probatórios. Além disso, pode haver uma redução considerável no número de processos e uma discussão mais ampla da temática.

No RE 657.718, Fachin compreende que “na ambiência da pesquisa médica, a relação entre os pacientes e os pesquisadores é de ordem comutativa e o Estado, nesse momento peculiar, deve garantir, dentre outros, a plena autonomia da vontade do paciente e o respeito integral a seus direitos.” (BRASIL, 2016b, p.31). Na sua visão, no âmbito da política de assistência à saúde, deve o Estado prever, como norma geral, a vedação da dispensação, do pagamento, do ressarcimento ou do reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na ANVISA. Isso porque as situações em que a ameaça à saúde vulnera o direito à vida, a demanda judicial toca um pedido de dignidade.

Observe-se que, nos julgados mencionados, o Supremo Tribunal Federal vem pautando suas decisões no mínimo existencial, manifestando em seus julgados o cumprimento de prestações positivas na perspectiva dos direitos sociais e em favor dos hipossuficientes, suprindo inclusive a ausência de proteção no âmbito das políticas públicas nos demais poderes. Por certo que esses posicionamentos acabam por recair em protagonismo judicial. Contudo, sob o fundamento de eficácia dos direitos fundamentais e de democracia inclusiva, as interpretações expansivas do STF acabam justificadas.

É que a divisão harmônica de poderes deve ocorrer mediante colaboração consciente e controle recíproco, evitando-se distorções e proporcionando o aperfeiçoamento das funções estatais. Assim, não mais se fala de separação e sim de constitucionalização e organização dos poderes de forma a se conceber decisões eficazes e justas. Ocorre que esse exercício encontra entraves na questão da insuficiência de recursos arguida pela Administração Pública e o Supremo Tribunal Federal, como garante da Constituição, depara-se justamente nessa limitação nos casos de judicialização: como promover a concretização de direitos sociais sem promover o desequilíbrio do Estado?

Streck (2003, p. 212) esclarece que, para se compreender o estado de arte desse problema no Brasil, faz-se necessário “superar a crise que atravessa o Direito e o Estado, que emerge a partir da contraposição de uma sociedade carente de direitos sociais fundamentais

(déficit decorrente de um Welfare State que não houve), com a materialidade do texto exurgente do pacto refundador de 1988.”

Vislumbra-se, assim, que o Judiciário deve exercer a função pró-ativa que dele se espera, manifestando-se de forma prospectiva, preocupando-se com o exercício não só da legalidade, mas como concretizador de direitos sociais, haja vista o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Entretanto, não se trata de uma intervenção desmedida e sim uma atuação-parte da formação de um Estado em que os direitos fundamentais sejam protegidos em todas as esferas administrativas, políticas e jurídicas.

Entretanto, deve rechaçar-se o ativismo judicial disfarçado e sem políticas públicas de efetividade dos direitos fundamentais. Assim, a busca pela efetivação dos direitos sociais não deve justificar toda e qualquer postura judicial, posto que as consequências de decisões extravagantes ou emocionais impactam negativamente também na própria continuidade das políticas de saúde pública. É que o magistrado, ao decidir uma demanda individual, não possui condições de dimensionar os efeitos que seu julgamento, somado a inúmeros outros, pode causar para o sistema público de saúde. Esta afirmação funda-se nos números apontados neste trabalho e pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, que vem avançando para qualificar decisões judiciais sobre gastos com saúde⁸.

Trata-se de uma colisão entre, de um lado a vida e a saúde, e, de outro, a separação de poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. Contudo, “o que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros” (BARROSO, 2007, p. 4).

Essa dicotomia não é enfrentada por magistrados em suas decisões, limitando o exame na principiologia entre o mínimo existencial e a cláusula da reserva do possível, e, obviamente, concluem que as limitações orçamentárias não constituem fator a obstar a promoção da dignidade humana. Essa conclusão remete ao fato de que os direitos fundamentais não podem sofrer condicionamentos. Mas há que se ponderar acerca do conteúdo desse direito, posto que não é qualquer prestação de saúde que pode ser considerada inerente à manutenção de uma vida digna.

⁸ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84486-cnj-avanca-na-qualificacao-da-judicializacao-para-otimizar-gasto-de-saude>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

Nesse contexto, ante a dificuldade de se realizar esse juízo de ponderação do mínimo existencial em cada caso concreto sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana, os Ministros do Supremo vêm apresentando em seus votos ponderações e critérios a serem observados. Observe-se que essas argumentações apresentadas no âmbito da STA 175 (BRASIL, 2009) e no âmbito dos RE's 566471 e 657718, se somadas, podem nortear demais decisões judiciais, evitando-se julgamentos subjetivos e emocionais.

Nessa perspectiva, a concessão de medicamentos advindo de uma demanda individual deve constar na lista do SUS ao passo que fármacos não constantes na lista deverão ser objeto de ação coletiva, de modo a evidenciar que aquele medicamento que não possui substituto terapêutico deve ser incorporado pelo SUS ou deve ser dispensado a certo grupo de pessoas que ostenta o mesmo diagnóstico, desde que provada a eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências.

Outro fator a ser analisado é a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente, uma vez que a parte que possuir condições para tanto deverá fazê-lo. Caberá a parte interessada também a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes e de que não houve falha ou demora na apreciação pelo órgão. E também a ação deve ter como polo passivo a União. Nesse caso, observe que há pontos diversos entre os Ministros, já que Gilmar Mendes entende pela responsabilidade solidária e Barroso pela competência exclusiva da União, entendimento do qual se compartilha.

Além disso, deve-se haver um diálogo interinstitucional (como sustenta Barroso) entre o Poder Judiciário e técnicos, entes ou órgãos ligados à área da saúde (como as Câmaras de Assessoria Técnica e Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário - NAT-JUS - e Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS - CONITEC) como forma de aprimorar a instrução probatória e também uma criação de banco de dados. Essa medida veiculará a dispensação do fármaco e sua eventual incorporação ao SUS.

Em relação aos medicamentos sem registro na ANVISA, observa-se que eles podem implicar em sérios riscos aos pacientes, uma vez que não se trata de mero procedimento burocrático, mas de um órgão cuja função essencial pauta-se no controle, fiscalização de procedimentos e produtos inerentes à área da saúde. Para tanto, as legislações

infraconstitucionais⁹ disciplinam os aspectos mais relevantes acerca do fornecimento de medicamentos e estabelecem os parâmetros de controle e toda a sistemática procedimental. Com isso, objetiva-se que o medicamento seja seguro, eficaz e de qualidade.

Cumpra dizer que esses medicamentos são onerosos e não necessariamente implicam em resguardar a vida do paciente, destinando-se, por vezes, a apenas prolongar a vida do paciente ou garantir-lhe um tratamento paliativo. Se analisar esse fato sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana, esses medicamentos, ainda assim, deveriam ser concedidos. Contudo, a finitude dos recursos do Estado implica na não concessão a partir de critérios de proporcionalidade, posto que políticas públicas devem ser voltadas para a coletividade.

Agora, no caso de mora da Agência Nacional de Vigilância Sanitária em fornecer um provimento final de um medicamento já com eficácia e segurança garantidos, existe a viabilidade de fornecimento, desde que analisados os parâmetros assinalados no tópico anterior.

Nessa perspectiva, ter-se-ia uma melhor alocação dos recursos públicos de forma a não desorganizar a atuação administrativa e permitir o planejamento estatal na implementação de políticas públicas. E, ainda, esses parâmetros contribuiriam para decisões jurídicas racionais e comedidas, garantindo-se o direito individual à saúde na perspectiva coletiva.

230

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ascensão institucional do Poder Judiciário Brasileiro constitui característica essencial do constitucionalismo contemporâneo. Visualiza-se esse fenômeno na jurisdição constitucional, na judicialização de políticas e no próprio ativismo judicial. Nesse cenário, o Poder Judiciário tem a incumbência de viabilizar o máximo de políticas públicas, garantindo-se direitos fundamentais e sociais à população.

Por certo que esse exercício do papel contramajoritário tradicional, cuja função é eminentemente representativa, adveio das omissões dos agentes políticos dos Poderes Executivo e Legislativo na condução do processo político majoritário e/ou proporcional, que deve também, salvaguardar a vontade das minorias, como também tem este papel, inclusive o Judiciário. Entretanto, esse fator não pode tornar o Judiciário como instância hegemônica, permitindo-se decisões subjetivas e, por vezes, irracionais. Assim, torna-se imprescindível a

⁹ BRASIL. Lei n. 6.360/1976; Lei n. 8.080/1990; Lei n. 9.782/1999



autocontenção judicial, estabelecida por meio de parâmetros a nortear os magistrados nas demandas inerentes à área da saúde.

Assim, valendo-se dos votos emitidos na STA n. 175 (BRASIL, 2009) e dos votos até então apresentados nos Recursos Extraordinários n. 566.471 e 657.718, é possível inferir alguns critérios quais sejam: a) a concessão de medicamentos advindo de uma demanda individual deve constar na lista do SUS; b) fármacos não constantes na lista deverão ser objeto de ação coletiva, de modo a evidenciar que aquele medicamento que não possui substituto terapêutico deve ser incorporado pelo SUS ou deve ser dispensado a certo grupo de pessoas que ostenta o mesmo diagnóstico, desde que provada a eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; c) incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; d) demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes e de que não houve falha ou demora na apreciação pelo órgão; d) a propositura da ação em face da União.

Além disso, restou evidenciado a necessidade de se promover um diálogo interinstitucional entre os órgãos jurisdicionais, técnicos dos órgãos regulamentares e fiscalizadores, entes ou órgãos ligados à promoção da saúde, para que sejam elaborados estudos conjuntos destinados a verificar os impactos positivos ou negativos da dispensação de determinado medicamento.

Em relação aos medicamentos e tratamentos sem registros na ANVISA, note-se que a Administração Pública não poderá fornecê-los, uma vez que esse registro tem como fim a proteção da saúde pública, mediante a realização de pesquisas e testes destinados a comprovar a eficácia, a segurança e a qualidade dos medicamentos. Essa mesma concepção estende-se aos casos envolvendo pleitos de fornecimento de medicamentos e tratamentos experimentais. Como esses não possuem comprovação científica, a norma regente é a da pesquisa. E como não existe base científica que ateste segurança, nesses casos não há como obrigar a administração pública o fornecimento, inclusive em nome do princípio da precaução.

Nesse contexto, podem esses parâmetros e diretrizes contribuir na confecção de provimentos jurisdicionais racionais, adequados e proporcionais às crescentes demandas sociais, de modo a viabilizar o direito à saúde numa perspectiva universal e equitativa.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 83-103, Abril- Jun. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>>. Acesso em: 20 set. 2017

BARROSO, Luiz Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Senado Federal: Brasília, 2018.

_____. Lei n. 6.360, de 23 de setembro de 1976. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6360.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública n. 4. Brasília, 24 abr. 2009a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublica>>. Acesso em: 20 set. 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento AI 486816 AgR / RJ. Relator Carlos Velloso. Diário de Justiça Eletrônico, 12 de abril de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=459860>>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 4. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário de Justiça Eletrônico, 04 de maio de 2004. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 195192/RS. Relator: Marco Aurélio – Segunda Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 31 de mar. 2000b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=234359>>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 271286/RS. Relator: Celso de Mello. Segunda Turma. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 12 de setembro de 2000a. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/779142/agregnorecurso-extraordinario-re-agr-271286-rs>>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 566.471/RN. Relator: Marco Aurélio. Diário de Justiça Eletrônico, 15 de setembro de 2016a. Disponível em: <[file:///C:/Users/Downloads/texto_97764985%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Downloads/texto_97764985%20(1).pdf)>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 657718/MG. Relator: Marco Aurélio. Julgamento parcial em 15 de setembro de 2016b. Diário de Justiça Eletrônico, 10 jan. 2017. Disponível em: <[file:///C:/Users/Downloads/texto_97764985%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Downloads/texto_97764985%20(1).pdf)> Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada n. 91/AL. Relator: Ellen Gracie. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 26 de fev. de 2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139898/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-91-al-stf>>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de tutela antecipada 175/CE. Processo apenso: STA 278. Processos julgados na mesma ocasião: STA 211 e 278, as Suspensões de Segurança n. 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; Suspensão de Liminar (SL) n. 47. Relator: Gilmar Mendes. *Diário de Justiça Eletrônico*, 24 de junho de 2009a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>> Acesso em: 20 set. 2017.

CAMBI, Eduardo. Neoprivatismo e neopublicismo a partir da Lei 11.690/2008. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 167, jan. 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*. Teoria del garantismo penale (1989). 9. ed. Roma-Bari: Laterza, 2008.

LEITE, Roberto Basilone. *O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político X ativismo judicial jurisdicional: 500 anos de autoritarismo e o desafio da transição para a democracia no Brasil contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2014.



MINISTÉRIO DA SAÚDE. Ações judiciais comprometem política de saúde. Brasília; 2008. Disponível em: <<http://www.sinmedmg.org.br/visualizacao-de-noticias/ler/7032/acoes-judiciais-comprometem-politica-de-saude>>. Acesso em 20 set. 2017.

MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2015. Gasto com 10 remédios mais pedidos na Justiça para o SUS é de quase R\$ 1 bi. Marcelle de Souza. Colaboração para UOL. [S.l.], 6 de abril de 2017. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1317840.pdf>>. Acesso em 20.set.2017.

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997.

PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. Supremacia judicial e controle de constitucionalidade. *DPU*, n. 31, Jan-Fev 2010. Assunto Especial – Doutrina. Legislativo e Executivo no Controle de Constitucionalidade. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1742/981>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

SARMENTO, Daniel (Org.). Jurisdição constitucional e política. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TUSHNET, Mark. *A Court Divided. The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*, Sales Territory: Worldwide. New York: W. W. Norton & Compan, 2005.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Juruá, 2009.

Submissão: 08/02/2018

Aceito para Publicação: 04/05/2018



A IDENTIDADE QUILOMBOLA: TERRITORIALIDADE ÉTNICA E PROTEÇÃO JURÍDICA

THE QUILOMBOLA IDENTITY: ETHNIC TERRITORIALITY AND JURIDICAL PROTECTION

Fausy Vieira Salomão*

Cristina Veloso de Castro**

RESUMO: Pauta-se em uma abordagem territorial sobre a luta pela preservação da identidade quilombola. O sentido de pertencimento ao grupo determina uma relação com o meio que ele cria e também o incorpora. Foi utilizada a metodologia de pesquisa bibliográfica e conclui-se que, o território reflete a forma da comunidade quilombola se autodeterminar em razão das condições de sociabilidade que a diferencia, que acabam por definir a sua territorialidade. O território quilombola não se restringe ao direito material a terra, mas, além disso, é a consequência da relação simbólica e de etnicidade estabelecida desde seus antepassados.

ABSTRACT: It is based on a territorial approach to the fight for the preservation of Quilombola identity. The sense of belonging to the group determines a relationship with the environment that is created and incorporated by it. It was used the bibliographic research methodology and concluded that the territory reflects the shape in which the Quilombola community are established, due to the sociability conditions that differentiates it, which ultimately define their territoriality. The Quilombola territory is not restricted to the substantive law to the land, but also is the result of the symbolic relationship and ethnicity established since their ancestors.

RESUMEN: Se pauta un abordaje territorial sobre la lucha por la preservación de la identidad quilombola. El sentido de pertenencia al grupo determina una relación con el medio que éste crea y también incorpora. Se utilizó la metodología de investigación bibliográfica y se llegó a la conclusión de que, el territorio refleja la forma en que la comunidad quilombola se autodetermina en razón de las condiciones de sociabilidad que la diferencia, que terminan definiendo su territorialidad. El territorio quilombola no se restringe al derecho material a la tierra, pero además es la consecuencia de la relación simbólica y de etnicidad establecida desde sus antepasados.

236

PALAVRAS-CHAVE: Processo de Construção de Identidade. Território. Quilombolas.

KEYWORDS: Identity Construction Process. Territory. Quilombolas..

PALABRAS-CLAVE: Proceso de Construcción de Identidad. Territorio. Quilombolas.

SUMÁRIO: 1. O ponto de partida: a crítica correta às teorias positivistas da aplicação do direito; 2. O erro de teoria do Direito: a distinção estrutural entre princípios e regras; 3. A reincidência no erro metodológico: o conceito de regra da teoria dos princípios; 4. A posição sistemática: a teoria da argumentação; 5. O equívoco de autocompreensão: a teoria dos princípios como dogmática. Referências.

* Mestre em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha de Marília, São Paulo. Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Sustentabilidade Socioeconômica e Ambiental da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP), Minas Gerais. Professor de Direito Penal da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG), campus Frutal. Pesquisador Colaborador da Fundação Centro Internacional de Educação, Capacitação e Pesquisa Aplicada em Águas (UNESCO-HidroEX).

** Pós-Doutora em Direito e Saúde pela Università degli studi di Messina, Itália. Doutora em Derecho Empresarial pela Universidad de Extremadura, Espanha. Doutora em Sistema Constitucional de Garantias de Direito pelo Instituto Toledo de Ensino, São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto, São Paulo. Professora do Programa de Pós-Graduação em Ciências Ambientais da Universidade Brasil, campus Fernandópolis, São Paulo.

INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende apresentar uma correlação entre o processo de construção identitária dos remanescentes de quilombos e os estudos territoriais ao explorar as considerações fundamentais como o diálogo com o território utilizado e a relação com o território simbólico que inclui as heranças sociais e culturais.

A afirmação das tradições quilombolas e a territorialização estão em permanente constituição, de maneira dinâmica, desde a escravidão negra até os conflitos hodiernos com diversos grupos lutando pela manutenção do território.

Fazer uma abordagem de identidade quilombola e sua imbricação com o território implica em perpetrar os estudos acerca dos direitos das chamadas “minorias” dentro da noção de “povo”, também contemplar o direito à diferença e reconhecer os direitos étnicos.

Dá-se ênfase à ideia de que os quilombolas lutam por direitos sociais e territoriais em sendo sujeitos desolados ligados a uma história compartilhada de resistência e exploração, isso porque, a abolição da escravatura não veio acompanhada de garantia de direitos, colocando-os à margem da sociedade. A partir disso, há o evidente estabelecimento de uma nova relação jurídica entre o Estado e estes povos tradicionais, com base no reconhecimento da diversidade cultural e étnica.

Ante de mais nada, cumpre destacar que o Brasil é um país que contém vários povos, os quais se distinguem entre si por um signo de identidades específicas. Conforme dispõe o Decreto nº 6.040, de 07 de fevereiro de 2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, povos e comunidades tradicionais são:

Art. 3º Para os fins deste Decreto e do seu Anexo compreende-se por:

I – [...]: Grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.

De acordo com o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988 “Aos remanescentes das comunidades de quilombos que estejam ocupando suas terras, é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes títulos respectivos”.



O referido dispositivo constitucional regulamenta, ainda, o procedimento de regularização fundiária, destacando expressamente que: “São terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural”. Ressalta-se que a Carta Magna de 1988¹ busca salvaguardar o processo de reconhecimento dos direitos assegurados ao patrimônio cultural brasileiro (de forma constitucional, portanto).

Far-se-á ao longo do texto uma breve análise sobre as expressões “quilombo” ou “comunidade remanescente de quilombos”, que significa tratar também sobre luta territorial, política e cultural historicamente caracterizada e é, necessariamente, um estudo científico em processo de constante construção.

O projeto político Quilombola atravessou anos de história para se consolidar na Constituição Federal de 1988, todavia, a previsão do quilombo na ordem jurídica não se perfaz suficiente para modificar as práticas de expropriação e controle do território e com elas a posição de precariedade em que vivem os grupos. Há políticas públicas e de proteção, mas ainda se demonstram muito exíguas. (LEITE, 2008, p. 965).

Observa-se que as comunidades quilombolas possuem o sentimento de etnicidade, empoderamento identitário e de pertencimento com o território. Este passa então a ser interpretado como modo de sobrevivência material e simbólica para a identidade quilombola e para a sua contínua reafirmação.

1 A TERRITORIALIDADE NEGRA

Para Ilka Boaventura Leite (2008, p. 965), o termo “quilombo” (em sua etimologia: *bantu*) quer dizer acampamento guerreiro na floresta; sendo difundida no Brasil pela administração colonial, em suas legislações, relatórios, atos e decretos, referenciavam as

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

[...] (EC nº 42/2003):

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

[...]§ 5º - Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

unidades de apoio instituídas pelos resistentes ao sistema escravocrata e às suas reações, organizações e lutas pelo fim da escravidão no País.

É uma palavra de grande significação para os libertos, em sua trajetória, conquista e libertação, alcança, portanto, muitas dimensões e conteúdos. Tem-se como fato mais emblemático, o Quilombo dos Palmares, movimento rebelde que se opôs à administração colonial por quase dois séculos. (LEITE, 2008, p. 965).

Do ponto de vista jurídico, temos uma definição normativa dada pelo Decreto nº 4.887/2003 em seu artigo 2º:

Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em seu art. 13.1, dispõe “*a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras e territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação*”, sendo que no art. 13.2 destaca incluir-se no termo “terras” o conceito de “territórios”, abrangendo “a totalidade do habitat das regiões” ocupados ou utilizados de alguma forma, não esta que se encontra expressada no art. 2º, §§2º e 3º do Decreto nº 4.887/2003.

Já a expressão “comunidade remanescente de quilombos” passou a ser propagada notadamente no final da década de 1980 com referência às áreas territoriais onde os africanos e seus descendentes passaram a habitar durante o período de transição histórica que culminou na abolição do regime de trabalho escravo em 1888. Descreve um processo de cidadania defeituoso e sistematiza diversas políticas públicas de ação com o objetivo de reconhecer e garantir os direitos territoriais dos descendentes dos africanos capturados, aprisionados e escravizados pelo sistema colonial português. (LEITE, 2008, p. 969).

A abolição do regime de trabalho escravo não foi suficiente para alterar de imediato as suas condições. Não houve, portanto, uma transformação significativa nas práticas de desapropriação, controle do território e a situação política dos grupos negros.

Nesse processo, os descendentes dos africanos escravizados passam a atuar através da territorialização étnica, “modelo que, em algumas regiões mais do que em outras, consistia em posicionar as populações nativas, os africanos e seus descendentes, em e na relação com os



imigrantes recém-chegados, reconfigurando-se ainda lógicas racialistas anteriormente implantadas.” (LEITE, 2008, p. 966).

Ilka Boaventura Leite acrescenta ao citar o antropólogo norueguês Fredrik Barth,

A territorialidade negra, portanto, foi desde o início engendrada pelas e nas situações de tensão e conflito. Essa constatação reintroduz, na atualidade, um debate sobre questões persistentes e que nos incitam a exercitar um olhar retrospectivo e comparativo, capaz de revelar, nitidamente, os aspectos constitutivos das situações com as quais nos defrontamos no presente. **Neste sentido, tornam-se fundamentais os exemplos provenientes das realidades locais para se perceber o que está em jogo nas diversas situações analisadas, suas dimensões, articulações, formas e realces.** E é sob esse prisma que a **territorialidade negra** pode ser referida não a uma realidade equívoca e distante, mas se reportando a uma **dimensão simbólica da identidade** na qual os negros se organizaram como coletividade nacional, articulações de grande complexidade e que aconteceram desde um processo relacional; multicêntrico e altamente dinâmico. (BARTH *apud* LEITE, 2008, p. 967-968, *grifos nossos*).

Na perspectiva que o presente estudo propõe, para se compreender território é imprescindível assimilar sua própria imbricação com a identidade quilombola numa relação de pertencimento. Em assim sendo, o território deixa de ser meramente o direito material à terra dos remanescentes de quilombos, e passa a ser, além disso, a relação simbólica e de etnicidade ali estabelecida desde seus antepassados.

240

2 IMBRICAÇÃO ENTRE IDENTIDADE QUILOMBOLA E TERRITÓRIO NUMA RELAÇÃO SIMBÓLICA

Di Méo (2004) levanta a hipótese segundo a qual a relação das sociedades e de seus territórios traz o aspecto muito sólido de impregnação identitária e essa relação consolida a identidade do grupo social. A partir disso, o presente trabalho aborda a identidade quilombola nessa perspectiva, em que essa se torna determinante nas representações, comportamentos e práticas culturais desde os seus antepassados.

O geógrafo acredita que a identidade legitima um grupo no território de onde ele poderá retirar seus recursos, seja materiais ou simbólicos, assim, o território traz consigo signos, símbolos, objetos, coisas, paisagens, lugares, heranças e resistências. Desta feita, o autor ratifica o acima exposto e acrescenta em suas lições,

O que torna interessante a identidade para a geografia, o que faz significativo levar na devida conta em nossas pesquisas relaciona-se principalmente a duas coisas. De início, a relação estreita, de caráter genético, que ela mantém com os lugares do espaço

através de sua distinção, de sua designação, de sua significação afetiva e de simbólica. É, depois disto, a sua natureza ideológica, facilmente mobilizável e mesmo manipulável pelos atores sociais, políticos em particular. A identidade preenche, por outro lado, estas funções com muito mais sucesso que a produção territorial, muito ativa em nossos dias, se refere, sobretudo a realidades, a formas representadas e virtuais. O território emergente, com efeito, é muito mais tributário do imaginário e do vivenciado (da ideologia, portanto, e de suas manipulações políticas) que da estrita prática e uso concreto dos lugares que o compõem. Nestes tempos em que a dimensão ideológica e política dos territórios influem sobre a sua consistência objetiva, econômica ou material, a identidade fornece um ingrediente de primeira ordem para a sua produção. (MÉO, 2004, p. 343-344, *tradução nossa*).

Portanto, pode-se entender que o território se solidifica e a identidade é ingrediente de primeira ordem para a sua constituição e sua manutenção. Território e identidade são, portanto, estreitamente ligados e de forma contínua, ainda que ela não atenha para seus antepassados nos movimentos políticos percorridos hodiernamente; como pelo “desejo da aquisição legal da terra fértil, a expressão de uma cumplicidade real com o meio ambiente etc. A identidade de uma comunidade [...], formada por antigos escravos, ‘transita pela relação instituída do espaço’”. (MÉO, 2004, p. 348).

241

2.1 A identidade quilombola como identidade territorial

Imputa-se a Guy Di Méo (2004) a hermenêutica que aqui se propõe, vinculando identidade ao território como forma de sobrevivência e ininterrupção das tradições, sendo que a terra se configura como apropriação de domínio comum do grupo. Desta maneira,

Levantando a hipótese de uma reciprocidade dialética entre as realidades geográficas concretas e as formas políticas e ideológicas das relações que as sociedades nutrem com seus espaços vitais, verificarei também em que (ou como) as representações identitárias, mentais e sociais, são produtoras de lugares e de territórios. (MÉO, 2004, p. 340).

O autor aduz que as representações identitárias são produtoras de territórios, realça as dimensões coletivas, o caráter pluralista das identidades e também enfrenta o que ele denomina de “fenômenos identitários” perante conceitos fundamentais da geografia; esses “contribuem para constituir o lugar, o território, a paisagem, etc., realidades ou representações que, por sua vez, dão sentido e legitimidade no que tange à proposta identitária”. (MÉO, 2004, p. 339).

As subjetividades das identidades acabam se enraizando nos meios geográfico-territoriais. Portanto, a teoria geográfica deve necessariamente encarar a dialética sociedade-território, levando em consideração o sujeito enquanto indivíduo, bem como pessoa que integra

determinado grupo social, sendo que ele possui uma relação com o meio que ele cria e também o incorpora. “Este meio constitui uma ‘combinação’ - social - de sistemas ecológicos, técnicos e simbólicos” (MÉO, 2004, p. 342).

2.2 O pertencimento ao território e a proteção identitária

Uma vez considerado, anteriormente, o território étnico que manifesta a identidade quilombola, é preciso trazer à tona Rogerio Haesbaert (2004) que contribui com os seus escritos e faz a diferenciação entre território e territorialidade. Ainda assim, Haesbaert aprofunda as discussões sobre os conceitos de multiterritorialidade, múltiplos territórios e trabalha a complexidade dos processos de territorialização de que são imprescindíveis à pesquisa proposta.

Expõe que o território nasce com a significação material e simbólica, sendo que etimologicamente aparece tão próximo de “terra-territorium”, de ativa apropriação, quanto de “terreo-terror” - terror, aterrorizar, para os sujeitos que são impossibilitados de adentrar e usufruir do território. (HAESBAERT, 2004, p. 1).

Já a territorialidade não incorpora tão somente a questão política, mas também se refere às relações econômicas e culturais estabelecidas, por estar “intimamente ligada ao modo como as pessoas utilizam a terra, como elas próprias se organizam no espaço e como elas dão significado ao lugar”. (HAESBAERT, 2004, p. 3).

As comunidades quilombolas “conjugam a construção material ‘funcional’ do território como abrigo e base de ‘recursos’ com uma profunda identificação que recheia o espaço de referentes simbólicos fundamentais à manutenção de sua cultura.” (HAESBAERT, 2004, p. 5). Em sendo produzido e transmitido o modo de vida, cria-se e reproduz o território identitário.

Ademais, para se compreender a construção da identidade quilombola, é preciso diferenciar “múltiplos territórios” e “multiterritorialidade”. Os múltiplos territórios se referem ao território plural enquanto reunião de vários territórios, já a multiterritorialidade envolve a pluralidade de territorialidades, abrangendo distintas jurisdições. (HAESBAERT, 2004, p. 10). Enfatiza-se que a multiplicidade de territórios é necessária, mas não satisfatória para que a multiterritorialidade seja manifesta.

Nesse panorama, de um lado há os territórios-zona (dos territórios tradicionais), como é o caso das comunidades quilombolas em estudo, e de outro lado, os territórios-rede, mais



aproximados das sociedades pós-modernas, em que vigora a fluidez e a mobilidade. (HAESBAERT, 2004, p. 5). Dentro dessa heterogeneidade de territórios, a forma estatal de controle político que tinha a pretensão de ser uniterritorial é compelida a coexistir com outros circuitos de poder.

O estudo da geografia também enfatiza o sentimento de enraizamento, a criação de laços afetivos e morais tecidos com o solo e sepultados com os familiares no território, é a relação de pertencimento. Em um período em que o mundo global ameaça muitas identidades, a forma de abordagem cultural assenta nas relações entre identidades e território importantes expectativas de ação e proteções identitárias. (CLAVAL, 2002, pp. 99; 125). Contudo, as facilitações nos deslocamentos bem como a aceleração nas comunicações e tecnologias do mundo globalizado têm implicações incontrovertidas sobre as identidades culturais. (CLAVAL, 1996, 1999 p. 135).

Além do mais, os planos brasileiros de desenvolvimento permanecem vigorantes desde o século XXI, o Governo Federal promove a instalação de variadas linhas de desenvolvimento, como a construção de grandes obras de infraestrutura, usinas hidrelétricas, termelétricas, hidrovias, estradas, grandes monocultivos e fábricas. Há grande possibilidade de que esses passarão por onde estão fixados, historicamente, os povos tradicionais, instalando-se o potencial de graves consequências desrespeitando a seus territórios. (LITTLE, 2002, p. 20).

Sem contar com os grandes grupos econômicos, como em caso de projetos de mineração e com os grandes fazendeiros ao redor dos territórios tradicionais quilombolas, instala-se o conflito de importâncias e interesses com outros grupos sociais. Diante disso, os povos quilombolas se esforçam por representarem que não são ameaça ao Estado e se consideram cidadãos brasileiros, muito embora tenham suas próprias normatividades.

Jöel Bonnemaïson (1980) descobre, em Vanuatu, uma realidade parecida, e, desmonta o complexo de mitos que arraigavam os ancestrais, assim,

O controle do território, mais que a propriedade do solo, ou mais exatamente, a identificação entre os seres humanos de um clã à sua terra, faz com que um estrangeiro a este clã, não possa vir a ter direito efetivo sobre o solo que não é o seu pelo sangue. O estrangeiro pode ser acolhido, pode-se até deixá-lo usar o solo e trabalhar em hortas (jardins), não estando vinculado por seus ancestrais à terra que ele ocupa, ele não pode ter o direito permanente sobre esta; o fim das contas, neste caso, ele tem um estatuto social totalmente diverso do de um adotado [a este meio cultural], isto é, de trãnsfuga ou de refugiado e este *status* não lhe pode ser atribuído. [...] Os problemas começaram quando os proprietários tradicionais se aperceberam que os brancos consideravam este

direito de uso como um direito de propriedade e passaram a vender as terras entre eles. (BONNEMAISON, 1980, p. 6, 8).

O presente trecho citado acima demonstra em Vanuatu, uma realidade não idêntica, mas conflituosa tanto quanto a vivência das comunidades tradicionais quilombolas perante outros grupos sociais e econômicos. O ser humano e a terra possuem uma identificação completa: na ideologia dos hábitos, costumes ou das tradições, é como uma planta, biologicamente vinculado à terra (território), assim lutam pela terra e pela relação de pertencimento. Eles devem viver e morrer ali onde eles nasceram e onde foram enterrados os seus ancestrais. (BONNEMAISON, 1980, p. 5).

A valer, muito além do reconhecimento e da concessão do título da terra, os remanescentes de quilombos objetivam a aceitação do modo de vida construído no território e não se cogita o processo de desterritorialização². Em última instância, esses grupos quilombolas reivindicam seus direitos – como cidadãos e como povos tradicionais, que possuem seus próprios espaços culturais, políticos e territoriais dentro do aparelho único do Estado. (LITTLE, 2002, p. 20).

244

Disso procede na comunidade quilombola uma ideologia de permanência, eternidade e da independência. A sociedade tradicional está como que ajustada sobre um sistema de território e a cultura experimentada como a expressão, não somente dos seres humanos, mas do território que os mantém e que os apoia. (BONNEMAISON, 1980, p. 7). Também apresentam um cotidiano definido pela necessidade de construção da dignidade humana, uma vez que a história desses sujeitos tem as marcas de uma trajetória coletiva de resistência e desconsolo.

2.3 A dimensão cultural e os referenciais simbólicos

É preciso compreender o contexto histórico-cultural e geográfico de que o território é formado, sendo que os processos de territorialização, de dominação e de apropriação do espaço, modificam-se ao longo do tempo e as relações ali estabelecidas criam, recriam e transmitem a identidade quilombola, de forma que a fortaleça.

²Não se pode deixar de dar destaque à Haesbaert enquanto crítico do termo acima exposto, já que segundo o estudioso, os autores não compreendem muito bem o termo “desterritorialização”, confundem o desaparecimento dos territórios com o mero “debilitamento” da mediação espacial nas relações sociais. (HAESBAERT, 2007, p. 1769).



O território externaliza a dimensão simbólica, mais subjetiva e de cultura, em que é visto, sobretudo, como o produto da apropriação/valorização de um grupo sobre o seu espaço. (HAESBAERT, 2001, pp. 1769-1770). No artigo “A virada cultural” em Geografia, Claval (2002) versa sobre o fato de não se poder falar de cultura quilombola sem explicitar que os pensamentos epistemológicos situam a existência de diversas significações de cultura, portanto,

Numa primeira concepção, a cultura aparece como um conjunto de práticas, de *savoir-faire* ou know hows, de conhecimentos e de valores que cada um recebe e adapta a situações evolutivas. Nessa concepção, a cultura aparece ao mesmo tempo como uma realidade individual (resultante da experiência de cada pessoa) e social (resultante de processos de comunicação). Não é uma realidade homogênea. Ela compõe muitas variações. **Numa segunda concepção** a cultura é apresentada como um conjunto de princípios, regras, normas e valores que deveriam determinar as escolhas dos indivíduos e orientar a ação. Essa concepção a define como imutável. Essa concepção é útil para compreender a componente normativa dos comportamentos, mas as regras são interpretadas tanto para justificar escolhas diversas como para motivá-las. **Numa terceira concepção**, a cultura é apresentada como um conjunto de atitudes e de costumes que dão ao grupo social a sua unidade. *Essa concepção da cultura tem um papel importante na construção das identidades coletivas.* (CLAVAL, 2002, p. 95, *grifos nossos*).

245

Adota-se a terceira concepção de cultura apresentada: O território reflete a forma da comunidade quilombola se autodeterminar em razão das condições de sociabilidade que se distingue da coletividade nacional, têm suas próprias tradições, histórias de múltiplas resistências, modos de vida próprios, jurisdições e condições econômicas de subsistência que importam em sua territorialidade, desta feita,

No caso dos escravos africanos, a história da colônia e do império está repleta de casos de rebeliões, fugas, luta armada e alianças entre quilombos e povos indígenas. Mas se, por um lado, existem múltiplas formas de resistência, por outro, todas as respostas desses grupos não necessariamente devem ser classificadas como de resistência. Existem também processos de acomodação, apropriação, consentimento, influência mútua e mistura entre todas as partes envolvidas. Esses múltiplos, longos e complexos processos resultaram na criação de territórios dos distintos grupos sociais e mostram como a constituição e a resistência culturais de um grupo social são dois lados de um mesmo processo. Além do mais, o território de um grupo social determinado, incluindo as condutas territoriais que o sustentam, pode mudar ao longo do tempo dependendo das forças históricas que exercem pressão sobre ele. (LITTLE, 2002, p. 5).

A cultura é de alguma maneira, aquilo que se estende do solo, ela é uma ‘lei da terra’ que inscreve os seres no território, e está acoplada aos domínios mágicos que surgiram do solo sagrado; ela não pode ser perpetrada senão pelos seres humanos nascidos de ancestrais surgidos deste território. Ela tem assim uma identidade profunda entre o sangue (o parentesco) e a terra



(território), e assim, com as bases muito intensas da ideologia territorial. Esta lei da terra que até a cultura e os seres humanos a um ‘território mágico’, tem repercussões sociais relevantes. (BONNEMAISON, 1980, p. 5).

As identidades coletivas são intensamente conectadas ao desenvolvimento da consciência territorial. O espaço não se constitui neutro na vida dos sujeitos e dos grupos. Acaba por resultar da ação do homem que alterou a realidade natural e instituiu paisagens próprias humanizadas.

“Nesta sociedade tradicional, a terra é aquilo que dá identidade, o estatuto social e o leque de poderes políticos e mágicos aos seres humanos”. (BONNEMAISON, 1980. p. 6). O território quilombola não se fez somente na terra, mas faz parte da memória coletiva e é sagrado, sendo que as memórias da historicidade possuem valor sentimental, sofrimento e de religiosidade. (CLAVAL, 2002, p. 99).

3 IDENTIDADE QUILOMBOLA E SUA PROTEÇÃO ESPECIAL

246

Aproveita-se o ensejo para dizer que as comunidades quilombolas enquanto possuidoras da identidade cultural a partir do uso comum do território étnico-tradicionais têm a proteção especial desse e o direito preservado de regularização fundiária. O Estado dispõe em dispositivos legais específicos³ o seu papel enquanto garantidor e reconhecedor dos direitos de propriedade sobre os territórios tradicionalmente ocupados por tais grupos.

³ O Direito Étnico, consagrado pelo Artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, cumulado com os artigos 215 e 216 da Constituição Federal, procura promover políticas públicas afirmativas, bem como, preservar a cultura tradicional dos grupos formadores da sociedade brasileira; em suas várias formas de expressão e modos de viver, tombando, inclusive, documentos e sítios detentores de suas reminiscências históricas. (SANTOS, 2009). Artigo 68 do Ato das Disposições Transitórias prevê: "Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos."

Há se frisar outros dispositivos: como o Decreto nº 4887 de 20 de novembro de 2003, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Convenção 169 da OIT de 07 de junho de 1989, Convenção sobre os Povos Indígenas e Tribais em países independentes, da Organização Internacional do Trabalho, das Nações Unidas (ONU). Decreto Legislativo nº 143 de 20 de junho de 2002, aprova o texto da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre os povos indígenas e tribais em países independentes. Decreto 5.051 de 19 de abril de 2004, que promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Instrução Normativa n.º 49 do INCRA, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação, desintrusão, titulação e registro das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que tratam o Art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988 e o Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003. Portaria n.º 98 da Fundação Cultural Palmares que

O Estado passou a considerar e proteger as terras dos quilombos que foram consideradas parte do patrimônio cultural desses grupos negros. Por certo, a aprovação de dispositivos como forma de equiponderar e/ou reparar a opressão histórica sofrida foi “cooperada pelas exigências de organizações de movimentos negros e setores progressistas, como parte da própria reflexão sobre o Centenário da Abolição da Escravidão no País, levadas à Assembléia Constituinte de 1988.” (LEITE, 2008, p. 969-970).

“A problemática das terras de quilombos, portanto, foi, a partir de 1988, alvo de atenção e de forte pressão por parte dos movimentos sociais negros, desdobrando-se em várias ações e normas institucionais: administrativas e jurídicas, de âmbito estadual e federal”. (LEITE, 2008,

institui o Cadastro Geral de Remanescentes das Comunidades dos Quilombos da Fundação Cultural Palmares e o regulamenta.

Reza os artigos 215 e 216, da Constituição Federal de 1988:

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. § 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais. § 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005) I defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005) II produção, promoção e difusão de bens culturais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005) III formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005) IV democratização do acesso aos bens de cultura; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005) V valorização da diversidade étnica e regional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. § 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. § 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem. (Vide Lei nº 12.527, de 2011) § 3º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais. § 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei. § 5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos. § 6º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) I - despesas com pessoal e encargos sociais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) II - serviço da dívida; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 28/01/16.

p. 970). Ainda assim, pode-se dizer que houve uma recriação da palavra “quilombo”, Ilka Boaventura Leite, aduz que:

A ressemantização do termo “quilombo” pelos próprios movimentos sociais e como resultado de um longo processo de luta, veio então a traduzir os princípios de liberdade e cidadania negados aos afrodescendentes, correspondendo, a cada um deles, os respectivos dispositivos legais. 1 - Quilombo como direito a terra, como suporte de residência e sustentabilidade há muito almejadas nas diversas unidades de agregação das famílias e dos núcleos populacionais compostos majoritariamente, mas não exclusivamente de afrodescendentes. 2- Quilombo como um conjunto de ações em políticas públicas e ampliação de cidadania, entendidas em suas várias dimensões. 3- Quilombo como um conjunto de ações de proteção às manifestações culturais específicas. (LEITE, 2008, p. 969).

Há prorrogação das repercussões até os contextos pós-coloniais o que atribuiu ao “quilombo” uma significação trans-histórica, ficando destituído dos marcos cronológicos ou espaciais rígidos, assegurando a sua relação de seguimento com os direitos requeridos no período recente de redemocratização do País. (LEITE, 2008, p. 974-975.).

O “quilombo” admite um papel emblemático nas resistências dos negros e em suas exigências durante toda a história. Revela-se o arcabouço de mudanças por ele produzido e ultrapassa “o que convencionalmente tem sido tratado como agenda política exclusiva do movimento social. As transformações que o quilombo instaura são muito mais amplas e, portanto, de cunho eminentemente identitário”. (LEITE, 2008, p. 969-975.).

Esse contexto reflete todo o processo histórico de territorialização dos remanescentes de quilombos, mas ainda assim, não isenta de conflitos com outros grupos sociais pela manutenção nas terras advindas dos antepassados, que caracterizam a resistência à opressão histórica suportada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, conclui-se que a identidade quilombola possui imbricação com o território, sendo este compreendido não somente na amplitude concreta, mas simbólica. Foram abordadas as expressões “quilombo”, “comunidade remanescente de quilombos” e em suas distintas ressemantizações o que se quis foi dar o devido tratamento à luta quilombola que perdura desde seus antepassados, à época da escravatura e sua abolição.

Discorrer sobre a luta quilombola é dar significância às tradições continuamente construídas e às manifestações pela preservação territorial, política e cultural. A identidade

quilombola e as suas reivindicações não se resumem em uma busca pelo direito ao território físico e às suas concretudes, assim, os direitos étnicos não são restritos à titulação das terras.

Há uma busca constante pelo reconhecimento da racionalidade que lhe são próprias, pelos seus modos de viver e sobreviver, muito diferente dos demais grupos sociais. Os direitos quilombolas importam no reconhecimento dos grupos, em suas tradicionais maneiras de se autodeterminar e o respeito pela sociabilidade ali criada, feita e desfeita em suas convicções.

Os quilombolas enfrentaram e, ainda se perduram muitos entraves no que importa a garantia e a efetividade de direitos aos seus territórios, a preservação e à perpetração de suas identidades. É imprescindível compreender o significado da identidade quilombola face à inevitabilidade da peleja na manutenção ou reconquista de um território, material e simbólico.

Atravessaram anos de história até a consolidação normativa dos direitos e, notadamente, a previsão constitucional das proteções especiais em 1988. Entretanto, a disposição na ordem jurídica, ainda que constitucional, apesar de um grande passo, não se perfaz satisfatória na transformação dos modos de expropriação e controle do território, da territorialidade e da territorialização, conforme explanados ao longo deste trabalho. Ademais, após as configurações legislativas, há instituições de políticas públicas e de proteção, mas ainda se demonstram muito exíguas.

As pesquisas bibliográficas que aqui se realizou apontam para a sustentação de que tais territórios são permeados de afrontas, conflitos e disputas por se constituírem; focos de grandes grupos econômicos, como em caso de projetos de mineração e com os grandes fazendeiros ao redor dos territórios tradicionais quilombolas. Diante disso, os povos quilombolas se esforçam para representarem que não são ameaça ao Estado e se consideram cidadãos brasileiros, muito embora tenham suas próprias normatividades e forma peculiar de sociabilidade, sendo minorias protegidas.

O multiculturalismo é vislumbrado numa perspectiva de proteção especial, não há se falar em sociedade homogênea, pelo contrário; há uma realidade social bastante diversificada, sendo marcada pelo pluralismo cultural e composta por diferentes identidades e grupo, e em que a identidade quilombola é reconhecida, enquanto cultura tradicional em virtude dos seus modos de fazer e viver.

Há preservação da cultura tradicional quilombola sob o panorama do reconhecimento das diferenças como forma de efetivar direitos fundamentais e materializar a dignidade humana dessas comunidades. O projeto político quilombola ainda em construção e o compasso de



proteção constitucional e de outras legislações diz respeito à proteção do patrimônio histórico-cultural que devem ser preservados.

Foi demonstrada a realidade de “Vanuatu” por meio do autor Bonnemaïson e foi proposta a aproximação quanto à vivência das comunidades tradicionais quilombolas perante outros grupos sociais e econômicos. O quilombola e a sua terra possuem uma identificação completa e de complementação: na ideologia dos costumes, tradições ou das reminiscências, é como uma extensão biológica vinculada ao território, assim realizam manifestações em um projeto político quilombola em que a terra (território material e simbólico) deve ser preservada, tendo em vista a relação de pertencimento. Querem viver e morrer naquele território, pois, foram onde eles nasceram, e onde viveram e morreram os seus ancestrais.

Disso procede na comunidade quilombola a vontade de permanecerem, à uma eternidade. Estão ajustados sobre um sistema de território e a cultura sentida como a demonstração de onde se mantém e são apoiados. Também apresentam um cotidiano definido pela necessidade de construção da dignidade humana, uma vez que a história desses sujeitos tem as marcas de um caminho coletivo de resistência.

250

REFERÊNCIAS

ACEVEDO MARIN, R. E.; Müller, C.B.; FARIAS JUNIOR, Emmanuel. A.; ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Quilombolas: reivindicações e judicialização dos conflitos. *Caderno de debates Nova Cartografia Social da Amazônia*, v. 1, n. 3, 2012.

ACSELRAD, Henri; FONSECA, Carolina Ferreira da. Cartografia social, terra e território. In: ACSELRAD, Henri (Org.). *Coleção Território, Ambiente e Conflitos Sociais*. Rio de Janeiro, RJ: UFRJ/IPPUR, 2013.

ALBAGLI, S. Território e territorialidade. In: LAGES, V.; BRAGA, C.; MORELLI, G. (Orgs.). *Territórios em movimento: cultura e identidade como estratégia de inserção competitiva*. Rio de Janeiro: Relume Dumará; Brasília: SEBRAE, 2004.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Os quilombos e as novas etnias. *Revista Palmares*, 2000.

_____. *As populações remanescentes de quilombos*. Direitos do passado ou garantia para o futuro? Seminário Internacional As Minorias e o Direito, 2002.

_____. *Os Quilombos e as Novas Etnias*. Quilombos: identidade étnica e territorialidade, 2002.

_____. *Nas bordas da política étnica: os quilombos e as políticas sociais*. Nuer, 2004.

_____. *Conceito de Terras Tradicionalmente Ocupadas*. Seminário sobre Questões Indígenas. Palestra, 2004.

_____. Terras tradicionalmente ocupadas: Processos de territorialização e movimentos sociais. *Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais*, v. 6, n. 1, ANPUR, maio de 2004.

_____. *Quilombos e as novas etnias*. Quilombolas e novas etnias, 2011.

ALMEIDA; ARRAES (ORGS.). *É geografia é Paul Claval*. Goiânia: FUNAPE, 2013.

ARRUTI, J. M. P. A. A emergência dos remanescentes: notas para o diálogo entre indígenas e quilombolas. *Mana (Rio de Janeiro)*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, 1997.

BONNEMAISON, Joel. Espace géographique et identité culturelle en Vanuatu (exNouvelles-Hébrides). *Journal de la Société des océanistes*, p. 181-188, 1980.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acessado em: 10 mar. de 2016.

BRASIL. Decreto nº 6.040, de 7 de Fevereiro de 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm>. Acessado em: 10 mar. 2016.

BRASIL. Decreto nº 4.887, de 20 de Novembro de 2003. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm>. Acessado em: 10 mar. 2016.

CHAMORRO, Graciela; MULLER, Cíntia Beatriz. *Terra, território e identidades: discussões acerca da construção de identidades e alteridades*. Dourados: Fronteiras. v. 11, n. 19, jan./jun. 2009.

CLAVAL, Paul. A “virada cultural” em Geografia. *Revista Mercator*, v. 1, n. 1, 2002.

_____. O território na transição da pós-modernidade. Tradução e revisão de Inah Vieira Lontra, Márcio de Oliveira e Rogério Haesbaert. *GEOgraphia*, v. 1, n. 2, 1999, Rio de Janeiro, 2013.

COSTA FILHO, Aderval. *Os Gurutubanos: territorialização, produção e sociabilidade em um quilombo do centro norte-mineiro*. 2008. 293 f. Tese (Doutorado em Antropologia) - Universidade de Brasília, Brasília, 2008.



DI MÉO, Guy. Composantes spatiales, formes et processus géographiques desidentités. *Annales de Géographie*, v. 113, n. 638-639, p. 339-362, 2004.

FARIAS JUNIOR, Emmanuel. A.; ACEVEDO MARIN, R. E.; ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. *Caderno de debates Nova Cartografia Social*, n. 2 - Territórios quilombolas e conflitos, 2010.

FRENCH, Jan Hoffman. Os quilombos e seus direitos hoje: entre a construção das identidades e a história. *Revista de História*, n. 149, p. 45-68, 2003. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/html/2850/285022858003/index.html>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

GATTI. G.; IRAZUZTA, I.; ZOBEL. C.; MENESES, M. P.; MAESO, S. R.; MOHR, R.; ROCHA, G. F. F.; ROCCA, C. A.O.; ZERGA, A. A. A territorialidade quilombola ressignificando o território brasileiro: uma análise interdisciplinar. *E-cadernos CES* (Online), v. 7, p. 147-162, 2010.

GIACOMINI, Rose Leine Bertaco. *Conflito identidade e territorialização*. Estado e comunidades remanescentes de quilombos do Vale do Ribeira de Iguape-SP. 2010. 388p. Tese (Doutorado em Geografia Humana). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

252

HAERTER, L. *Territorialidade, Memória Coletiva e Ancestralidade Escrava*: elementos de auto-identificação quilombola de uma comunidade negra rural na Zona Sul do estado do Rio Grande do Sul. XI Congresso Luso-Afro_Brasileiro de Ciências Sociais, Salvador, 2011.

_____. *Uma Etnografia na Comunidade Negra Rural Cerro das Velhas*: memória coletiva, ancestralidade escrava e território como elementos de sua auto-identificação quilombola. 2010. 145f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2010.

HAESBAERT, R. Da desterritorialização à multiterritorialidade. *Anais dos Encontros Nacionais da ANPUR*, v. 9, 2001.

_____. *Dos Múltiplos territórios à multiterritorialização*. I Seminário Nacional sobre Múltiplas Territorialidades. Porto Alegre: UFRGS/ULBRA/AGB, 2004.

_____. Hibridismo, Mobilidade e Multiterritorialidade numa Perspectiva Geográfico-Cultural Integradora. In: SERPA, A. (Org). *Espaços culturais*: vivências, imaginações e representações. Salvador: EDUFBA, 2008.

_____. Território e multiterritorialidade: um debate. *Geografia*, a. IX, n. 17, 2007.

HAESBAERT, R.; LIMONAD, E. O território em tempos de globalização. *Etc, espaço, tempo e crítica*, n. 2, v. 1, 2007.

HAESBAERT, R.; BRUCE, G. A desterritorialização na obra de Deleuze e Guattari. *Geografia*, v. 4, n. 7, 2002.

JORGE, Amanda Lacerda, BRANDÃO, André. Comunidades quilombolas, reconhecimento e proteção social. *Vértices*, Campos dos Goytacazes/ RJ, v. 14, n. Especial 1, p. 83-101, 2012.

LEITE, Ilka Boaventura. O Projeto Político Quilombola: desafios, conquistas e impasses atuais. UFSC. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 16, n. 3, p. 965-977, 2008. Disponível em <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/9951>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

LIMA, Lívia Ribeiro. *Quilombos e políticas de reconhecimento: o caso do Campinho da Independência*. 2009. 174p. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

LITTLE, Paul Eliot. *Territórios Sociais e Povos Tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade*. Simpósio Natureza e Sociedade: desafios epistemológicos e metodológicos para a antropologia. XXIII Reunião Brasileira de Antropologia: Gramado, 2002.

MALCHER, M. A. F.; SILVA, B. C. *Permanências e mudanças: o papel das políticas públicas no reconhecimento da identidade territorial quilombola*. XI Congresso Luso Afro Brasileiro de Ciências Sociais Diversidade e (Des) Igualdades. Universidade Federal da Bahia - Salvador, 2011.

MATTOS, Hebe. *Remanescentes das Comunidades dos Quilombos: memória do cativo e políticas de reparação no Brasil*. Disponível em: <<http://www.historia.uff.br/culturaspoliticadas/files/hebe1.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

_____. *Remanescentes das Comunidades dos Quilombos: memória do cativo e políticas de reparação no Brasil*. *Revista USP*, São Paulo: USP, n. 68, p. 104-111, dezembro/fevereiro 2005-2006.

O'DWYER, Eliane Cantarino. *Terras de quilombo: identidade étnica e os caminhos do Reconhecimento*. São Cristóvão-SE: Editora Tomo, n. 11. jul/dez, 2007.

O'DWYER, Eliane Cantarino (Org.). *Quilombos: identidade étnica e territorialidade*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT. Brasília: OIT, 2011.

QUINTANS, Mariana Trotta Dallalana. **Acesso ao direito e a justiça nas lutas por terra e território no Brasil**. In: XI congresso Luso-Afro brasileiro de Ciências Sociais, 2011, Salvador. Anais do XI congresso Luso Afr brasileiro de Ciências Sociais, 2011.

QUINTANS, Mariana Trotta Dallalana; LOPES, Aline. Judiciário e Constituição Federal de 1988: interpretações sobre o direito à propriedade privada face à Reforma Agrária e ao direito ao território quilombola. *Revista IDEAS*, v. 4, p. 63-102, 2010.



REIS, João José; GOMES, Flávio dos Santos. *Liberdade por um fio: história dos quilombos no Brasil*. São Paulo, Cia das Letras, p. 509, 1996.

SANTOS, G. L.; CHAVES, A. M. Ser quilombola: representações sociais de habitantes de uma comunidade negra. *Estudos de Psicologia*, Campinas, v. 24, n. 3, p. 353-361, jul./set. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-166X2007000300007>. Acesso em: 02 fev. 2016.

SANTOS, Jucélia Bispo Dos. A História da Comunidade Quilombola de Olaria, em Irará-Bahia e a Luta pela Terra na Contemporaneidade. *Revista IDEAS*, v. 3, n. especial, p. 510-543, 2009.

SCHMITT, Alessandra; TURATTI, Maria Cecília Manzoli; CARVALHO, Maria Celina Pereira de. A atualização do conceito de quilombo: Identidade e território nas definições teóricas. *Ambiente e Sociedade*, a. V, n. 10, 1º semestre, 2002.

SILVA, Jesiel Souza; FERRAZ, José Maria Gusman. Questão fundiária: a terra como necessidade social e econômica para reprodução quilombola. *GeoTextos*, v. 8, n. 1, p. 73-96 jul. 2012.

TUAN, Yi-Fu. *Topofilia: um estudo da percepção, atitudes e valores do Meio Ambiente*. Lisboa: Difel, 1974.

254

Submissão: 30/04/2017

Aceito para Publicação: 11/12/2017



BRASIL E A PROTEÇÃO FLORESTAL: DIREITO OU DEVER NO MEIO AMBIENTE?

BRAZIL AND FOREST PROTECTION: RIGHT OR DUTY TO THE ENVIRONMENT?

Meryl Thiel*

RESUMO: Definido como exemplo de democracia participativa, o sistema político-jurídico brasileiro parece ser vítima do seu sucesso. Se é um fato que a Constituição brasileira de 1988 consagra o papel da sociedade civil nos processos de elaboração das normas sobre meio ambiente, a reforma do Código Florestal de 2012 destacou que esse rol ainda é fraco. Para fazer da justiça do meio ambiente uma realidade, o conceito mesmo de sociedade civil precisa ser especificado. Nessa dinâmica, faremos uma leitura crítica do artigo 225 da Constituição usando a teoria crítica habermasiana, demonstrando que o conceito de sociedade civil só é um argumento político para acalmar a multidão. Além disso, o uso desse conceito é uma forma de manipulação jurídica, guiada por interesses econômicos. Nosso objetivo é demonstrar a tríplice relação política-direito-economia, colocando a hipótese de que o direito constitucional brasileiro está dirigido pelos interesses econômicos, os jogos políticos servem somente de *escudo*.

PALAVRAS-CHAVE: Código Florestal. Constituição. Democracia Participativa. Desenvolvimento Sustentável. Sociedade Civil.

SUMÁRIO: Introdução. 1 A Promessa de um Consenso para Alimentar o Desejo de Democracia. 2 A Prática Exclusiva do Compromisso: Uma Estratégia Político-jurídica a Favor da Tecnocracia. Considerações Finais. Referências.

ABSTRACT: Defined as an example of participative democracy, from now on, the Brazilian system seems to be victim of its success. Although the Brazilian Constitution of 1988 makes civil society the main actor to elaborate environmental norms, the reform of the Florestal Code in 2012 highlights the limits of it. To make environmental justice a reality, the concept of civil society must be specified. In this dynamic, we will make a critical analysis of the article 225 of the Constitution using the critical theory of Habermas. Our objective is to demonstrate that the concept of civil society is just a political argument to calm the multitude. The use of this concept is a form of legal manipulation, guided by economic interests. Our objective is to demonstrate the triple interdependence politics-law-economy, posing the hypothesis that Brazilian constitutional law is directed by economic interests, political games serve as a shield.

KEYWORDS: Environmental Code. Participative Democracy. Brazilian Constitution. Sustainable Development. Civil Society.

256

* Doutora em Direito Internacional Econômico pelo *Institut du Droit de la Paix et du Developpement*, Nice, França. Mestre em Políticas Comparadas do *Institut d'Études Politiques d'Aix-em-Provence*, França. Professora e Chefe do Departamento de Políticas e Relações Internacionais da Universidade de Kuala Lumpur, Malásia.

INTRODUÇÃO

A exigência do desenvolvimento sustentável torna-se um imperativo: ter consciência dos riscos ambientais no desenvolvimento de uma política econômica competitiva é, agora, uma urgência. O ambiente parece ser um pretexto para alguns Estados e um fardo para outros. A modernidade desenfreada do século XX viu surgir novas preocupações e novas espécies de crises. Se, tradicionalmente, a lei permitia resolver as tensões ao antecipar o problema de modo normativo, hoje, se tornou um direito incontornável, necessitando de uma perpétua inovação jurídica, pondo em questão a sua definição e, conseqüentemente, a sua aplicação no direito interno.

No direito internacional, existe o hábito de começar a história da consideração do meio ambiente a partir da data de adoção da Declaração de Estocolmo de 1972. É necessário reconsiderar esta abordagem por três razões: em primeiro lugar, há uma divisão normativa entre a construção do direito internacional do meio ambiente antes e após 1945. A regulamentação internacional sobre questões ambientais já era embrionária em 1902, com o acordo para a proteção das aves úteis para agricultura. Em segundo lugar, antes de 1972, uma onda de criação normativa regional, principalmente na América Latina, contribuiu para o nascimento de muitos acordos e outros instrumentos jurídicos vinculativos. Finalmente, muitas organizações ambientais internacionais apareceram antes da assinatura da Declaração de Estocolmo, no entanto, é só a partir desta declaração que a sociedade civil foi premiada com um papel decisivo na construção da lei, papel que foi reativado pela Declaração do Rio de 1992. Pela consagração do papel desempenhado na criação de uma norma jurídica, a sociedade internacional opera em uma inversão do monopólio normativo estatal: o Estado não é a única entidade habilitada a criar a lei.

No caso da América Latina, no entanto, a questão tem um significado especial: a floresta amazônica é, na imaginação coletiva, um espaço mítico. Ela abrange nove países do continente Sul-americano - o Brasil, a Bolívia, a Colômbia, o Equador, a Guiana, a Guiana Francesa, o Peru, o Suriname e a Venezuela. Os Estados têm em comum uma parcela do *patrimônio mundial*, mas, considerando que a floresta cobre 60% do território brasileiro, e face ao potencial ambiental, econômico e social que representa a Amazônia (GCF, 2014a, p. 56), o papel do Brasil nessa configuração é crucial. Além do argumento territorial fazendo da zona amazônica um território brasileiro por natureza e mundial por contingência, a verdade é que o Brasil conhece grandes preocupações ambientais e, particularmente, florestais (REDD+, 2001, p. 48). Devido à preocupação ambiental, redefinida por contingências territoriais, o Brasil diz que, para estabelecer

257

a sua política nacional, vai garantir a sua importância na construção da lei regional para, em teoria, canalizar as tensões entre os Estados da zona amazônica. E o que aconteceu em 1978: o Brasil esteve na origem do Tratado de Cooperação Amazônica (TCA). A união desses Estados territorialmente ligados por esta floresta constituíram uma organização regional - a OTCA -, em 1988, com o a exigência de:

“alcançar o desenvolvimento integral dos respectivos territórios da Amazônia (para isso) é necessário manter o equilíbrio entre crescimento econômico e preservação do meio ambiente” (TRATADO DE COOPERAÇÃO AMAZÔNICA, 1978, preâmbulo).

Em um contexto internacional onde a consideração ambiental ainda é neófito, o presente Tratado, em vigor desde o 12 de agosto de 1980, pela originalidade dos seus objetivos, se apresenta como uma base jurídica para garantir:

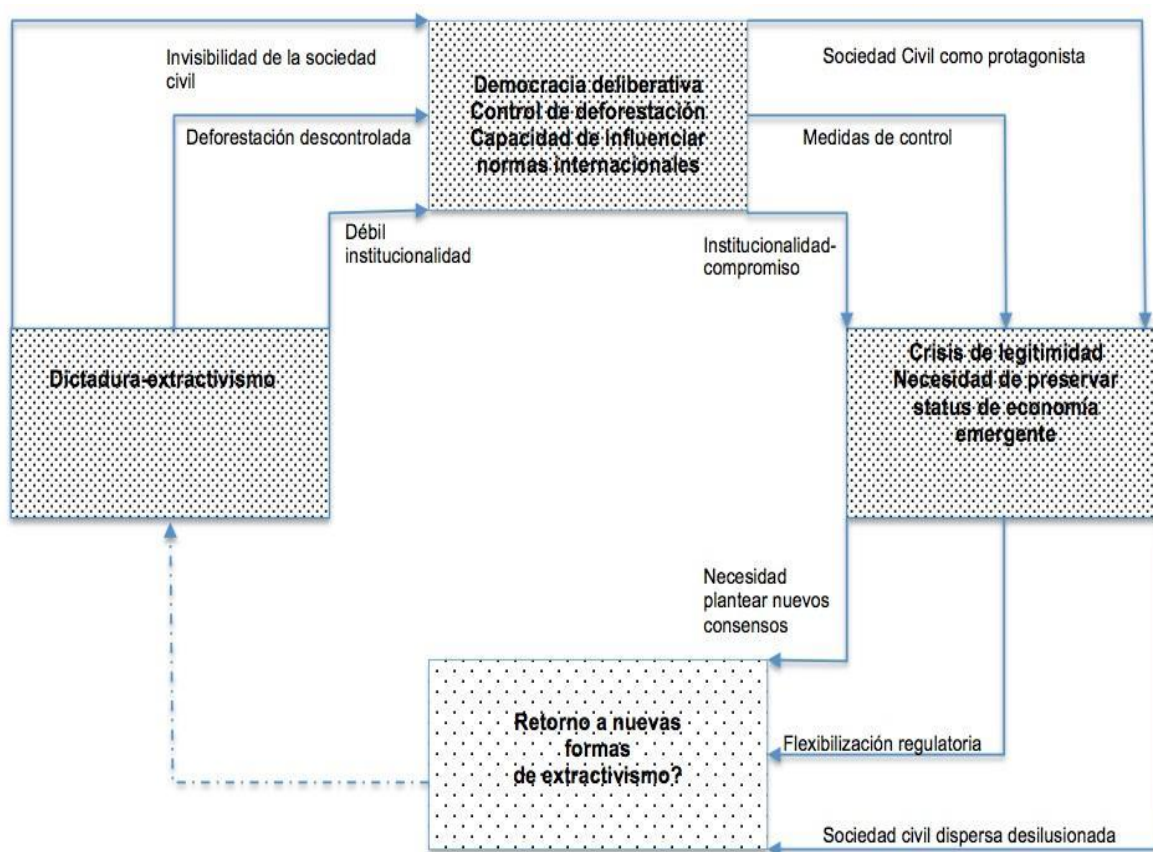
“a cooperação entre as Partes Contratantes, que servirá para facilitar o cumprimento destas responsabilidades, continuando e ampliando os esforços conjuntos, que se estão realizando em matéria de conservação ecológica da Amazônia”.

258

Confrontada com a forte iniciativa político-jurídica brasileira na América Amazônica, a sociedade internacional reconhece, desde o início dos anos 90 e da Cúpula do Rio, a importância da preservação do meio ambiente. Ao mesmo tempo, a sociedade civil é reconhecida como um grande participante na construção do direito internacional ambiental. No entanto, este aparente avanço normativo enfrenta grandes problemas se a sociedade civil se apresenta como um contra poder eficaz. No caso do Brasil, a questão principal é saber como a contribuição da sociedade civil pode ser eficiente para uma construção mais equilibrada e transparente do direito florestal brasileiro. Hoje, a política brasileira sofre por ter sido muito *avant-garde*: as questões relacionadas à gestão dos recursos naturais se multiplicam e se chocam com a necessidade de manter a competitividade (MEDEIROS; IRVING; GARAY, 2014). Hoje, a resposta brasileira aos riscos ambientais seduz muito menos o cenário internacional e regional. Realmente, os problemas do Brasil são agora problemas de gestão nacional do seu espaço florestal (SPAROVEK; BARRETTO; KLUG; PAPP; LINO, 2011). A este elemento geográfico adicionam-se dois elementos político-jurídicos: de um lado, a forma de construção do Estado brasileiro, e, de outro, a integração da sociedade civil brasileira no processo de elaboração das regras ambientais. A importância de elaborar um quadro jurídico para regular a gestão dos recursos florestais no Brasil inicia-se no século XIX, mas, é com o Código Florestal de 1934 que se define de forma precisa e

concisa os princípios necessários para proteger o meio ambiente e garantir o bem-estar da população do país. Em outras palavras, é onde as bases para a regulamentação da floresta amazônica foram expressamente fundadas.

O Código Florestal parece uma síntese das leis adotadas anteriormente. Esta compilação jurídica insere-se na perspectiva decididamente utilitarista do Estado Novo, mas foi alterada pela adoção da Lei n. 4.771, de setembro de 1965, que ilustra a vontade intervencionista do governo. Com essa lei, as florestas são consideradas um bem comum, devendo ser protegidas pelos cidadãos em todo o território. Os anos 80 viram surgir uma onda de legislação sobre duas principais fontes de proteção ambiental (TRINDADE, 2010) - previstas através de situações de preservação e conservação - que são as Áreas de Preservação Permanente (APP) e a Reserva Legal (RL). Se a primeira categoria de áreas protegidas foi criada para permitir o equilíbrio dos ecossistemas (BRASIL, 2012a, §3), a segunda está relacionada com as preocupações econômicas: trata-se de espaços localizados dentro de uma propriedade e com o objetivo de garantir a sobrevivência dos habitantes do lugar. Mas a verdadeira mudança ocorreu com a reforma de 2012, pela Lei n.º 12.651, na qual as APPs e as RLs foram reduzidas em favor de espaços destinados ao *agronegócio* (REDD+, 2001, p. 9-14) e o poder de decisão das entidades federais foram significativamente alargadas: agora, por exemplo, os Estados podem decidir - soberanamente - sobre atividades agropecuárias em Áreas de Preservação Permanente. Esta importante reforma da lei brasileira encontrou oposição em organizações da sociedade civil, alguns bastiões contra a flexibilidade excessiva das regras (MANFRIN GARCIA, 2012). Mas, se as tensões entre ruralistas e ambientalistas não são novas, o que é inédito neste novo conflito é o papel decisivo desempenhado por esses atores (PEREIRA, 2015): com a vontade de descentralizar o poder para as regiões, a reforma de 2012 viu o nascimento de novas formas de manifestações da sociedade civil. Tradicionalmente, a sociedade civil, simples atora da cena política, não podia ser considerada como uma fonte formal do direito. As suas impulsões normativas não tinham caráter suficientemente vinculativas. No entanto, dado o papel que lhe confere a Suprema Norma Brasileira por um lado e, por outro, considerando sua influência decisiva sobre a adoção de medidas internacionais e nacionais brasileiras, ou, melhor dizendo, considerando a importância das manifestações contra a reforma do Código Florestal, nós encaramos a hipótese de uma possível construção normativa impulsionada por essa forma de ativismo.



Certamente, a sociedade civil age como uma verdadeira mediadora, na medida em que determina a configuração do diálogo: ela vai transformar o espaço público, que é o lugar teoricamente livre para praticar atividades estratégicas. Esta arena de debate parte do consenso, vai estruturando a elaboração das normas e conciliando com sua aplicação. No Brasil, a pergunta é importante por uma razão: o direito constitucional brasileiro consagra o papel da sociedade civil. A expressão da opinião pública é considerada potencialmente criativa de direito e, se na cena internacional o sentido estrito do papel da sociedade civil é visível, nas cenas nacionais, nada é menos certo. Portanto, a sociedade civil brasileira e, principalmente, os movimentos ruralistas e ambientalistas participaram de debates acalorados sobre a reforma do Código Florestal de 2012. Na verdade, o papel da sociedade civil que estabelece a Constituição de 1988 na construção do direito interno brasileiro é inegável. Para fazer da justiça ao meio ambiente uma realidade é primordial redefinir os modos de expressão dos atores da democracia. Além disso, a questão ambiental permite destacar, por um lado, a necessidade de se chegar a uma discussão entre atores da globalização, uma vez que o Estado nacional não pode responder sozinho a esse tipo de riscos. Por outro lado, esse tema é relevante para notar a importância da cooperação entre conhecedores

destes assuntos em espaços públicos nacionais (HABERMAS, 2000). Para que o Estado liberal se torne mais social, devemos garantir a institucionalização de um contra poder. No quadro do direito brasileiro do meio ambiente, podemos pensar que o contra poder desejado tem o nome de sociedade civil? Nossa ideia, então, é desconstruir a ilusão do artigo 225, propondo aproximação crítica da atividade comunicativa habermasiana. Ou seja, a questão é saber se, no Brasil, a defesa do meio ambiente é um direito ou um dever. Nós tentaremos responder utilizando a distinção habermasiana entre consenso e compromisso. Cabe ressaltar que uma das razões pelas quais a Norma Suprema de 1988 é conhecida como a “Constituição Cidadã” é por incluir mecanismos de democracia direta e participativa. A leitura do artigo 225 da Constituição brasileira é suficiente para ilustrar a participação da sociedade civil na construção do direito nacional na área ambiental:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Uma leitura positivista desse artigo faz florescer duas perguntas: primeiro, o que esconde a palavra “todos”? Segundo, como se pode realizar a missão indicada pela Constituição? Nessa pesquisa decidi empregar a expressão “sociedade civil” de forma indistinta, com o intuito de insistir no mecanismo de conciliação, na ideia do autor, na origem do contra poder. Acredito que será graças a uma leitura crítica do mecanismo de democracia participativa brasileiro que a determinação do que atravessa o termo sociedade civil acontecerá. Em outras palavras, só saberemos o que se esconde atrás da expressão “sociedade civil” depois de ter analisado o mecanismo de conciliação do artigo 225.

Além disso, as ideais de “imposição” e “dever” fazem com que este artigo da Constituição, aparentemente favorável à integração da sociedade civil no processo de decisão política, apresente o problema da conciliação como sendo questão do consenso ou do compromisso. No entanto, essa participação está sujeita à aprovação de medidas de poder político, o que pressupõe uma entidade apoiando a inclinação e um objetivo para alcançá-la. Abaixo desta realidade, a ideia de *inclin*ar implica o estabelecimento de estratégias argumentativas para conseguir convencer o outro. Ele também irá destacar a necessidade de conceber uma discussão eficaz entre os vários parceiros envolvidos, ou seja, implica uma ética na discussão entre parceiros, que seja capaz de trazer uma solução satisfatória para todos. Mas como pode uma simples discussão resolver conflitos e participar na construção de um sistema de regulação eficaz?



A concepção da comunicação de Habermas permite aclarar essa pergunta. As ideias de *justiça* e *solidariedade* estão associadas, em geral, a um âmbito limitado de qualquer um da tribo, da família, ou da nação. Para superar essas limitações, é necessário trabalhar com a comunidade em uma *verdadeira* cooperação. Isso significa que é indispensável institucionalizar a discussão. A comunicação é vista, então, como um ideal: discutir significa compartilhar padrões comuns com os outros. No caso da elaboração do direito florestal brasileiro, mediante o artigo 225 da Constituição, a ideia de democracia participativa é semelhante à ideia de conciliação. Então, saber se a preocupação com o meio ambiente é um dever ou um direito implica pensar nas formas de regulamentar a participação da sociedade civil brasileira para que seja eficiente. Em outras palavras, nossa ideia é determinar qual é o quadro de governança agora no Brasil, a partir de análises da reação dos sindicatos na luta contra a legislação pró-*agrobusiness* do Código Florestal de 2012.

Pelo papel reservado à sociedade civil, o artigo 225 da Constituição de 1988 parece ser favorável ao surgimento de práticas de conciliações constituintes de um contra poder ambiental **262** forte. No entanto, ao condicionar a aplicação de medidas impulsionadas pela sociedade civil ao poder político, o constituinte brasileiro perturba o mecanismo discursivo *ideal*. A singularidade da política ambiental brasileira residiria, nesse caso, na construção de um direito que ilustra o paradoxo habermasiano: o direito é a condição de uma solidariedade para além do quadro da proximidade. Mas, devido à sua estrutura federal, à implicação regional e à influência internacional, fica-se com a ideia de que a estratégia de comunicação da política brasileira serve, na prática, aos interesses da defesa do meio ambiente. Entre ética e direito, a política jurídica brasileira cristaliza as críticas e as admirações: a riqueza do patrimônio ecológico do país, suas ambições econômicas e o seu federalismo estabeleceram uma *democracia* onde esses três princípios são aparentemente respeitados:

- 1) o princípio da publicidade - ou transparência;
- 2) o princípio da inclusão - o debate deve ser acessível ao maior número de pessoas, o que implica a participação de todos aqueles que são potencialmente afetados pela decisão; e
- 3) o princípio da argumentação - o debate deve consistir numa troca de razões, a melhor prevalece.

A atividade comunicativa possui nela sua própria perda: o jogo de trocas linguísticas que estruturam o espaço público faz com que os membros da comunidade em questão possam praticar o consenso ou o compromisso. O primeiro seria uma coexistência real de todos os interesses



presentes, e o segundo corresponderia a uma hierarquização dos interesses a serem levados em conta. O consenso é, em si, um mecanismo desejável para a institucionalização de uma democracia participativa verdadeira, na medida em que ele permite o encontro e a coexistência de múltiplos interesses. Mas nós veremos que sua aplicação é uma piada. Na verdade, ainda que pareça defender o contrário, o artigo 225 da Constituição brasileira só apoia um consenso de fachada, beneficiando uma prática mordaz de compromisso, que favorece os tecnocratas.

A proposta é realizar uma leitura crítica do mecanismo jurídico do artigo 225, utilizando a distinção habermasiana entre compromisso e consenso. Para ilustrar claramente essa diferença, a ideia é centrar-se, primeiramente, na instrumentalização da sociedade civil pelo Poder brasileiro. A segunda parte determinará a potência dos atores econômicos privados no processo de influência dos interesses do Poder. O objetivo é tentar provar que, se a vontade da constituinte foi permitir a realização do consenso para estruturar a elaboração das normas, só o compromisso existe na prática.

1 A PROMESSA DE UM CONSENSO EFICIENTE PARA ALIMENTAR O DESEJO DE DEMOCRACIA

263

Pensar na sociedade civil é pensar na sua diversidade de ação sobre o poder em vigor. Mas também, é pensar na sua capacidade de influir sobre o poder estatal. Em geral, pensamos na sociedade civil por definição *a contrário*: é sociedade civil todo grupo de interesse lutando contra as políticas estatais. E, se a luta é uma palavra chave para entender o papel da sociedade civil, também é chave para entender a força da herança hegeliana escondida por trás do conceito. Com a questão ambiental, e sobretudo com a questão da participação dos cidadãos no processo de elaboração das normas ambientais no Brasil, a relação sociedade civil-Estado muda. Agora, não toma a forma de uma luta, mas se configura como forma de cooperação para chegar a um consenso, mecanismo em que os indivíduos livres e iguais entre si possam recorrer quando eles não concordem com as formas particulares institucionais que contém a vontade comum. Assim, o consenso apresenta-se como um modelo de mediação entre o universal e o individual, incorporando institucionalmente a vontade comum (HABERMAS, 2015). Em outras palavras, o consenso é a forma ideal de construção de um direito *justo* e da elaboração de um quadro de governança efetivamente democrática.

Se o conceito de consenso figura uma comunicação real e eficiente entre os cidadãos e o Poder, o mecanismo de consenso, na prática, o artigo 225 da Constituição brasileira, fica diretamente ligado a dois aspectos problemáticos: o espaço de manifestação da sociedade civil e o reconhecimento da ação da sociedade civil pelo Brasil. A eficácia da regra estabelecida pelo artigo 225 da Constituição de 1988 é apresentada tanto na adoção de regulamentos para antecipar comportamentos nocivos ao ecossistema brasileiro, quanto para aplicar sanções - administrativas ou financeiras - para punir os autores - pessoas físicas ou jurídicas - por atos que ameaçam o equilíbrio ambiental. Mas, o artigo 225 traz um desafio na definição do que é a sociedade civil, e o impacto do cenário internacional não ajuda a resolver esse problema. Pretendemos, então, analisar o que pode ser a sociedade civil em um âmbito estritamente interno. Em outras palavras, pretendemos averiguar a relação entre a sociedade civil e o povo, ou seja, a concepção da sociedade civil no âmbito nacional como sinônimo de povo, para garantir uma forma de *tranquilidade social*. Além disso, analisaremos a correspondência entre sociedade civil e comunidade, ou seja, a concepção da sociedade civil como sinônimo de comunidade, o que permite legitimar a ação do Brasil no âmbito internacional. 264

O artigo 225 da Constituição brasileira de 1988 menciona, claramente, que o povo tem direito a uma boa qualidade de vida e a morar em um ambiente ecologicamente equilibrado. Isso é uma consagração dos princípios de direito internacional do meio ambiente, tal como foi redigido nos anos 70, junto ao Informe Brundtland. Para acessar esse direito fundamental, o próprio povo pode impor-se ao Poder Público e à coletividade no dever de defender e preservar o meio ambiente para essa e futuras gerações. Mediante ao uso das palavras “impor”, “dever”, “defender” e “preservar”, o artigo 225 faz do mecanismo de conciliação um mecanismo de pressão. A ideia de obrigação, para os cidadãos, contribui para a uma mudança radical do direito com o objetivo de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Nesse sentido, o artigo 225 é um instrumento jurídico potencial para a prática eficiente do consenso no Brasil.

O consenso, por ser um mecanismo não vinculativo, seria um preâmbulo para uma colaboração real entre o Poder político e os cidadãos. Na verdade, o consenso, por ser uma forma de comunicação entre vontades individuais que são igualmente membros da instituição, participa plenamente na criação de instituições. O consenso reflete interesses universalizáveis, mas também, acima de tudo, a construção de interesses comuns. O artigo 225, por mencionar as gerações futuras como destinatárias da ação da sociedade civil brasileira é consubstancial à elaboração de normas (ou padrões) *universais*. Além disso, com o uso dos verbos pertencentes ao vocabulário de *defesa*,



o artigo 225 faz do consenso um mecanismo de participação da construção da instituição, não só um mecanismo de luta contra a instituição existente. A expressão de *defesa* modifica o conceito de luta, o que implica uma alternância entre ataque e defesa, a fim de garantir a preservação de um interesse. A defesa só envolve uma reação orientada e calculada para a preservação do que já existe. É um mecanismo unilateral no sentido político. De certo modo, o uso desses verbos implica a ideia de que a sociedade civil, nesse caso, participa do Poder: sua reação faz parte do processo de governança, mas não serve para mudá-lo. Nesse sentido, a importância do *interesse em defender* e dos *direitos a preservar* faz da ação da sociedade civil um instrumento de legitimação provável do Poder: fica incluída no processo de elaboração e de modificação (aparente) do Poder.

A sociedade civil, no sentido do povo brasileiro, apresenta-se como o exemplo típico da aplicação eficaz da discussão por uma razão: não existe discussão. O povo só tem o direito – ou dever? – de preservar os interesses já consagrados. Pelo seu poder discursivo aparente, a *sociedade civil-povo* consegue construir uma lei ambiental que respeita os interesses do Poder. O seu poder criativo continua limitado: frente a um Estado que tem se tornado cada vez mais forte e que **265** determina as estruturas da sociedade é difícil encontrar uma forma de legitimar a opinião e a vontade real do povo. O consenso apresenta-se, finalmente, como um mecanismo fechado ou, pelo menos, como um mecanismo impossível de ser colocado em prática. Porém, a necessidade da *democracia* no cenário internacional faz com que a sociedade civil detenha uma nova esperança em redefinir armas de governança e normatividade. Hoje, é indubitável: a sociedade civil não pode mais ser definida como um grupo de cidadãos de um país. O papel e a influência da sociedade civil podem ser percebidos, principalmente, no âmbito internacional. Um exemplo relevante para ilustrar isso são as conferências internacionais. Mas, o mais incrível é que essa sociedade civil internacional tem um papel não mais importante que a sociedade civil-povo na construção do direito interno. Na Conferência Rio + 20, a sociedade civil declarou que:

“No mínimo, Governos Nacionais devem se comprometer a incorporar plenamente os direitos de acesso à legislação nacional; devem também assegurar que as organizações e instituições intergovernamentais incorporem esses direitos a seus regulamentos e práticas, desenvolvendo mecanismos internacionais e regionais para assegurar o apoio em todas as regiões no sentido de rastrear e monitorar a sua implementação” (IPEA, 2010).

O Código Florestal Brasileiro de 2012 também sublinha a necessidade do Estado administrativo de responder a essas obrigações (BRASIL, 2012a). No entanto, além desses lembretes para uma melhor gestão dos recursos naturais, é estranho constatar que no projeto



elaborado pelas ONGs intitulado “*The future we want*” e apresentado na Conferência RIO+20, esclarecia-se que, para o futuro do desenvolvimento sustentável no mundo, era necessária a criação de mais trabalho verde, ou seja, empregos mais respeitosos ao meio ambiental. O surpreendente é que a Lei 12.651, que reforma o Código Florestal, apresenta o mesmo princípio. Da mesma forma, os dois documentos acreditam que o acesso às novas tecnologias é a estrada real para garantir que o desenvolvimento seja sustentável.

A sociedade civil internacional surge como o motor de uma nova energia, a coerência e a proatividade da sua abordagem veem redefinir os contornos do Estado liberal: além da ambição reguladora exibida, o que chama a nossa atenção é o objeto comum de interesse defendido pela sociedade civil-povo e pela sociedade civil-comunidade. Em ambos os casos, é realmente uma questão de priorizar a regulação do uso e da transferência de novas tecnologias. Assim, deixando a palavra aos espaços públicos, os governantes permitem uma possível harmonização da lei: ao defender um interesse comum (universalizável), os espaços públicos ambientais tornam o consenso um mecanismo de poupança e potencialmente estruturador da elaboração coerente dos direitos nacional e internacional. Mas o consenso transformou-se em antecâmara do conflito: a pressão da sociedade internacional provocou no legislador brasileiro a necessidade de supervisionar a ação da sociedade civil. Agora está atento para o melhor, mas também para o pior: com a reforma do Código Florestal, a política do Brasil foi pega pelo seu próprio jogo, debates acalorados nasceram sobre a redução das APPs e a redefinição das RLs. Confrontado com este movimento militante, a grande preocupação do Governo era ver o fracasso das negociações da Declaração do Rio+20 (MANFRIN-GARCIA). No fim das contas, o papel da sociedade civil-comunidade é sinônimo de pressão inútil no sentido que não é eficiente, sendo apenas uma influência aparente. Mas a diferença fundamental da sociedade civil-povo é que a sociedade civil-comunidade faz muito barulho. Que seja nacional ou internacionalmente, a participação da sociedade civil na proteção do ambiente, patrimônio mundial e nacional, está sujeito à vontade do poder político que instrumentaliza o consenso a favor de uma prática do compromisso.

2 A PRÁTICA EXCLUSIVA DO COMPROMISSO: UMA ESTRATÉGIA POLÍTICO-JURÍDICA A FAVOR DA TECNOCRACIA

O compromisso é definido como espaço destinado ao interesse privado. Esse mecanismo permite, igualmente ao consenso, a elaboração das normas *universais*; cada um dos membros da comunidade devendo, por definição, encontrar seus interesses que só são legítimos se submetidos a uma obrigação de reflexão, possível apenas em uma discussão. Mas, a atividade comunicativa vivida por meio da prática do compromisso nos leva à questão de saber quem detém o interesse privado. No caso da reforma de 2012, parece que as *partes privadas* presentes divergiram sobre orientação do interesse de defender. De fato, mesmo que sindicatos e cientistas pertençam ambos à esfera privada - que não é do Estado -, a ação deles de “impedir” uma mudança se enquadra no artigo 225. Mas, quando os argumentos dos sindicatos foram confrontados com os argumentos dos cientistas, descobriu-se que a natureza dos interesses era diferente. Para os sindicatos, trata-se de um interesse oriundo do setor público, o que não é o caso dos cientistas. Porém, cada um dos atores pertence a um *grupo tecnocrático*, seja dos sindicatos ou dos cientistas, e estão oficialmente separados da máquina do Estado. Nessa parte, voltamos então à incongruência da amálgama entre interesse e ator. O conceito de sociedade civil, nesse caso, assemelha-se a uma tecnocracia, ou, melhor dizendo, a um grupo de especialistas unidos sobre um interesse comum a defender. Assim, tanto os sindicatos quanto os cientistas são uma forma de construção da sociedade civil. Mas essa sociedade civil só atua por um compromisso: tenta convencer o Poder com o uso de seus argumentos para mudar as regras. No jogo do compromisso, somente os *interesses interessantes* para o Poder são levados em consideração. Em outras palavras, no caso da gestão dos recursos florestais, só os interesses ligados a um benefício econômico são interessantes. Essa estratégia só é possível pela estrutura estatal do Brasil: a autonomia legislativa dos estados em questões ambientais é muito importante, o que faz com que a governança dos estados fique mais permeável às exigências e interesses dos atores econômicos. Encontramo-nos assim com um compromisso que favorece o aumento de poder da tecnocracia em favor de um federalismo esclerosante por dar primazia ao capitalismo. Para entender bem a lógica do compromisso no marco do artigo 225, pretendemos analisar, primeiro, os argumentos dos grupos tecnocráticos e, segundo, o jogo de poder entre as entidades federais e o Estado na tomada de decisões ambientais.

Apesar do papel principal - e constitucionalmente ratificado - da sociedade civil, o poder político brasileiro regula estritamente a participação desse ator (MANFRIN-GARCIA, 2012).

Como é evidente, a questão ambiental, que afeta questões econômicas, ecológicas e sociais, perturba o processo democrático do país: a política jurídica do Brasil poderia ser considerada como uma espécie de paradoxo Habermasiano, no qual a discussão deve reinar e a atividade estratégica é tolerada (HABERMAS, 1990). Assim, perante um processo político aparentemente favorável à construção do direito *em sintonia* com a sociedade, existe uma lacuna cultural: a sociedade civil acaba por servir aos interesses de quem está no poder. De forma mais enfática, a sociedade civil é, no caso do direito ambiental no Brasil, uma farsa. O artigo 225 da Constituição menciona o papel dinâmico e proativo dela, falando da capacidade de balançar com o poder governamental. Nesse sentido, a preservação do meio ambiente para as gerações futuras é quase uma obrigação para a comunidade. Infelizmente, só figura a possibilidade do consenso. A realidade é ainda mais pesada do que a verdade: no processo de adoção da reforma florestal de 2012, os argumentos retidos são científicos e a favor de uma exploração capitalista do espaço. As dimensões sociais, humanas e ambientais *stricto sensu* não são consideradas pelo legislador. O artigo 225 da Constituição brasileira, na medida em que afeta o impulso criativo da sociedade civil, na 268 implementação da vontade do poder político, faz do compromisso o meio não alternativo, mas complementar ao consenso. Além disso, no contexto da reforma do Código Florestal, os debates parlamentares foram tumultuosos e múltiplos, e a sociedade civil e o poder político não conseguiram chegar a um consenso (GCF, 2014). Foi por meio dos argumentos científicos que ambos os parceiros conseguiram construir um acordo para perpetuar – da melhor maneira possível – a tradição brasileira de preservação ambiental. Nesse contexto, o consenso fomentado pelo artigo 225 é apenas aparente. A realidade é que trata-se de uma forma alternativa de conciliação: o compromisso.

O compromisso é, para Habermas, uma prática possível, embora um pouco indesejável: ao contrário do consenso, que permite o acordo *verdadeiro, sincero e justo*, o compromisso é um mecanismo discursivo do menor-mal: ele pressupõe a permanência das oposições entre os interesses em jogo, o que implica que os interesses sejam divergentes entre as partes. Ele estimula a discussão para desarmar um conflito latente, mas não implica em um consenso sobre os interesses em questão. Na verdade, se ele coloca como um acordo proveitoso sobre os interesses, mas não promete a satisfação mútua de conciliação. Pelo contrário, ele incentiva a aparição e o reconhecimento do interesse particular: o compromisso subentende que o acordo em vias de negociação é melhor, para todos os membros presentes, do que deixar a situação continuar sem arranjo. Por conseguinte, o compromisso favorece as estratégias e as manipulações



argumentativas. Além disso, Habermas prevê essa prática no âmbito estrito do debate parlamentar. Deve-se fazer prova de pragmatismo: as deliberações políticas são o lugar ideal para a prática das atividades estratégicas carentes de transparência.

Com a reforma de 2012, o consenso continua aparente e o compromisso torna-se a regra, embora, em teoria, esta prática supõe legitimar a aplicação coerente da lei promovida pela sociedade civil. Na realidade, o sistema jurídico continua sujeito às mesmas contingências; o mundo das ciências tornou-se o novo centro de comunicação. A sociedade civil, como o poder em vigor, vai referir-se à verdade científica para influenciar uns e outros e responder à necessidade normativa. Assim, é em cima disso que a sociedade civil vai jogar para influenciar a tomada de decisões: o político torna-se científico. A interdependência entre ciência e política confere à opinião pública, nesse caso, um simples papel secundário, ou mesmo supérfluo, na criação e na aplicação do direito. O risco de derrapar para uma tecnocracia totalitária cresce gradualmente. Em outras palavras, corremos o risco de nos deixarmos levar pela tecnicização do político e os espaços públicos tornam-se os corredores do debate científico. Devemos, então, ficar de olhos abertos para **269** não cair nos caminhos sinuosos que a ciência provoca no político, em uma aparente despolitização do político. É certo que, por meio da criação de círculos de dominação comunicacional, onde apenas os cientistas podem interagir, a ação comunicativa é empobrecida e, com ela, a criação normativa também. Assim, a sociedade civil age como uma verdadeira mediadora da convergência normativa: por meio do consenso, ela participa na criação normativa. Pelo jogo do compromisso, ela usa as atividades estratégicas com o objetivo de transformar os argumentos científicos em posições políticas. Sua ação múltipla não diminui em nada a sua coerência: fazendo avançar dados precisos e *biológicos* para contribuir com a normatividade, não há mais espaço para o engano, para a falsidade, ou para interpretação. Os dados científicos, por serem factuais e *racionais*, permitem construir uma lei nacional brasileira e internacional coerente ou, pelo menos, convergente.

Uma das faixas de resolução parece situar-se na redefinição das estratégias da governança. Mas, sobre a questão da gestão dos recursos naturais na Amazônia, a reforma do Código florestal de 2012 nos faz mergulhar numa grande dúvida: a autonomia concedida às entidades federais na gestão de algumas áreas protegidas participa de um movimento de convergência normativa ou, pelo contrário, ela vem propulsar uma nova dinâmica?

Na verdade, é por existir um tecido comunicacional abaixo de qualquer comunicação que a troca discursiva é fácil e leva à libertação. Em outras palavras, a partilha de uma cultura facilita a comunicação. A análise da questão ambiental feita por Habermas, por requerer a

intervenção de tecnocratas no debate, como vimos, nos reenvia ao problema do político-científico e, com isso, à perda de direção e, conseqüentemente, à perda de construção normativa. Mas hoje, essa observação nos leva mais longe: temos a hipótese de uma transposição da teoria comunicacional no desenvolvimento da lei nacional brasileira através da questão da repartição das competências entre o Estado federal e os estados federados: para que a lei do Estado-nação seja harmoniosa, é preciso uma convivência cultural - ou comunicacional - entre as entidades federadas e Estado federal. E, se o sucesso do papel desempenhado pela sociedade civil no interior dos Estados é discutível, permanece o fato de que a sua participação modula três aspectos do processo democrático no âmbito do Estado-nação. O Estado deve ser Estado administrativo e soberano territorialmente.

A estrutura federal do Brasil repreende, em um sentido, o desafio colocado pelo processo de comunicacional: o Brasil afirma a sua ambição por meio da divisão territorial e a *dependência* normativa entre estados federados e Estado federal. A capacidade de tomada de decisões é, então, fragmentada conforme o território: a repartição das competências entre estados federais e Estado federal conduziu o Estado administrativo a deixar-se fagocitar pelas pretensões do Estado territorial. A constituição brasileira, no artigo 225, especifica as obrigações impostas a todos os entes federados no que diz respeito ao meio ambiente (REDD+, 2001, p. 15). A fim de implementar eficazmente as várias disposições da norma constitucional, as competências legislativas das entidades federadas e o poder executivo foram decisivos. Na verdade, a competência legislativa dos estados federados pode ser vertical ou concorrente, mas, em todos os casos, é a legislação nacional que elabora as linhas diretrizes, que são os preâmbulos para o desenvolvimento legislativo das entidades federadas. O debate jurídico está circunscrito e limitado pela plenitude dos poderes do Estado federal. Para executar, da melhor maneira possível, as medidas legislativas adotadas, a execução é confiada às autoridades administrativas que, nos termos do artigo 23 da Constituição, têm uma responsabilidade conjunta das entidades federais, mas também do Estado federal. Este federalismo cooperativo, em seguida, transcende qualquer noção de hierarquia: as autoridades administrativas são autônomas na implementação das medidas adotadas pelo legislador (REDD+, 2001, p. 17). Em virtude dessa autonomia na tomada de decisão, a harmonia normativa não será posta em causa. O exemplo da Lei 3.135/2007 do estado do Amazonas coloca em evidência este problema, particularmente no ponto VI.

Além disso, desde a reforma do Código Florestal, as regiões que ocupam o território amazônico têm maior autonomia, mesmo na tomada de decisões (REDD+, 2001, p. 15-25). O problema ambiental, como é, por definição, não territorial, mas global, é preocupação de todos os Estados. Agora, confrontados com a prática brasileira do federalismo reconsideram o racionalismo habermasiano: a porosidade das fronteiras estaduais torna-se evidente e a tomada de decisão pelas comunidades e povos parecem ser uma vaga lembrança democrática. A magia do vocabulário científico, guiado por uma economia capitalista sempre mais ligada ao benefício do que ao bem-estar global, procedeu no Brasil. Frente a uma tecnocracia que quer obter o poder e dirigir as relações comerciais, o Poder político tem que aceitar os argumentos defendidos. Além disso, é necessário validar esses argumentos atuando para uma aplicação dos mesmos. Nesse sentido, a Lei 3.135 exemplifica essa vontade comum dos tecnocratas e dos políticos, de conjugar os seus interesses para dirigir a política em benefício próprio, e não em favor da população. Na verdade, a Lei 3.135 ilustra a instrumentalização do federalismo no Brasil. Ela estipula, em efeito, a liberdade dos métodos para que o Estado do Amazonas implemente as medidas destinadas a seguir as recomendações dos cientistas. A autonomia dos Estados, por fim, não é uma garantia para a segurança ambiental. É apenas uma forma de ação a favor dos interesses privados e financeiros.

271

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se a vontade do constituinte foi permitir a realização do consenso para estruturar a elaboração das normas, realmente, só o compromisso existe na prática. Essa distinção é fundamental no sentido em que o artigo 225 faz referência ao conceito hegeliano de sociedade civil: a existência de uma sociedade civil está ligada a um Estado forte. Para Habermas, na perspectiva de uma herança crítica do primeiro Hegel, a existência de uma comunidade comunicacional com vontade própria depende do nível de conciliação entre os indivíduos membros dessa comunidade. É apenas nessa condição que esse grupo de pessoas pode mudar o Poder em vigor.

Na Constituição brasileira, o mecanismo de consulta da sociedade civil permite às comunidades contribuírem realmente com uma mudança do poder. Na verdade, existe uma impulsão decisiva das comunidades de interesse sobre a questão ambiental. A atividade comunicacional, que, em teoria, assegura a existência de uma democracia participativa, tem realidade no Brasil: o direito nacional brasileiro assegura o processo democrático ideal pensado



por Habermas. Porém, na prática, não é assim. Apesar do aspecto jurídico favorável a uma democracia *real*, a política não o deixa existir. Finalmente, o único elemento que importa é projetar a aparência de um debate contraditório. No caso do Brasil, a legitimação – e, nesse caso, a legalização também - da participação da sociedade civil na construção do direito ambiental só é uma ilusão. O Estado ainda é a iniciativa da sua política jurídica. Em suma, o idealismo habermasiano fica consagrado pela norma suprema, mas fica somente no idealismo. O artigo 225 da Constituição é uma forma de instrumentalização do idealismo habermasiano.

A teoria crítica da modernidade de Habermas nos confronta com uma dupla problemática: a integração social dos cidadãos no interior do Estado-nação e a relação democracia nacional-economia supranacional. Com o capitalismo e as preocupações ambientais, a modernidade do século XXI transcende o conceito de Estado-nação, e o Brasil está diretamente confrontado com a urgência de assegurar as necessidades de normatividade, quando as áreas a regulamentar penetram o estado territorial. Nesse contexto, o papel da sociedade civil e a ajuda dos mecanismos de democracia participativa poderiam ser uma vantagem decisiva para reorganizar o poder no país. Porém, o argumento capitalista ainda tem vantagem. Na verdade, ainda hoje, o *imbróglia* normativo do qual o Brasil é, ao mesmo tempo, objeto e sujeito, ilustra as limitações dessa abordagem. Tendo um papel importante, tanto no cenário internacional, quanto nacional, na elaboração do direito, constata-se que o jogo dos espaços públicos não permite a garantia de uma convergência total entre o direito internacional e o direito brasileiro. Se, por meio da participação da sociedade civil no desenvolvimento do direito, pode-se pensar que a convergência normativa direito internacional-direito nacional está em marcha, as reivindicações territoriais do Brasil no Amazonas apelam à redefinição dos padrões de governança.

Para a pergunta sobre o que é a sociedade civil para o direito brasileiro, a resposta parece clara: é apenas uma fantasia. Se o conceito de sociedade civil é respeitado, a ausência de definição particular desse termo permitiu ao Poder brasileiro jogar entre uma *sociedade civil razoável* para levar em conta suas ideias, e uma *sociedade civil apaixonada* para desacreditar suas ideias. Em outras palavras, o Poder brasileiro escolhe o que é a sociedade civil *adequada*. No fim das contas, é apenas uma opinião pública (HARDT; NEGRI, 2005).

O quadro teórico habermasiano permitiu isolar a vontade absolutista escondida atrás da ilusão idealista do artigo 225 da Constituição. Então, para a questão da proteção do meio ambiente no Brasil ser um direito ou um dever, a resposta parece igualmente clara: é um

privilégio detido por atores econômicos utilizando, primeiro, os mecanismos democráticos do Brasil e, segundo, a estrutura federal do país. Por tudo isso, o Código Florestal em si é um instrumento jurídico destinado às exigências econômicas. Se a leitura positivista do artigo 225 estava estabelecendo que a sociedade civil brasileira considera “todos” do povo, a realidade é que esse artigo constitui um mecanismo de satisfação ilusória para os cidadãos: a sociedade civil é relevante para o Poder apenas por ser um agente econômico. Ainda pior, o “todos” do artigo 225 só implica uma parte da sociedade civil: a parte que serve às ambições do Poder. Daqui por diante, o idealismo habermasiano transforma-se em uma triste realidade: a tecnocracia agora tem sua fantasia democrática para influir no jogo político do país. Na terra de *Ordem e Progresso*, o papel do sagrado é, agora, assumido ao mesmo tempo pelo direito e pelo capital, que asseguram a solidariedade social e a competitividade. A crença dedicada a um Deus tecnocrata e vacilante cega-nos: vivemos na ilusão de que o Progresso é uma Lei universal, necessitando sacrifícios irreversíveis.

273

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio. *The Political Economy of Deforestation in Brazil and Payment-for-Performance Finance*. 2014, Disponível em: <http://www.cgdev.org/sites/default/files/CGD-Climate-Forest-Paper-Series-10-Abranches-Deforestation-Brazil_0.pdf>. Acesso em: 04 maio 2018.

ACOSTA, A.; MARTINEZ E. (Coords.). *Biopirateria. La biodiversidad y los conocimientos ancestrales en la mira del capital*. Quito: Abya Yala, 2015.

ACOSTA, A.; MARTINEZ E. (Coords.). *Desarrollo, postcrecimiento y Buen Vivir: Debates e interrogantes*. Quito: Abya Yala, 2014.

AHRENS, S. “o “novo” código florestal brasileiro: conceitos jurídicos fundamentais”. Trabalho Voluntário apresentado no VIII Congresso Florestal Brasileiro, 25 a 28-08-2003, São Paulo, SP. São Paulo: Sociedade Brasileira de Silvicultura; Brasília: Sociedade Brasileira de Engenheiros Florestais, 15p.

ALMEIDA, P. R. *Relações Internacionais e Política externa do Brasil: dos descobrimentos à globalização*. 2. ed. Porto Alegre: UFRGS, 2002.

AMÉRICO ALVES DE LYRA, J.; DA SILVAS, F.M.; DE SOUZA LUCIO. K.C. Organização Do Tratado De Cooperação Amazônica (Otca) E A Reinserção Internacional Da Amazônia: Projetos E Programas Em Perspectiva Sub-Regional. *Revista Eletrônica EXAMÁPAKU*, v. 08,



n. 03, 2015. Disponível em: <<http://revista.ufrs.br/index.php/examapaku>>. Acesso em: 04 maio 2018.

AVRITZER, L. *Participatory Institutions in Democratic Brazil*. England: Johns Hopkins University Press, 2009.

BOAVENTURA DE SOUSA S. *Refundación del Estado en América Latina*. Perspectivas desde una epistemología del Sur. Bogotá: Plural, 2010.

BRASIL. Amazonas. Sistema de Gestão dos Serviços Ambientais, complementa dispositivos da Lei Estadual n. 3.135/2007.

_____. Código Florestal. Lei n° 4.471 de 15 de setembro de 1965.

_____. Código Florestal. Lei n° 12.651 de 25 de maio de 2012a.

_____. Medida Provisória . MP n° 571 de 25 de maio de 2012b.

CAMPOS, L.; CORREA, G. *Comércio e Meio Ambiente: atuação diplomática brasileira em relação ao selo verde*. Brasília: Instituto Rio Branco, 1998.

DAGNINO, E. ¿Sociedade civil, participação e cidadania: de que estamos falando? In: MATO, Daniel (Coord.). *Políticas de ciudadanía y sociedad civil en tiempos de globalización*. Caracas: FACES, Universidad Central de Venezuela, 2004.

GCF. Contribuições Para A Estratégia Nacional De Redd+: Uma Proposta De Alocação Entre Estados E União. 2. ed. Manaus: IDESAM, 56p. 2014a

_____. Declaracion Rio Branco construyendo alianzas y asegurando el apoyo para los bosques, el clima y los medios de subsistencia. 2014b.

GERARD, P. *Droit et démocratie: réflexions sur la légitimité du droit dans la société démocratique*. Bruxelles : Facultés Universitaires Saint-Louis, 1995.

HABERMAS, J. *Après l'Etat-nation: Une nouvelle constellation politique*. Paris: Fayard, 2013.

_____. *La technique et la science comme idéologie*. Paris: Gallimard, 1968.

_____. *Droit et Démocratie: entre faits et normes*. Paris: Gallimard, 1997.

_____. *Théorie de l'agir communicationnel*. Tome 2 - Pour une critique de la raison fonctionnaliste. Paris: Fayard, 1987.

HARDT, M; NEGRI, A. *Multitude: War and Democracy in the Age of Empire*. England: Penguin Books, 2005.



HONDIUS, F.W. The notion of “Civil Society” in Greater Europe, *Transnational Association*, n. 3, 1995.

ICONE. Agricultura, Conservação ambiental e a reforma do código florestal. 2011, Disponível em: <http://www.abrasem.com.br/wpcontent/uploads/2012/12/agricultura_conservacao.pdf>. Acesso em: 04 maio 2018.

IPEA. Sustentabilidade ambiental no Brasil: biodiversidade, economia e bem-estar humano. Brasília: Ipea, 2010.

LAVRATTI, P.; PRESTES, V.B. et al. *Direito e Mudanças Climáticas – A Reforma do Código Florestal: Limites Jurídicos*. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2010.

LOHMANN, L. *Mercados del carbono: la neoliberalización del clima*. Quito: Abya Yala, 2012.

MANFRIN GARCIA, Y. O Código Florestal Brasileiro e suas alterações no Congresso nacional. *GeoAltos*, v. 1, n. 12, 2012.

MATTOS, A. M. *Direito, Soberania e Meio Ambiente*. São Paulo: Destaque, 2001.

275

MEDEIROS, R.; IRVING, M.; GARAY, I. A proteção da natureza no Brasil: evolução e conflitos de um modelo em construção. *Revista de desenvolvimento econômico*, a. VI, n. 9, 2014.

MERCOSUL. Declaração de Canela e Taranco, 1992 y 1995.

_____. GMC Dec. n. 19/03. Creación del Órgano de Ministros de Medio Ambiente.

_____. GMC, Res. n. 20/95. Creación del Subgrupo de Trabajo n. 6, Medio Ambiente.

MUKAI, T. *Direito Ambiental Sistematizado. São Paulo: Forense, 2014.*

PEREIRA, D.E.S. O dever de participação na proteção em matéria ambiental na legislação brasileira. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 10, n. 1, edição especial de 2015. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 04 maio 2018.

PINTO DE SOUZA OLIVEIRA, A. Direito Ambiental Constitucional - Uma Análise Principlológica da Consolidação do Estado Protetor do Ambiente nas Constituições Brasileira e Portuguesa. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 51, jul./dez., 2007.

REDD+. Estudo jurídico sobre a possibilidade de criação e implantação de sistemas subnacionais nos Estados Brasileiros. Brazil: Manaus, 2001.



SARTI, I. et al. *Os desafios da integração sul-americana: autonomia e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Letra e Imagem, 2014.

SOARES, G.F.S. *Direito Internacional do meio ambiente*. Emergência, obrigações e responsabilidades. São Paulo: Atlas, 2001.

SPAROVEK, Gerd et al. A revisão do Código Florestal brasileiro. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 89, mar. 2011 .

TARLOCK, A.D. Exclusive Sovereignty versus Sustainable Development of a Shared Resource: The Dilemma of Latin American Rainforest Management. *International Law Journal*, n. 37, 1997. Disponível em: <http://scholarship.kentlaw.iit.edu/fac_schol/625>. Acesso em: 04 maio 2018.

TOLEDO NEDER, R. *Crise socioambiental: estado & sociedade civil no Brasil, 1982-1998*. São Paulo: Annablume, 2002.

TRATADO DE COOPERAÇÃO AMAZÔNICA, 1978. Disponível em: <http://www.otca.org.br/portal/admin/_upload/tratado/O_TRATADO_DE_COOPERACAO_A_MAZONICA_PT.pdf>. Acesso em: 04 maio 2018.

276

Submissão: 24/01/2018
Aceito para Publicação: 04/05/2018



A AUTONOMIA DOGMÁTICA DO DIREITO DE ÁGUAS

LEGAL AUTONOMY OF WATER LAW

Gildo Manuel Espada*

RESUMO: Em face do incremento da procura pela água, muitos conflitos têm surgido entre Estados, entre povos e ou entre comunidades dentro dos Estados, causadas pelos diversos interesses à volta do acesso e uso dos recursos de água. Este facto faz com que a busca de soluções jurídicas que possam resolver tais conflitos aumente, cada dia que passa, o nível de regulação do sector de águas, fazendo com que surja uma autonomia dogmática desta disciplina. Hoje em dia, analisar o Direito de águas é de facto analisar uma disciplina que já não deve ser confundida com outras, como o Direito do Ambiente, o Direito do Mar, o Direito de Terras ou os Direitos Reais. De facto, o Direito de Águas tem uma dogmática própria, assente em princípios, normas e teorias que justificam o reconhecimento da mesma como disciplina autónoma, com objecto próprio. Por isso, com este artigo pretendemos demonstrar que o estudo da disciplina jurídica das águas tem um âmbito próprio, que justifica a sua autonomização científica. Para chegar a tal objectivo, baseamo-nos em diversa doutrina estrangeira que tem o mesmo posicionamento, e comparamos o objecto de estudo do direito de águas com disciplinas circundantes. A conclusão a que chegamos é que existe, de facto, uma autonomia dogmática do Direito de Águas.

ABSTRACT: In the face of increasing demand for water, many conflicts have arisen between States, between peoples and or between communities within the States, caused by the various interests around the access and use of water resources. This makes the search for legal solutions that can resolve such conflicts increase every day, and with that increase, also the need and the level of regulation of the sector of waters, causing the emergency and acceptance of a new discipline with dogmatic autonomy. Nowadays, Water Law is in fact a new discipline that should not be confused with other disciplines, such as the Environmental Law, the Law of the Sea or Land Law. In fact, Water Law has an own dogmatic trace, founded on principles, rules and theories that justify the recognition of Water Law, as an autonomous discipline. For this reason, we wish to demonstrate with this article that the study of water law must be done autonomously, thus justifying its scientific autonomy. To reach this objective, we used vast bibliography with the same position, and we compared the object of water law and surrounding subjects. Our conclusion is that there is, in fact, a dogmatic autonomy of water law.

PALAVRAS-CHAVE: Autonomia Dogmática; Direito Águas; Regulação; Direito Ambiental.

KEYWORDS: Legal Autonomy. Water Law. Regulation. Environmental Law.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Porquê a autonomia dogmática do Direito de Águas? 1.1 A razão e os objetivos. 1.2 Conceptualização e clarificação terminológica. 2 O Direito de Águas e disciplinas circundantes. 2.1 O Direito de Águas e o Direito Internacional. 2.2 O Direito de Águas e o Direito à saúde. 2.3. O Direito de Águas e o Direito do Ambiente. 2.4 O Direito de Águas e o Direito do Mar. 2.5 O Direito de Águas e o Direito da Energia. 2.6 O Direito de Águas e o Direito de Terras. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O estudo do Direito de Águas e a defesa da autonomia aqui feita parte da necessidade de melhor compreensão da sua base metodológica, com o estabelecimento do seu conteúdo e de seus limites, como disciplina jurídica. Deste modo, a correcta sistematização e interpretação dos princípios e normas que o compõem, assim como das opiniões doutrinárias e científicas que o enformam, é o método que nos guia. Com base em tais pressupostos, procuramos elencar e analisar tais princípios, normas e fundamentos, de modo a justificar uma dogmática jurídica

* Doutor em Direito pela Universidade Nova de Lisboa, Portugal. Pesquisador vinculado ao Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS), Portugal. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, Moçambique. Chefe do Gabinete de Qualidade Acadêmica da Universidade Eduardo Mondlane e Coordenador-adjunto do Curso de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique.

própria do Direito de Águas, como modo de criação e aplicação do Direito que justifica a autonomia deste ramo do Direito.

Porque reconhecemos a autonomia dogmática do Direito de Águas, fazemos uma organização sistemática de conceitos, institutos e princípios que permitem melhor compreender este ramo do Direito, para que se não confunda este ramo do saber com outros similares e para que se torne mais fácil o seu estudo e aplicação, o que garante maior eficácia e legitimidade do Direito de Águas na obtenção de soluções adequadas aos problemas sociais.

Por este motivo, porque o Direito de Águas ordena de forma sistemática os conhecimentos e as particularidades, estabelece princípios e normas que os interpreta com referência às particularidades específicas relativas à disciplina das águas, com vista a proporcionar uma aplicação mais racional e justa do Direito positivo à ela aplicável, não temos dúvidas da existência da autonomia dogmática do Direito de Águas.

É pois sobre a água como bem jurídico que deve ser tutelado de forma autônoma que nos propomos dissertar, procurando justificar o porquê de a água, como bem com utilidade econômica, ecológica, social, cultural e religiosa, dever ser regulada autonomamente. Esta é uma análise necessária, porquanto a possibilidade de descortinar soluções normativas aplicáveis à água afigura-se maior e melhor se, para além das necessidades suscitadas pelas questões práticas do dia-a-dia, formos capazes de estudar e antecipar a necessidade de quadros normativos reguladores, neste caso do sector de águas, antes mesmo do surgimento de problemas que demandem soluções urgentes.

Para tanto, propomo-nos a analisar, no primeiro capítulo, o porquê de defendermos a autonomia dogmática do Direito de Águas e no segundo capítulo fazemos uma análise comparativa entre o Direito de Águas e disciplinas circundantes, de forma a melhor diferenciá-las e esclarecer a necessidade de separação dos conteúdos que cada uma estuda e ou regula.

1 PORQUÊ A AUTONOMIA DOGMÁTICA DO DIREITO DE ÁGUAS

1.1 A razão e os objectivos

A razão principal pela qual escrevemos o presente artigo é defender a autonomia dogmática do Direito de Águas, como conjunto de normas aplicável aos Cursos de água nacionais e ou internacionais, que tem uma manifestação clara nos diversos ordenamentos

jurídicos nacionais assim como a nível das organizações nacionais. Pretendemos igualmente analisar os fundamentos que justificam tal autonomia.

A questão da água (doce) tem sido apontada como um dos maiores desafios que o mundo enfrenta actualmente¹. De facto, a importância vital da água como recurso necessário para a subsistência humana e como elemento necessário para o desenvolvimento sócio-económico das sociedades, é tal que justifica-se, na maior plenitude, o ditado ‘sem água não há vida’².

Verifica-se, de facto, uma demanda crescente em relação ao acesso e uso de recursos de água que, e naturalmente, somos quase sempre confrontados com conflitos que surgem um pouco por todo e lado e nas mais diversas circunstâncias. A título de exemplo, Estados ribeirinhos, e muitas vezes bons vizinhos, vêm-se em situações tensas em face da partilha de recursos hídricos internacionais que, porque atravessam ou fazem fronteira entre os países, são vistos como um recurso comum. E porque o recurso é comum, o mesmo deve ser partilhado. E esta partilha, muitas vezes, não é equitativa, o que leva a conflitos entre os Estados, que devem desenvolver formas de resolução de litígios, criando acordos específicos para a regulação do acesso e uso dos recursos. Veja-se, a título exemplificativo, os casos do Douro e do Guadiana, como casos de acordos detalhadamente negociados e com bons níveis de sucesso, por um lado, e o conflito latente entre os 10 países que partilham a bacia do rio Nilo, que estão sempre em situação de alerta máximo e conflito latente, em face da incapacidade de produzir acordos que possam regular o acesso e uso das águas do rio.

Mas a problemática do acesso, uso e regulação dos recursos hídricos não suscita problemas entre Estados ribeirinhos, mas também a nível interno dos Estados. Pense-se, por exemplo, nos muitos conflitos que surgem entre as comunidades locais existentes no mundo fora, e neste caso nas de Moçambique, que, baseando-se em usos e costumes locais, vão estabelecendo regras sobre acesso e uso dos recursos naturais (e neste caso recursos de água) com base em critérios pouco objectivos e ortodoxos, de tal sorte que, em casos de secas e naturalmente desaparecimento ou redução dos caudais dos rios e ou seus afluentes, surgem sempre conflitos, porque ninguém consegue solucionar as situações em que por exemplo o gado deve ultrapassar limites de área previamente estabelecidos em busca de água em local que, por

¹ WEISS, Edith Brown. *The Evolution of International Water Law*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 177.

² Referindo estudos que apontam a água como uma das preocupações principais da humanidade no futuro próximo, vide SERRA, Carlos Manuel; CUNHA, Fernando. *Manual de Direito do Ambiente*. 2. ed. Maputo: Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2008, p. 51.

acordo prévio, foi reservado a outrem, mas é ao mesmo tempo o único local onde o recurso ocorre.

Ou ainda, também a título exemplificativo, os casos em que, até com o apadrinhamento das autoridades administrativas, faz-se a partilha do acesso à água e à terra com base num curso natural, e todos ficam felizes, até ao momento em que as inundações causadas pelo excesso de precipitação vem alterar os limites naturais então existentes, beneficiando uns e lesando outros, nuns casos, e noutros casos alterando os limites outrora existentes, porque o curso de água sofreu um desvio, ou ainda separando terras que outrora eram do mesmo proprietário, criando novos limites de fronteira, etc.

Questão central é, e voltando ao pomo do nosso tema, quais as normas que irão regular as muitas situações surgidas tanto a nível local assim como internacional, que dizem respeito ao recurso água, uma vez que nalgumas situações buscam-se regras administrativas, noutros casos regras aplicáveis a acordos e tratados internacionais (existindo), noutros casos ainda regras sobre o direito do ambiente e dos recursos naturais, enfim, todas aquelas normas que na

281

óptica do aplicador, adequam-se ao caso em concreto.

A verdade porém manda dizer que há um acervo de normas próprio e específico que se tem desenvolvido tanto a nível interno dos Estados, a nível regional e também a nível internacional, que visa regular, de forma específica, a questão do acesso e uso da água. E esse conjunto de normas é o Direito de águas. É neste ramo do Direito que se esclarece, por exemplo, a diferença entre o direito à água e o direito de usar a água. Porque a percepção, com objectividade, do que é um e outro, será determinante não só para aferir as normas que devem ser invocadas para suscitar e fundamentar cada um dos interesses inerentes a tais direitos, como também para, objectivamente, justificar a sua justiciabilidade e o fórum adequado para esse efeito.

De facto, há uma diferença entre direito à água e o direito de usar a água. São direitos distintos, mais facilmente distinguíveis na língua inglesa, cujos termos similares correspondem às expressões 'right to water' e 'water rights'. O direito à água corresponde ao que aqui chamamos direito humano à água, sobre o qual noutro local nos debruçaremos. O direito de usar a água refere-se às circunstâncias, os limites, a forma, a medida e a quantidade que determinada pessoa pode fazer uso da água em face do direito que a si tenha sido concedido, regra geral por via administrativa.

Estes dois direitos estão relacionados. Enquanto o direito à água especifica a quantidade e qualidade de água mínima necessária para garantir a vida e a que certa pessoa tem direito para a satisfação das suas necessidades básicas, o direito de usar a água corresponde a uma autorização legal para usar uma quantidade específica de água, para um fim específico e sob condições específicas ou ainda às formas tradicionais de legitimação do uso da água³.

O direito de uso da água a nível local ou nacional pode ser adquirido por via da lei nos casos em que há propriedade sobre o recurso (*ministerio legis*), por via da apropriação (o primeiro a usar tem prioridade no direito), ou ainda por via de autorizações administrativas (autorizações, licenças e concessões).

Consequentemente, e em maior parte dos ordenamentos jurídicos da SADC, por exemplo, o direito de usar a água, que decorre de normas positivas, está intrinsecamente ligado ao direito de uso da terra. Mais concretamente, o direito de propriedade ou o direito de uso e aproveitamento da terra garante automaticamente o direito de acesso e de uso à água que se encontra nessas mesmas terras, sendo quase que impensável outra situação.

Todavia, há uma tendência em alterar este cenário, e criar condições de atribuição de direitos de uso da água sem que haja necessariamente uma propriedade ou direito de uso da terra, que é referido como o moderno Direito de Águas. Esta tendência, que é impulsionada principalmente pela cada vez maior pressão sobre os recursos hídricos, implica não só o reconhecimento e atribuição do direito de uso da água a quem não tenha direitos sobre a terra, como também implica a atribuição, por via administrativa, de licenças que atribuem tais direitos⁴.

Entretanto, para que tal posição vingue, é preciso reconhecer que a regulação autónoma do Direito de Águas, cuja autonomia defendemos, funda-se num conjunto de regras decorrentes de princípios, tratados, leis, acordos, e jurisprudência que não só são aplicados de forma

³ Por via de regra, as autorizações para usar a água são requeridas para fins industriais, agrícolas, de pastorícia, etc, e enquadram-se no direito aos recursos naturais e no direito ao desenvolvimento

⁴ Vide HODGSON, Stephen. *Modern water rights. Theory and practice*. FAO Legislative Study 92, 2006, p. 1. Refere este autor que do ponto de vista da sociedade, os direitos modernos de água permitem uma alocação mais ordenada e um uso mais sustentável do recurso. Mais ainda, desta forma consegue-se uma melhor gestão dos recursos hídricos, uma vez os direitos serem legitimados a nível administrativo, que dessa forma emite recomendações e directrizes claras sobre o uso, e alargando assim os níveis de controlo. Por outro lado, do ponto de vista dos utentes, passa a haver um maior interesse em respeitar as decisões administrativas sobre o uso e gestão da água, porque, os interessados, eles próprios, querem ver os seus direitos (contidos nas licenças) respeitados, e com isto tendem a colaborar com as instituições responsáveis pelo sector, e dessa forma contribuindo para o cada vez maior cumprimento da lei.

autônoma como também vão provando a crescente necessidade de dissociar-se o Direito de Águas de outras disciplinas jurídicas.

De facto, existem no Direito de Águas vários princípios que são hoje reconhecidos a nível global, regional, e local como sendo princípios jurídicos do Direito (Internacional) de Águas dos quais apontam-se de forma exemplificativa os seguintes⁵:

- a) O princípio da unidade e coerência dos recursos hídricos compartilhados⁶.
- b) O Princípio do respeito pela soberania dos Estados membros na utilização dos recursos hídricos partilhados⁷.
- c) O princípio do respeito pelo Direito Consuetudinário e do Direito Internacional na utilização e gestão dos recursos hídricos partilhados⁸.
- d) O princípio do desenvolvimento sustentável na utilização dos recursos hídricos partilhados⁹.

⁵ Os princípios aqui arrolados, que se manifestam nas legislações internas dos Estados, decorrem de Tratados Internacionais e ou de Acordos Regionais, cabendo a cada Estado a sua adopção a nível interno. Os princípios aqui arrolados podem ser encontrados, por exemplo, na Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses, New York, 21 May 1997, UN Doc. A/51/869; No The ECE Protocol on Water and Health to the 1992 Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes, London, 17 June 1999, 29 EPL (1999); Na Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council establishing a framework for the Community action in the field of water policy; No UN/ECE Protocol on Water and Health to the 1992 Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes (24 March 1999); Na Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context (in Europe) (Espoo Convention), Espoo, 25 February 1991; Na Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses, New York, 21 May 1997, UN Doc. A/51/869; No Protocolo Revisto Sobre os Cursos de Água Partilhados na Região da SADC (de 2000); Na política Regional de Águas da SADC (de 2006); Na estratégia Regional de Águas da SADC (de 2007); Na Visão da África Austral com Relação a Água, à Vida e ao Meio Ambiente no Século XXI (de 2006) e nas Orientações da SADC para o fortalecimento das Organizações de Bacias Hidrográficas (de 2010).

⁶ Segundo o qual os Estados partes reconhecem o princípio da unidade e coerência de cada curso de água compartilhado e, em conformidade com este princípio, comprometem-se a harmonizar os usos da água de cursos de água compartilhados e a garantir que todas as intervenções necessárias sejam consistentes com o desenvolvimento sustentável de todos os Estados de Curso de Água e observem os objectivos da integração regional e da harmonização das suas políticas e dos seus planos socioeconómicos

⁷ Segundo o qual “a utilização de cursos de água compartilhados estará aberta a cada Estado do curso de água, no que respeita aos cursos de água dentro do seu território, salvaguardando os seus direitos soberanos, em conformidade com os princípios consagrados no presente protocolo. A utilização dos recursos de água inclui os usos para fins agrícolas, domésticos, industriais, navegacionais e ambientais.”

⁸ Segundo o qual “os Estados Partes comprometem-se a respeitar as regras existentes do Direito Consuetudinário ou do Direito Internacional relativas ao uso e gestão de recursos de cursos de água compartilhados”.

⁹ Segundo o qual “Os Estados manterão um equilíbrio adequado entre o desenvolvimento dos recursos para elevar o nível de vida dos seus povos e a conservação e o melhoramento do ambiente para promover o desenvolvimento sustentável”.

- e) O princípio da cooperação na utilização dos recursos hídricos partilhados¹⁰.
- f) O princípio da cooperação no estudo e na execução dos projectos¹¹.
- g) O princípio da partilha de informação e troca de dados¹².
- h) O princípio do uso racional e equitativo dos recursos hídricos¹³;

O princípio da obrigação de não causar danos significativos aos cursos de água internacionais¹⁴.

Para além de princípios e normas aplicáveis ao sector de águas, é salutar referir que o Direito de Águas já tem um razoável acervo doutrinário e jurisprudencial, que é conquista própria deste ramo do Direito. Isto é, ao enunciarmos os princípios e normas do Direito de Águas fazemo-lo cientes do facto de eles não serem mera continuação ou extensão de outros princípios e normas já existentes, sem com isto negar a influência que muitos outros ramos do Direito têm sobre o Direito de Águas, mormente o Direito do Ambiente e o Direito Internacional, a título de exemplo, como aliás demonstramos adiante.

É crescente o número de autores e de obras doutrinárias viradas para o tratamento da disciplina jurídica do Direito de águas, que alicerçam-se em teoria que se vão afirmando neste domínio, de entre as quais despontam a teoria da soberania territorial absoluta¹⁵, a teoria da

¹⁰ Segundo o qual “os Estados partes comprometem-se a procurar e a estabelecer uma cooperação estreita no estudo e na execução de todos os projectos susceptíveis de ter um efeito no regime de um curso de água compartilhado.”

¹¹ Segundo o qual “Os Estados partes comprometem-se a procurar e a estabelecer uma cooperação no estudo e na execução de todos os projectos susceptíveis de ter um efeito no regime de um curso de água compartilhado.”

¹² Segundo o qual “Os Estados Partes trocarão informações e dados disponíveis relacionados com as condições hidrológicas, hidrogeológicas, de qualidade de água, meteorológicas e ambientais dos cursos de água compartilhados”.

¹³ Segundo o qual “a utilização de um curso de água compartilhado de forma racional e equitativa requer que sejam tomadas em consideração todos os factores e circunstâncias relevantes, incluindo:

- (i) Factores geográficos, hidrográficos, hidrológicos, climáticos e outros de carácter natural;
- (ii) As necessidades sociais, económicas e ambientais dos Estados de Curso de Água em causa;
- (iii) A população dependente do curso de água compartilhado em cada Estado de Curso de Água;
- (iv) Os efeitos do uso ou usos de um curso de água compartilhado num Estado de Curso de Água sobre os demais Estados de Curso de Água;
- (v) Utilização existente e potenciais do curso de água;
- (vi) A conservação, protecção, desenvolvimento e economia do uso dos recursos hídricos do curso de água compartilhado e os custos das medidas tomadas para o efeito; e
- (vii) A disponibilidade de alternativas, de valor comparável, para um uso específico actual ou planeado”.

¹⁴ Segundo o qual ao utilizar um curso de água compartilhado nos seus territórios, os Estados Parte tomarão todas as medidas apropriadas para prevenir que danos significativos sejam causados aos outros Estados de Curso de Água.

¹⁵ Esta teoria funda-se no secular princípio da soberania interna dos Estados sobre a terra e sobre todos os recursos naturais que se encontram dentro dos limites do seu território. Tal princípio, largamente referido a nível de acordos, tratados internacionais e resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas, discute, em face da soberania dos

integridade territorial absoluta¹⁶, a teoria da soberania territorial limitada¹⁷, a teoria da comunhão de interesses¹⁸, a teoria da apropriação prévia¹⁹, e a teoria da distribuição equitativa de benefícios²⁰.

Por outro lado, é preciso considerar que regra geral, a nível interno dos Estados a existência de normas aplicáveis à regulação da água é hoje uma realidade, sendo possível identificar legislação aplicável a várias áreas deste domínio, da mesma forma que a nível do Direito Internacional abundam Tratados e Convenções sobre a matéria²¹.

Consideramos por isso a existência da autonomia dogmática do Direito de Águas, porquanto é irrefutável a sua afirmação como ramo autónomo do Direito. Todavia, ao defendermos tal autonomia dogmática não queremos esgotar o tema dissertando somente acerca do seu objecto, premissas e fundamentos como ciência, mas sim reconhecer a sua afirmação, funcionalidade e suficiência, considerando que o mesmo tem uma base de sustentação sólida que é garantida pela existência de princípios e normas que de forma sistemática garantem a boa

Estados, o direito que os mesmos têm de explorar os seus recursos. A teoria da soberania territorial absoluta defende que cabe aos Estados explorar as águas dos cursos internacionais fronteiriços ou transfronteiriços de que são parte como bem entenderem, independentemente das consequências sofridas por outros Estados, e sem o dever de consultá-los. De acordo com esta teoria, os Estados de montante estariam livres para fazer transferências de água desviando o curso normal do caudal sem ter que preocupar-se com as necessidades dos Estados de jusante.

¹⁶ Esta teoria vê os cursos de água internacionais como propriedade comum dos Estados ribeirinhos, não sendo permitido que nenhum Estado limite os demais Estados nos benefícios que os mesmos podem tirar do uso das águas internacionais. Isto significa, por isso, que os Estados de jusante têm o direito de exigir que a água de um curso internacional chegue ao seu território de forma contínua e ininterrupta, sem alterações no curso natural, independentemente das necessidades e das prioridades dos Estados de montante pelos quais o curso de água tenha antes atravessado.

¹⁷ Esta teoria é baseada na asserção de que todos os Estados são livres de usar os recursos hídricos partilhados que atravessem o seu território desde que tal utilização não prejudique os direitos e interesses dos demais Estados ribeirinhos. Neste caso, a soberania sobre os recursos hídricos é relativa e qualificada. Relativa, por não ser absoluta, e qualificada porque implica uma soberania partilhada. Deste modo, os Estados ribeirinhos têm direitos e deveres recíprocos na utilização dos recursos hídricos partilhados e cada um deles deve, em consequência, retirar benefícios equitativos do curso de água, no respeito pelos demais direitos soberanos existentes. Esta teoria é por isso também conhecida como teoria da igualdade soberana e da integridade territorial.

¹⁸ Segundo esta teoria, há uma comunhão de interesses que decorre do facto de o curso de água internacional ser uma unidade física natural sobre a qual convergem diversos interesses. Por isso, a partilha de tal recurso deve ser algo tão natural quanto o facto de a mesma estar disponível para vários Estados.

¹⁹ A teoria da apropriação prévia advoga direitos históricos baseados na máxima “primeiro no tempo, primeiro no direito”. Esta teoria advoga que os Estados que sejam primeiros a usar as águas de um curso internacional adquirem o direito de continuar a receber a mesma quantidade que usavam antes de outros Estados terem reivindicado uma melhor partilha da água (apesar de isto significar uma restrição ao direito de exploração do curso de água pelos demais Estados, regra geral de montante).

²⁰ Segundo esta teoria, a partilha de benefícios decorrentes do uso da água, sejam eles por via da hidroenergia, agricultura, controlo das cheias, navegação, comércio, turismo ou preservação da saúde dos ecossistemas aquáticos, deve ter em conta como objectivo principal os benefícios do ecossistema em si, e não os benefícios que dele se pode tirar. Porque tal percepção permite que se tenha acordos cujo objectivo vise propiciar um tratamento sadio dos recursos hídricos, e não uma disputa em que uns saiam a ganhar e outros a perder.

²¹ Vide nota 6.

aplicação das normas deste ramo do Direito, o que provamos com base no estudo e análise sistemática das normas jurídicas aplicáveis à água, como bem jurídico autónomo e sujeito à tutela, tendo em consideração o regime jurídico relativo ao acesso, uso, gestão e protecção de recursos hídricos²².

1.2 Conceptualização e clarificação terminológica

No presente artigo iremos usar alguns conceitos que, achamos nós, precisam de ser esclarecidos para que se tire o melhor entendimento dos mesmos. Preliminarmente, focalizamos a distinção entre as expressões Direito de Águas e Direito das Águas. Embora sejam elas, em geral, empregues indistintamente, o surgimento da Declaração Universal dos Direitos da Água²³, na qual esta é colocada na posição de sujeito do Direito, fez com que, para evitar confusões, fosse reforçado o seu entendimento no sentido de ser mais apropriada a expressão Direito de Águas, perante a qual estas ocupam a posição de objecto, como efectivamente são nele tratadas.

286

Assim, o Direito de Águas pode ser conceituado como conjunto de princípios e normas jurídicas que disciplinam o domínio, uso, aproveitamento, gestão, conservação e preservação das águas existentes em bacias hidrográficas, para os mais diversos fins, e analisa a descentralização e a participação dos Estados e da sociedade no uso e gestão dos Recursos hídricos, a criação e implementação de planos de recursos hídricos, a outorga do direito de uso e ou a cobrança pela utilização dos recursos hídricos, assim como a resolução de conflitos decorrentes do uso e gestão da água, como bem individualmente considerado.

Da mesma forma, também pela unidade terminológica, chamamos a atenção para a diferença entre o sentido do vocábulo água e o da expressão recurso hídrico. Com efeito, no estudo das matérias relativas à água, deve-se ter presente a distinção entre o significado do vocábulo água e o da expressão recurso hídrico, pois, é comum encontrar, em leis e manifestações doutrinárias e técnicas, a utilização do vocábulo e da expressão como sinónimos, o que na verdade não ocorre.

²² Referímo-os ao nosso “Direito de Águas”, no prelo.

²³ No dia 22 de março de 1992, a Organização das Nações Unidas (ONU) apresentou a Declaração Universal dos Direitos da Água e instituiu a data como Dia Mundial da Água por via da Resolução A/RES/47/193 – 22/fev/1993.

Água é o elemento natural, descomprometido com qualquer uso ou utilização. É o género. Recurso hídrico é a água como bem económico, com fins utilitários. Por esta razão, é comum haver um ‘Código de Águas’ e não um ‘Código de Recursos Hídricos’. Entretanto, deve-se ressaltar que toda a água da Terra não é, necessariamente, um recurso hídrico, na medida em que o seu uso ou utilização nem sempre tem viabilidade económica. Mais ainda, convém ter presente que, em muitas ocasiões, o elemento líquido deve ser referido no seu género, ou seja, como água e não como recurso hídrico, uma de suas condições.

De igual modo, não deve confundir-se a utilização da água com a utilização do curso de água, porquanto tais expressões têm um alcance distinto: o uso da água é o aproveitamento dela como bem sujeito a fins identificados para a satisfação de necessidades que requerem simplesmente a água, como bem económico útil. Por isso, usamos a água para o consumo, para a agricultura e para a indústria, e não o curso de água como um todo.

Por outro lado, vezes há em que de facto fazemos uso do curso de água, e não da água como bem económico: a produção de hidroenergia, por exemplo, faz uso do curso de água e não da água, da mesma forma que na navegação faz-se uso do curso de água e não da água como bem económico individualmente considerado.

Esta distinção entre uso da água e uso do curso de água é relevante no Direito de Águas porquanto permite esclarecer a distinção entre usos consumptivos e usos não consumptivos, que do ponto de vista de gestão e regulação é crucial, pois se por um lado os usos não consumptivos, que correspondem geralmente ao uso do curso de água são pacíficos, os usos consumptivos, que são correspondentes ao uso da água, são propensos à geração de conflitos.

Os cursos de água pertencem sempre a uma determinada bacia hidrográfica. Esta é entendida como sendo uma unidade geográfica e hidrológica que consiste de um rio principal e todos os territórios situados entre o curso de água, a nascente e a foz do rio, nela incluindo-se todos os terrenos, riachos que alimentam o rio principal (sejam efémeros ou ocasionais), a região costeira caso o rio desague no mar, os lagos, as terras húmidas e os aquíferos subterrâneos que se encontrem interligados ao curso de água principal.

Assim, o rio é o elemento central do conceito de bacia hidrográfica. Estas não existem sem rios, e o inverso também é verdadeiro. E devido a esta ligação íntima entre estes dois conceitos, a gestão de um rio está totalmente relacionada com a gestão da bacia hidrográfica como unidade espacial, pelo que o caudal do rio e a qualidade das suas águas dependerão dos

usos não só da água individualmente considerada mas também dos usos a que o solo está sujeito, assim como as condições geológicas (e de certo modo climáticas) da área da bacia hidrográfica.

A bacia hidrográfica, que se define como os terrenos pelos quais os cursos de água se espalham, pelas características que tem, é vista sempre como local ideal para a prática de actividades económicas, produtivas e culturais e religiosas, pelas sociedades. De facto, é ao longo das bacias hidrográficas onde se encontram muitas das grandes cidades, e os grandes campos de produção agrícola, porque as condições oferecidas pelas bacias hidrográficas propiciam condições ideais de vida, garantindo água para uso doméstico, industrial e agrícola e solos férteis para a prática da agricultura.

Assim, o ciclo hidrológico, que envolve a chuva, as águas superficiais, as águas subterrâneas, a evapotranspiração, a transpiração de animais e plantas, etc, está quase sempre relacionado com o conceito de bacia hidrográfica. E é exactamente por isso que afirma-se, muitas vezes, que estamos todos unidos pela água: as bacias hidrográficas de montante estão ligadas com as de jusante; a água superficial alimenta rios, lagos, terras húmidas, assim como alimenta aquíferos, etc. Por este motivo, as bacias hidrográficas devem ser vistas como uma unidade de gestão: a conservação do solo e da respectiva vegetação, das águas superficiais e subterrâneas, devem ser garantidos por via de um uso e gestão adequados da bacia hidrográfica.

Obviamente que isto consegue-se levando em conta factores geológicos, o solo, a variabilidade climática etc., mas as questões culturais também são deveras importantes e não devem ser olvidadas nem descuradas, porquanto o *modus vivendi* das populações das bacias hidrográficas, mormente em relação ao uso do solo e particularmente dos recursos hídricos, são determinantes para a boa gestão das bacias hidrográficas. E neste particular, o Direito, como fenómeno cultural, na vertente do Direito de águas, torna-se fundamental.

Uma situação muito comum em relação às bacias hidrográficas, é o facto de elas poderem alastrar-se por dois ou mais países. E isto acontece de forma tão natural que grande parte dos rios do mundo são de facto internacionais. Quando assim acontece, estamos perante uma bacia hidrográfica partilhada.

Os Estados que se encontrem dentro do espaço territorial de uma bacia hidrográfica (partilhada) são denominados Estados ribeirinhos. Para além desta expressão, é comum usar-se também a expressão Estado de bacia ou ainda Estado de curso de água. A grande questão que se coloca muitas vezes é a de saber o que é que se partilha, se o leito do rio, os afluentes, a água em si ou outro recurso que se encontre dentro dos limites da bacia hidrográfica.

E a resposta a tal questão deve ser retirada do que foi previamente dito em relação ao conceito de bacia hidrográfica. Esta inclui, para além do rio, vários outros recursos a ele conexos. E o que acontece é que os Estados guiam-se, para começar, pelo princípio da soberania territorial. Assim, a nível interno, as águas que originam e terminam dentro do território do Estado pertencem a esse mesmo Estado.

Mas, quando se trata de um curso de água que é partilhado por dois ou mais países os mesmos exercem uma soberania conjunta sobre tais águas. E esta situação, definitivamente, não é fácil: para começar, já é complicado partilhar a soberania. E para acrescentar dificuldades, partilhar a soberania em relação à água, que deve ser vista como um elemento indivisível, porquanto esta soberania não é exercida sobre o leito, nem sobre as gotas de água, mas sobre um recurso em constante movimento, implica uma constante colaboração entre os Estados ribeirinhos, o que sem sombra de dúvidas não é fácil de se conseguir, sendo por isso dos maiores desafios do Direito de Águas. É por este motivo que os países de montante foram e têm sido muito relutantes a introduzir o conceito de gestão de bacia hidrográfica, com a justificação de tal conceito enfatizar excessivamente questões internas dos Estados.

Deste modo, enquanto os cursos de águas nacionais são aqueles cuja bacia hidrográfica encontra-se totalmente dentro dos limites territoriais do Estado, os cursos de água internacionais são todos aqueles que se estendem para além das fronteiras dos Estados, ou que sirvam de limite entre ambos. Por este motivo, não se deve confundir o conceito de ‘rio internacional’ ou ‘curso de água internacional’ como sendo uma situação em que o rio é gerido por uma organização supranacional que limite a soberania dos Estados. Por esta razão, é sempre preferível o conceito de rio partilhado ou recurso hídrico partilhado, pois é menos propenso à confusão, se comparado com o conceito de rio internacional ou curso de água internacional.

Assim, se quiséssemos diferenciar um rio partilhado de uma bacia hidrográfica partilhada, diríamos que a bacia hidrográfica partilhada se estende pelo território de dois ou mais Estados, o que significa que a partilha de recursos por determinada área ou região que não se limita a um único Estado. O conceito de rio partilhado, por seu turno, é um conceito mais limitado, porquanto não leva em conta a área geográfica ou o território pelo qual o curso de água se estende. O conceito de rio partilhado refere-se ao sistema de águas superficiais (nomeadamente rios, lagos e canais) que estejam interligados entre si por um sistema de águas subterrâneas, e que fluem para um *terminus* comum. O rio partilhado, por seu turno, pode ser definido como sendo o espaço central da bacia hidrográfica, sendo o seu componente principal.

O que significa, por outras palavras, que não há bacias hidrográficas sem rios, e que não há rios sem bacias hidrográficas.

A descrição e clarificação terminológica aqui feita têm em vista uma melhor compreensão dos termos analisados neste artigo. Mas, na prática, todos os termos aqui explanados são muitas vezes usados como sinónimos (nomeadamente bacia partilhada, rio partilhado, rio internacional ou curso de água internacional), pois na essência eles referem-se à presença de um corpo de água que atravessa o território de dois ou mais Estados. De entre todos os termos, o conceito ‘partilhado’ é o que melhor espelha a situação dos rios que se estendem para além das fronteiras de um país, ou que sirvam de fronteira entre dois ou mais Estados.

2 O DIREITO DE ÁGUAS E DISCIPLINAS CIRCUNDANTES

O Direito de águas relaciona-se com várias disciplinas. Porque nalguns casos essa relação é tão forte que muitas vezes acaba-se confundindo o objecto e o âmbito de aplicação do Direito de Águas com outras disciplinas a ele circundantes, convém esclarecer quais são essas disciplinas e em que medida elas se relacionam com o Direito de Águas. Referimo-nos ao Direito Internacional, ao Direito à Saúde, ao Direito do Ambiente, ao Direito do Mar, ao Direito da Energia e ao Direito de Terras.

290

2.1 O Direito de Águas e o Direito Internacional

O Direito de Águas tem uma forte relação com o Direito Internacional. Esta relação decorre do facto de o Direito de Águas ter uma vertente internacional importante. De facto, considerando que os cursos de água são muitas vezes internacionais, no sentido de serem transfronteiriços ou contíguos, tal situação faz com que a questão da água não possa ser vista de forma localizada, porque há nesta circunstância um espaço aquático de índole internacional²⁴.

E para dar respostas às questões suscitadas pelo uso e gestão de cursos de água internacionais deve ser aplicado o Direito Internacional de Águas e não o Direito interno dos

²⁴ Neste sentido, vide BACELAR GOUVEIA, Jorge. *Manual de Direito Internacional Público*. 3. ed. Actualizada e ampliada. Lisboa: Almedina, 2010, p. 674.

Estados ribeirinhos. Pelo que seria impossível discutir recursos hídricos internacionais sem que se reconhecesse o papel central do Direito Internacional.

E, porque grande parte dos cursos de água do planeta são internacionais, o Direito de Águas recorre a Convenções e Tratados internacionais, que são figuras do Direito Internacional, com vista a regular as águas internacionais. De facto, o Direito Internacional de Águas é um conjunto de instrumentos celebrados a nível das organizações internacionais, como a ONU, nuns casos, noutros casos decorrentes do costume internacional e noutros casos ainda de acordos celebrados entre os Estados a nível das bacias hidrográficas.

Deste modo, cabe ao Direito Internacional criar a estrutura que serve de base de sustentação dos processos, mecanismos, modalidades e regras sobre o uso e acesso aos recursos hídricos internacionais. Pelo que a determinação do direito à água e a natureza de tal direito, no que diz respeito aos cursos de água internacionais não caberá ao Direito interno dos Estados. Por outro lado, é no Direito Internacional que os Estados buscam consensos, técnicas e experiências que os permitem descortinar as melhores soluções aplicáveis ao uso e gestão dos recursos hídricos partilhados.

Obviamente que o Direito Internacional não é o único elemento a ter em conta, neste processo. Há sempre, certa e necessariamente, a nível interno dos Estados, questões económicas, ecológicas, sociais, culturais, científicas e até tecnológicas, que têm um papel importante na alocação de cursos de água internacionais. Todavia, não há dúvidas que é o Direito Internacional quem determina quais os países que gozam do “direito de propriedade” ou ainda do direito de acesso aos recursos naturais internacionais²⁵.

Por isso, o direito de acesso, uso e gestão de recursos hídricos internacionais são determinados pelo Direito Internacional, que identifica os sujeitos e as circunstâncias em que determinado Estado pode arrogar-se a soberania sobre os recursos naturais. Esta afirmação parte do princípio indiscutível da existência de uma soberania absoluta dos Estados sobre os recursos naturais que se encontrem dentro dos limites do seu território²⁶, que passou a ser discutida com

²⁵ BILDER, Richard B. *International Law and Natural Resources Policies*. Nat. Resources J., 1980, p. 452.

²⁶ Fazemos esta afirmação partindo do pressuposto da reconhecida existência de uma soberania sobre os recursos naturais a nível interno, que permite aos Estados total controlo sobre os mesmos. Entretanto, não é menos verdade que actualmente discutem-se conceitos como ‘acesso comum aos recursos naturais’, ‘controlo nacional conjunto sobre os recursos naturais’ e ainda ‘propriedade e controlo internacional dos recursos naturais’. Estes conceitos são usados por exemplo na Convenção da Nações Unidas Sobre o Direito do Mar, por causa do acesso ao pescado, e ainda no Tratado Sobre Princípios que Governam as actividades dos Estados Relativas ao Uso e à Exploração do Espaço Aéreo, Incluído a Lua e Outros Corpos Celestes, celebrado em Washington e Moscovo a 27 de Janeiro de 1967 e em vigor desde 10 de Outubro do mesmo ano.

maior intensidade durante o período da independência dos Estados Africanos que invocavam a autodeterminação e a necessidade de desenvolvimento económico e ainda o respeito pela soberania territorial e igualdade entre os Estados, que foi apadrinhada pela Carta das Nações Unidas²⁷.

Foi na verdade na senda do movimento pós independência que foram elaboradas as várias resoluções relativas à soberania permanente dos Estados sobre os seus recursos naturais, nomeadamente a Resolução n.º 626 da Assembleia Geral da ONU de 21 de Dezembro de 1952²⁸, e a Resolução n.º 1803 da Assembleia Geral da ONU de 14 de Dezembro de 1962, intitulada ‘Soberania Permanente Sobre Recursos Naturais’²⁹, e ainda na Resolução n.º 3171 da Assembleia Geral da ONU de 17 de Dezembro de 1973³⁰, tendo no fim o princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais sido incluído numa vasta gama de princípios e normas de três instrumentos fundamentais: a Declaração que estabelece a Nova Ordem Económica Internacional³¹, o Programa de Acção Sobre o Estabelecimento da Nova Ordem Económica Internacional³² e a Carta dos Direitos Económicos e Deveres dos Estados³³.

292

Todavia, vezes há em que tais recursos estendem-se para além dos limites de fronteira estabelecidos, e nesses casos o Estado não pode estabelecer regras e nem agir sem que haja interferência de outros Estados, porque o seu limite de jurisdição conflitua com o de outro Estado. É este o caso dos cursos de água internacionais, em relação aos quais os Estados que o partilham não podem reclamar soberania total e exclusiva.

²⁷ Nos termos do n.º 1 do artigo 2.º da Carta das Nações Unidas a organização e os seus membros, para a realização dos objectivos mencionados no artigo 1.º da Carta agirão de acordo com o “o princípio da igualdade soberana de todos os seus membros”.

²⁸ Que estabelece o direito de os países em vias de desenvolvimento terem o direito de livremente usarem e explorarem os seus recursos e riquezas naturais sempre e tal como o desejarem, para o seu próprio progresso e desenvolvimento económico.

²⁹ Que constitui a mais vasta e explícita declaração das Nações que norma sobre a exploração dos recursos naturais e analisa questões relativas à nacionalização, expropriação e reacquirição de bens, como devendo basear-se na utilidade pública, segurança ou interesse nacional, que são reconhecidos como estando acima de interesses puramente privados ou individuais, sejam nacionais ou estrangeiros.

³⁰ Que reitera que o controlo total sobre os recursos naturais é um elemento indispensável da soberania dos Estados, e que a Assembleia Geral das Nações Unidas apoia totalmente os esforços dos países em desenvolvimento no seu esforço para retomar o controlo sobre os seus recursos naturais, e que o direito de nacionalizar o investimento estrangeiro é uma expressão do direito à soberania permanente sobre os recursos naturais dos Estados.

³¹ Por via da Resolução n.º 3201 da Assembleia Geral da ONU, de 1 de Maio de 1974.

³² Por via da Resolução n.º 3202 da Assembleia Geral da ONU, de 1 de Maio de 1974.

³³ Por via da Resolução n.º 3281 da Assembleia Geral da ONU, de 12 de Dezembro de 1974.

Por isso, os conceitos de soberania, jurisdição, território e propriedade podem neste caso ser limitados, algumas vezes em face de acordos ou tratados existentes, noutros ainda pelo respeito dos direitos e ou interesses de outros Estados, e noutros casos ainda em decorrência de normas de conduta têm sido desenhados com vista a guiar os Estados na área relativa à conservação e uso sustentável dos recursos naturais. Como se depreende, o Direito de águas leva-nos a descortinar e discutir novos entendimentos em relação a conceitos clássicos do Direito Internacional.

Mais ainda, sendo certa a existência do direito humano à água, direito este aprovado por uma Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, acaba este sendo um outro exemplo do facto de o Direito de Águas ter uma forte ligação com o Direito Internacional. De facto, apesar de o direito humano à água ter sido aprovado por via de uma Resolução internacional, o fim último da mesma é fazer-se valer nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados, estabelecendo vantagens para os seus cidadãos. Destarte, fica mais uma vez clara a ligação entre o Direito Internacional e o Direito de Águas.

293

2.2 O Direito de Águas e o Direito à saúde

Para que o Homem tenha vida, e uma vida condigna, é necessário que tenha acesso à água. Porém, é necessário que esta água a que as pessoas recorrem para os mais diversos fins, tenha a qualidade mínima necessária para garantir que o seu uso não prejudique a saúde das pessoas, sendo por isso necessário, por exemplo, que a água seja potável e, de igual modo, seja fornecida em quantidade suficiente com vista a garantir uma vida compatível com a dignidade humana.

Neste contexto, a mera existência da água não basta. É curial que a água disponível seja suficiente e com a qualidade necessária, na medida em que tanto a carência quantitativa, assim como qualitativa, tem um impacto directo na saúde das pessoas. De facto, a falta de água impede que as pessoas possam satisfazer as suas necessidades humanas básicas, da mesma forma que a água contaminada ou poluída é um potencial veículo de doenças. Segundo a Organização Mundial de Saúde, a poluição das águas é um dos principais canais de propagação de doenças como o tifo, a cólera, a disenteria, a hepatite “A”, a malária e a amebíase, e por via de regra as populações mais carenciadas são as que se encontram em situação de vulnerabilidade e consequentemente sofrem um maior impacto.

Entretanto, é preciso esclarecer que a água nunca se encontra na natureza de forma totalmente pura, porquanto ela contém sempre impurezas que podem ser da mais diversa natureza e origem, quais sejam física, química ou biológica. E, sendo natural que a água contenha impurezas, é preciso perceber que a possibilidade de fazer uso da água sem que a mesma implique riscos para as pessoas dependerá do nível ou quantidade de impurezas por ela contida, isto é, será potável, por exemplo, a água que apresente impurezas abaixo dos valores máximos permitidos, não causando malefícios ao homem³⁴.

Deste modo, é preciso aferir, em cada situação, se a água existente para uso reúne a qualidade mínima necessária para o fim a que ela é destinada, cuidado esse que deve ser redobrado quando a água é destinada para o consumo humano, sendo por isso exigível a atenção necessária em todo o ciclo de ‘produção’ da mesma, desde a sua captação, depuração, abastecimento e tratamento para reutilização e também para devolução ao meio natural, o que permite não só salvaguardar a saúde das pessoas, como também para garantir uma gestão sustentável, obedecendo os princípios ambientais do equilíbrio, da precaução, da prevenção, do desenvolvimento sustentável, do acesso equitativo, da preservação, e da responsabilidade.

Os receios levantados em torno da água como veículo de doenças, que cria a ligação entre o Direito de Águas e o direito à saúde estão no facto de a poluição da água ser considerada a maior causadora de mortes e doenças em todo o mundo, estimando-se que cerca de 14.000 pessoas morrem diariamente em decorrência do consumo de água contaminada. Por via de regra, a contaminação das águas ocorre através do lançamento de esgotos domésticos e efluentes industriais nos corpos hídricos; por via da urbanização desenfreada sem que se respeitem as regras do saneamento básico ou no desrespeito das regras sobre a descarga efectuadas nos cursos de água; por via de actividades agrícolas e de mineração que são altamente poluidoras devido ao uso excessivo e ou inadequado de adubos e fertilizantes no caso da agricultura e de produtos como o mercúrio usado na depuração dos minérios.

Deste modo, sendo clara a importância da água potável para a vida e saúde humanas, em face da comprovada relação entre a água contaminada e a veiculação de doenças, o abastecimento de água com qualidade própria para ingestão, preparo de alimentos e higiene pessoal passou a constar com prioridade entre os direitos de todos os cidadãos, sendo a água

³⁴ O padrão de qualidade de água para o consumo humano no ordenamento jurídico moçambicano encontra-se previsto no Diploma Ministerial n.º 180/2004, de 15 de Setembro.



não só factor de bem-estar individual, mas também a disponibilidade de água potável ser determinante para o desenvolvimento social e económico, porquanto, só com pessoas saudáveis é que se consegue trabalhar e produzir com vista a alcançar o referido bem-estar económico.

Por todos esses motivos, o acesso universal à água inerente ao direito à água que assiste aos cidadãos deve considerar igualmente todas as políticas públicas, mormente de saúde, pois só com água potável e acrescemos, saudável, podemos ter um bem estar social e de desenvolvimento urbano sustentável.

2.3 O Direito de Águas e o Direito do Ambiente

O Direito do Ambiente é uma disciplina que visa regular as relações que se estabelecem entre o homem e o meio ambiente, e ainda a interação entre os componentes ambientais, com vista a garantir a protecção e conservação da natureza, do património genético e dos recursos naturais por via da promoção da exploração racional e sustentável em prol das gerações presentes e futuras.

Desta definição podemos aferir que o meio ambiente é constituído pelo conjunto de recursos naturais (renováveis e não renováveis) e pelas actuações humanas sobre os bens existentes na natureza. Por isso, há neste caso uma interacção entre o homem como ser vivo que necessita de bens da natureza, que os usa e ou transforma em prol da sobrevivência e de incremento do bem-estar (e esta seria a visão antropocêntrica do meio ambiente), e por outro uma necessidade de protecção e ou tutela do meio ambiente como bem autónomo, independentemente da sua capacidade de satisfazer as exigências humanas (e esta seria a visão ecocêntrica)³⁵.

Por isso, o moderno Direito do Ambiente adopta uma perspectiva híbrida de tratamento da questão ambiental, em que a par do reconhecimento da necessidade da existência do direito ao ambiente como direito fundamental dos cidadãos, reconhece-se também o meio ambiente como sujeito de direitos, sendo por isso o meio ambiente simultaneamente um sujeito e objecto

³⁵ Para mais desenvolvimentos, vide GOMES, Carla Amado. *O Ambiente Como Objecto e os Objectos do Direito do Ambiente*, p.4. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 03 fev. 2017.

deste ramo do Direito. Por esta razão, o professor Carlos Serra defende a existência de modelos híbridos de tratamento da questão ambiental³⁶.

Olhando para o meio ambiente através de uma visão ecocêntrica, o resultado seria a redução do ambiente à sua significância original, isto é, ao conjunto de recursos naturais, renováveis e não renováveis, e às suas interdependências. Ora bem, os bens ambientais gozam de tutela, que visa protegê-los para que possam perdurar e com isto garantir um desenvolvimento sustentável³⁷. E porque o meio ambiente é composto de vários recursos, grande parte dos mesmos explorados pelo Homem que os busca na natureza, ele (o Homem) designa-os recursos naturais (que incluem a terra, o ar, as águas, as florestas, os minérios etc.). Mas a exploração destes recursos necessita de regulação. O Direito do Ambiente faz parte desse acervo de normas reguladoras dos componentes ambientais, como bens sujeitos à tutela jurídica.

Outrossim o próprio homem foi desenvolvendo regras para a exploração dos diversos recursos naturais. A positivação das regras aplicáveis à regulação do uso e acesso aos recursos naturais, que são diversos, fez com que um acervo diversificado de normas fosse criado, de forma a regular as diversas componentes ambientais de que o homem se socorre para viver e ou criar melhores condições de vida, e esta regulação visa, sobretudo, forçar o abandono da visão utilitarista em troca de uma ética de responsabilidade³⁸.

Daí o surgimento do Direito dos Recursos Naturais, entendido como conjunto de normas que regulam as intervenções humanas sobre os bens ecológicos com vista a maximizar as vantagens que os mesmos oferecem, mas promovendo igualmente a sua preservação, de forma a impedir destruições irreversíveis, para a subsistência equilibrada dos ecossistemas e a sancionar as condutas que os lesem na sua integridade e capacidade regenerativa³⁹.

Parte dessas muitas regras a que se chama genericamente de Direito dos Recursos Naturais são aplicáveis à água e daí o Direito de Águas (assim como existe o Direito Agrário,

³⁶ Vide SERRA, Carlos Manuel; CUNHA, Fernando. *Manual de Direito do Ambiente*. 2. ed. Maputo: Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2008, p. 124.

³⁷ Porque, tal como refere Benjamim Alfredo, “há um reconhecimento de que a quantidade de terra e outros recursos naturais não é infinita e a sua produtividade deve ser preservada através do uso sustentável para as gerações futuras.” Vide ALFREDO, Benjamim. *Alguns Aspectos do Regime Jurídico da Posse e do Direito de Uso e Aproveitamento da Terra e os Conflitos Emergentes em Moçambique*. Tese de doutoramento em Direito pela Universidade da África do Sul (UNISA), Julho de 2009, p. 112.

³⁸ Pelo que, diferentemente da posição do meu Professor Teodoro Waty, defendemos que o Direito do Ambiente não deve ser visto como “um limite ao livre exercício da actividade económica”. Neste sentido, vide WATY, Teodoro Andrade. *Direito Económico*. Maputo: W & W Editora, 2011, p. 128.

³⁹ Vide GOMES, Carla Amado. *O Ambiente Como Objecto e os Objectos do Direito do Ambiente*, p.12. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 03 fev. 2017.

Direito das Minas, Direito do Gás e do Petróleo etc.). E no caso particular do Direito de Águas, ele é na verdade um dos subdireitos fundamentais do Direito do Ambiente, que tal como referem Carlos Serra e Fernando Cunha, merece melhor tratamento, porquanto a água não pode ser reduzida a um mero recurso natural, numa perspectiva puramente economicista⁴⁰.

Destarte, é comum afirmar que o Direito de Águas decorre do Direito do Ambiente, sendo por isso o Direito de Águas também guiado pelo princípio do uso sustentável dos recursos naturais⁴¹. Este é, por sua vez, um dos princípios basilares do Direito Internacional de Águas, na medida em que um dos maiores desafios que se colocam a nível mundial em relação ao uso e gestão dos recursos hídricos é o estabelecimento de um equilíbrio correcto entre o desenvolvimento e a protecção ambiental dos cursos de água, em face do crescimento populacional e do aumento da actividade económica⁴².

Com o crescente desenvolvimento das regras relativas ao uso e gestão dos cursos de água, estas regras foram se autonomizando do Direito do Ambiente, fazendo surgir um novo ramo do Direito, que é o Direito de Águas. Todavia, não há dúvidas que o mesmo continua fortemente ligado ao Direito do Ambiente, que o enforma, mas dúvidas não restam da autonomia do Direito de Águas, que se traduzem na autonomia dogmática, sistemática e até científica, que adiante analisaremos.

Entretanto, é impossível discutir o Direito de Águas sem que se faça referência à questão ambiental, porque grande parte das questões ligadas à água são de facto questões ambientais. Por exemplo, os aspectos ligados à qualidade da água; à prevenção e controlo da poluição das águas; os usos e redistribuição da água; a gestão dos caudais da água e as situações a ela conexas, decorrentes de incidentes; problemas como cheias e inundações, etc.

Mas a existência de um espectro de normas próprias, o estudo da disciplina do Direito de Águas de forma autónoma, e a discussão da problemática do uso e acesso à água sem necessariamente aceitar que esse seja um problema ambiental, são provas mais que suficientes da autonomia deste novo ramo do direito.

Daí que seja necessário ao jurista do ambiente confessar a sua humildade e reconhecer

⁴⁰ Vide SERRA, Carlos Manuel; CUNHA, Fernando. *Manual de Direito do Ambiente*. 2. ed. Maputo: Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2008, p. 109-110.

⁴¹ Para mais desenvolvimentos do conceito de desenvolvimento sustentável, vide ESPADA, Gildo. *Ambiente e Desenvolvimento. Estudo de Caso: Projecto de Construção do Porto de Águas Profundas de Dobela*, in *Temas do Direito do Ambiente*. Maputo: Imprensa Universitária, 2005, p. 66-74.

⁴² Vide GUIMARÃES, António Andressen; AMADOR, Teresa. *A Convenção Luso-Espanhola de 1998 à Face do Direito dos Cursos de Água Internacionais*. *RJUA*, Almedina, n. 11 e 12, , 1999, p.21.

que sem o amparo de outros ramos do direito não é possível edificar um *corpus* teórico suficientemente autónomo para abarcar todas as multidimensionalidades dos problemas ambientais⁴³. E este humilde recurso a outras disciplinas, neste caso o Direito do Ambiente, não deve ser visto como um eterno amparo sem o qual o Direito de Águas não existiria.

2.4 O Direito de Águas e o Direito do Mar

O Direito de Águas é o conjunto de princípios e normas jurídicas que disciplinam o uso múltiplo das águas existentes em bacias hidrográficas para os mais diversos fins e nele analisa-se a descentralização e a participação dos Estados e da sociedade no uso e gestão dos recursos hídricos, a criação e implementação de planos de recursos hídricos, a outorga do direito de uso e ou a cobrança pela utilização dos recursos hídricos, assim como a resolução de conflitos decorrentes do uso e gestão da água, como bem individualmente considerado.

A referência ao Direito de Águas diz respeito aos recursos fluviais e lacustres apenas, quer se trate das águas continentais, superficiais ou subterrâneas, que decorrem do ciclo hidrológico. Portanto, de águas doces ou não marítimas, isto é, “as águas dos rios e rias, lagos, lagoas e pântanos, canais e valas, águas pluviais e subterrâneas, fontes e nascentes”⁴⁴.

O Direito do Mar, por seu turno, aplica-se à tutela das águas do mar, à gestão integrada dos recursos marítimos e de todas as águas navegáveis e o respectivo leito e subsolo, sujeitos à jurisdição marítima. Também conhecido como Direito Marítimo, ele “trata do domínio das águas marítimas, salgadas e salobras, dos seus leitos e praias, bem como dos respectivos usos e utilização (navegação, exploração de produtos petrolíferos e minerais, pesca, etc)”⁴⁵.

Entretanto, o exercício da soberania marítima está ligado ao exercício da soberania fluvial e lacustre, tendo por isso as questões de navegação e navegabilidade e ainda a exploração dos recursos naturais pesqueiros nestes meios (portanto rios e lagos) uma ligação íntima com o Direito do Mar.

Todavia, é inelutável a autonomização do Direito de Águas como ramo especializado do Direito, sendo por isso não só objecto de Protocolos e Convenções e ainda de legislação

⁴³ CANOTILHO, J. J. Gomes. Juricidização da Ecologia ou Ecologização do Direito. *RJUA*, n.º 4, 1995, p. 71.

⁴⁴ Vide LOBO, Mário Tavela. *Manual do Direito de Águas*. 2. ed. v. I. Edição Revista e ampliada. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 61.

⁴⁵ Vide Mário Tavela. *Manual do Direito de Águas*. 2. ed. v. I. Edição Revista e ampliada. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 61.



própria, a nível interno. Neste particular, é de realçar a moderna tendência codificadora integrada na suprema política da preservação e valorização dos recursos naturais que é seguida pela generalidade dos países que tem adoptado legislação sobre a água que se adequa às mais prementes necessidades de regulação do acesso e uso da mesma. Pelo que da mera compilação ou consolidação da legislação, assiste-se actualmente a um verdadeiro movimento de codificação das leis sobre águas⁴⁶.

Por isso, é defensável a autonomização do Direito de Águas como ramo especializado do Direito também porque nele encontramos instituições próprias viradas à questão da água, a nível interno, mas também a nível internacional, da mesma forma que para além de conferências internacionais que são agora realizadas de forma permanente, assiste-se à especialização do Direito de Águas como objecto de especial docência em alguns países como os Estados Unidos, a Holanda e a França, o México, o Chile e a Argentina, para citar alguns.

O Direito do Mar tem a sua maior expressão na Convenção sobre o Direito do Mar, e em Moçambique na Lei n.º 4/96, de 04 de janeiro, que implantou entre nós a gestão integrada dos recursos marítimos e incorporou institutos jurídicos relativos à tutela das águas marítimas ao longo da costa Moçambicana. Nesta lei são definidos os fundamentos da gestão de recursos marítimos, sendo o mar definido como bem de domínio público, dotado de valor económico e insusceptível de apropriação por particulares.

Portanto, o Direito do Mar preocupa-se com o mar e todas as águas navegáveis e o respectivo leito e subsolo, sujeitos à jurisdição marítima, nos termos da referida lei, bem como ao domínio público adjacente a tais águas. De igual modo, o Direito do Mar diz respeito às embarcações e outros objectos marítimos, incluindo cabos, ductos, instalações e estruturas marítimas sob jurisdição de determinado país.

Entretanto, é inelutável que o exercício da soberania marítima tenha que estar ligada ao exercício da soberania fluvial e lacustre⁴⁷, porquanto as questões de navegação e navegabilidade

⁴⁶ Neste sentido, vide LOBO, Mário Taveira. *Águas. Titularidade do domínio Hídrico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1985, p. 8.

⁴⁷ Como ensina Jorge Bacelar Gouveia, o domínio aquático apresenta-se sob duas modalidades geográficas distintas: o domínio fluvial e o domínio lacustre. O primeiro é o espaço dotado de corrente circulatória, no conjunto dos seus rios e respectivos afluentes, desde que limitados ao território terrestre estadual. O segundo é o espaço aquático desprovido de corrente circulatória, que forma os lagos e as lagoas, identicamente englobados pelo território terrestre. Vide BACELAR GOUVEIA, Jorge. *Manual de Direito Internacional Público*. 3. ed. Edição actualizada e ampliada. Coimbra: Almedina, 2010, p. 674.



e ainda as de exploração dos recursos naturais nestes meios (portanto rios e lagos), têm uma ligação íntima com o Direito do Mar.

Todavia, o Direito do Mar não deve ser confundido com o Direito de Águas. Neste, estuda-se o uso múltiplo das águas (doces) existentes em bacias hidrográficas, para os mais diversos fins e analisa-se a descentralização e a participação dos Estados e da sociedade no uso e gestão dos Recursos Hídricos, a criação e implementação de planos de recursos hídricos, a outorga do direito de uso e ou a cobrança pela utilização dos recursos hídricos, assim como a resolução de conflitos decorrentes do uso e gestão da água, como bem individualmente considerado. Em suma, a referência ao Direito de Águas diz respeito aos recursos hídricos apenas, quer se trate das águas continentais, superficiais ou subterrâneas, que decorrem do ciclo hidrológico. Portanto, de águas doces.

O Direito do Mar, por seu turno, aplica-se à tutela das águas do mar, sendo alvo de especial atenção por parte das soberanias. As suas normas, durante muito tempo, eram costumeiras, o que trazia as naturais dificuldades na sua aplicação, o que levou a que a partir do século XX surgissem iniciativas no sentido de codificar suas normas, o que foi feito por via de diversas convenções e tratados internacionais que buscaram sistematizar as suas normas.

A Convenção da ONU sobre o Direito do Mar, assinada em 1982 em Montego Bay, na Jamaica, é um dos frutos desse longo processo, tendo entrado em vigor a partir de 16 de Novembro de 1994, um ano após alcançado o quórum de 60 Estados ratificantes⁴⁸. A Convenção conceitua diversos aspectos espaciais directamente relacionados com os mares, trata

⁴⁸ Para mais desenvolvimentos, vide BACELAR GOUVEIA, Jorge. *Manual de Direito Internacional Público*. 3. ed. Edição actualizada e ampliada. Coimbra: Almedina, 2010, p. 691-705.

dos limites das águas interiores⁴⁹, do mar territorial⁵⁰, da zona contígua⁵¹, do alto mar⁵², reconhece e delimita o direito de passagem inocente⁵³, e introduz o conceito de zona económica exclusiva⁵⁴.

⁴⁹ Consideram-se águas interiores os mares completamente fechados, os lagos e os rios, bem como as águas no interior da linha de base do mar territorial. Pelo que a expressão “águas interiores” abrange tanto as águas doces dos rios, lagos e poços existentes no território do país, como as águas marinhas situadas entre a costa e o marco de início do mar territorial. Trata-se de conceito útil para separar as águas em que o Estado é absolutamente soberano (águas interiores), daquelas em que o Direito Internacional impõe algum tipo de restrição (mar territorial). As águas arquipelágicas no interior das ilhas mais exteriores de um Estado arquipelágico (como a Indonésia ou as Filipinas) também são consideradas águas interiores.

⁵⁰ Mar Territorial é uma faixa de águas costeiras que alcança 12 milhas marítimas (22 quilómetros) a partir do litoral de um Estado que são consideradas parte do território soberano daquele Estado (exceptuados os acordos com Estados vizinhos cujas costas distem menos de 24 milhas marítimas). A largura do mar territorial é contada a partir da linha de base, isto é, a linha de baixa-mar ao longo da costa, tal como indicada nas cartas marítimas de grande escala reconhecidas oficialmente pelo Estado costeiro. Dentro do mar territorial, o Estado costeiro dispõe de direitos soberanos idênticos aos de que goza no seu território e nas suas águas interiores, para exercer jurisdição, aplicar as suas leis e regulamentar o uso e a exploração dos recursos. Entretanto, as embarcações estrangeiras civis e militares têm o "direito de passagem inocente" pelo mar territorial, desde que não violem as leis do Estado costeiro nem constituam ameaça à segurança.

⁵¹ A Convenção das Nações Unidas Sobre o Direito do Mar permite que o Estado costeiro mantenha sob seu controle uma área de até 12 milhas marítimas, adicionalmente às 12 milhas do mar territorial, para o propósito de evitar ou reprimir as infracções às suas leis e regulamentos aduaneiros, fiscais, de imigração, sanitários e preservação do ambiente marinho ou de outra natureza no seu território ou mar territorial. Assim, e nos termos da lei do Mar Moçambicana, que replica a referida Convenção, a zona contígua ao mar territorial moçambicano é definida como a faixa do mar adjacente ao mar territorial, a qual se estende até 24 milhas marítimas médias a partir da linha de base, tendo o Estado o direito de nela exercer o controlo necessário à prevenção e repressão da violação das leis e regulamentos em vigor no país. Vide artigo 8.º da lei do Mar.

⁵² O alto-mar ou águas internacionais é um conceito de Direito do Mar definido como todas as partes do mar não incluídas no mar territorial e na zona económica exclusiva de um Estado costeiro, nem nas águas arquipelágicas de um Estado arquipélago. Em outras palavras, alto-mar é o conjunto das zonas marítimas que não se encontram sob jurisdição de nenhum Estado. Nos termos do Direito do Mar, qualquer reivindicação de soberania sobre tais zonas, da parte de um Estado, é ilegítima. O limite interior do alto-mar corresponde ao limite exterior da zona económica exclusiva, que é fixado no máximo 200 milhas marítimas da costa. No alto-mar ou Águas Internacionais, vigora o princípio da "liberdade do alto-mar": são livres a navegação, o sobrevoo, a pesca, a pesquisa científica, a instalação de cabos e a construção de ilhas artificiais.

Outro princípio de Direito do Mar aplicável ao alto-mar é o do uso pacífico. A única jurisdição aplicável a um navio em alto-mar é a do Estado cuja bandeira a embarcação arvora. Tais Estados têm a obrigação, quanto aos seus navios de bandeira, em alto-mar, prevista pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de : a) tomar as medidas necessárias à preservação da segurança da navegação (condições de navegabilidade dos navios, qualificação da tripulação etc.); b) exigir dos capitães dos navios que prestem assistência a pessoas em perigo; c) impedir o transporte de escravos; d) impedir a pirataria, e ; e) impedir o tráfico de drogas.

Os navios de guerra, em alto-mar, não gozam do direito de visita frente a navios estrangeiros, a não ser que haja suspeita de ilícitos como pirataria, tráfico de drogas ou de escravos. O Estado costeiro pode, contudo, exercer o direito de perseguição contra navios estrangeiros desde que ela se inicie ainda dentro das águas interiores, do mar territorial, da zona contígua ou da zona económica exclusiva. Tal perseguição pode ser efectuada por navio ou aeronave do Estado costeiro.

⁵³ O direito de passagem inocente (ou pacífica) consiste na permissão da passagem do navio por águas territoriais, com a condição de não ameaçar ou perturbar a paz, a boa ordem e a segurança do Estado costeiro. Trata-se, portanto, de um direito que cria uma situação intermediária entre a liberdade de navegação, princípio válido em alto mar, e a jurisdição territorial plena. A título exemplificativo, pode-se incluir algumas actividades não contidas

Pelo que o Direito do Mar ou Direito Marítimo está relacionado com as águas marítimas (ou águas salgadas) e nele abrangem-se tanto as águas pertencentes ao espaço marítimo – águas interiores e águas territoriais (incluindo as águas fluviais influenciadas pelas marés), assim como as águas do mar – que abrange o mar propriamente dito e a praia que lhe é contígua⁵⁵.

2.5 O Direito de Águas e o Direito da Energia

O Direito de Águas está intimamente ligado ao Direito da Energia. A energia é usada para captar, bombear, tratar, usar e purificar a água. Mas, de igual modo, é muito difícil produzir energia sem que se tenha uma boa fonte de água. De facto, uma das principais matérias-primas para a produção de electricidade é a água, sendo literalmente impossível a produção de electricidade sem que se tenha acesso à água.

Isto é, a existência de uma fonte confiável de água é um dos principais requisitos para a instalação de uma fonte de produção de energia – desde a térmica até a hidroeléctrica⁵⁶. Portanto, contrariamente ao que se pensa, a ligação entre energia e água não se limita à relação óbvia de produção de hidroenergia na qual a electricidade é criada pelo fluxo de água.

O que acontece é que maior parte das tecnologias usadas para a geração de electricidade usam por um lado vapor, para pôr a funcionar as turbinas, e por outro lado água, que é usada no arrefecimento do equipamento de geração de energia. Por isso, a disponibilidade de uma

302

no conceito de passagem inocente: pesca, exercícios militares e actos de propaganda atentatório à segurança do Estado costeiro. Submarinos devem navegar à superfície com bandeira arvorada. A passagem não depende de autorização prévia. Isto vale mesmo para navios militares, embora alguns países não partilhem dessa interpretação e exijam autorização ou notificação nesses casos. O tráfego marítimo será regido pelas leis do Estado costeiro, que mantém a prerrogativa de legislar sobre protecção de cabos e condutas, conservação de recursos vivos do mar, prevenção da poluição, investigação científica, entre outros. A permissão de passagem não dá direito à cobrança de taxas

⁵⁴ A Zona Económica Exclusiva é uma faixa de água que começa no limite exterior do mar territorial de um Estado costeiro e termina a uma distância de 200 milhas marítimas (370 km) do litoral (excepto se o limite exterior for mais próximo de outro Estado) na qual o Estado costeiro dispõe de direitos especiais sobre a exploração e uso de recursos marinhos.

Na zona económica exclusiva, o Estado costeiro tem: a) direitos de soberania para fins de exploração e aproveitamento, conservação e gestão dos recursos naturais, vivos ou não vivos das águas sobrejacentes ao leito do mar, do leito do mar e seu subsolo, e no que se refere a outras actividades com vista à exploração e aproveitamento da zona para fins económicos, como a produção de energia a partir da água, das correntes e dos ventos; b) jurisdição, de conformidade com as disposições pertinentes da Convenção sobre o Direito do Mar, no que se refere a: i) colocação e utilização de ilhas artificiais, instalações e estruturas; ii) investigação científica marinha; iii) protecção e preservação do meio marinho.

⁵⁵ Vide LOBO, Mário Taveira. *Manual do Direito de Águas*. 2. ed. v. I. Edição Revista e ampliada. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 83-84.

⁵⁶ Vide BURR, Carolyn F. et al. Water: The Fuel For Colorado Energy. *Water Law Review*, v. 15, 2012, p. 277.



grande quantidade de água é sempre necessária para a manutenção da produção de electricidade em grande escala. É o que acontece, por exemplo, na produção de energia termoelétrica, que se baseia na combustão (que pode ser de gás, carvão, biomassa, fontes nucleares, fontes geotermiais ou fontes solares) para aquecer um certo fluido (que é geralmente água) com o fim de mover turbinas, que por sua vez transformam a energia termal em electricidade⁵⁷.

A água é igualmente necessária para arrefecer o vapor depois de o mesmo ter atravessado a turbina, e mais necessária ainda quando, na produção de energia termoelétrica, ela é usada para condensar o vapor usado nas turbinas. De igual modo, é necessária água para a retirada de desperdícios de petróleo nos poços de exploração, tal como é necessária água para depurar o carvão mineral ou ainda lavar os painéis solares usados na produção de energia⁵⁸. Pelo que virtualmente em todos os métodos usados para a produção de electricidade há uma ligação muito forte entre a mesma e a existência de água.

São várias as questões que se levantam quando se analisa a produção de electricidade. Por causa dos muitos impactos ambientais causados pelo uso da água na produção de electricidade, assiste-se, muitas vezes, a conflitos entre o direito de uso da água e a necessidade de produção e fornecimento de electricidade, como por exemplo a limitação ou proibição de produção de energia por motivos ambientais ligados à água, quando tudo indica que o empreendimento deve avançar; a necessidade de garantir um padrão adequado de qualidade de água pode igualmente ser outro motivo; o limite da construção de barragens, em consequência de resultados negativos que ditam a não autorização em face da realização de estudos de impacto ambiental; a necessidade de proteger o ecossistema aquático⁵⁹, etc, são algumas das razões que podem ser apontadas.

Por isso, em decorrência de normas ambientais de protecção dos recursos hídricos, sempre que haja um conflito entre a produção hidroelétrica e a protecção de ecossistemas aquáticos, as normas ambientais recomendam avaliações de impacto ambiental das quais

⁵⁷ Vide SOVACOOOL, Benjamim K.; SOVACOOOL, Kelly E. Preventing National Electricity- Water Crisis Areas in the United States. *Columbia Journal of Environmental Law*, 2009, p. 362-363.

⁵⁸ Vide BURR, Carolyn F. et al. *Water: The Fuel For Colorado Energy*, *Water Law Review*, v. 15, 2012, p. 285.

⁵⁹ Vide CRAIG, Robin Kundis. The Clean Water Act, Climate Change, and Energy Production: A Call for Principled Flexibility Regarding 'Existing Uses'. *Journal of Energy and Environmental Law*, 2013, p.26.



podem sair recomendações claras no sentido de os projectos de produção hidroeléctrica não procederem, em decorrência do princípio da precaução⁶⁰ e da prevenção⁶¹.

De facto, a produção de hidroenergia deve ser feita sem prejuízo do uso da água para fins públicos, incluindo o fornecimento de água, propagação de peixes e outras espécies de animais bravios, para fins de recreio, agrícolas, industriais e até navegação. Deste modo, o Direito de Águas acaba tendo uma relação directa com o Direito da Energia, na vertente de energia hidroeléctrica, na medida em que os diversos usos podem, de certa forma, conflitar.

De igual modo, é sempre exigível que as instalações de produção de energia cumpram com os padrões de qualidade de água, devendo por isso adoptar políticas contra a degradação das mesmas, que muitas vezes são um verdadeiro problema para as instituições que produzem hidroenergia, pois não as conseguem cumprir e ou implementar, por causa dos muitos problemas inerentes ao processo produtivo da hidroenergia, desde a erosão, o aquecimento das águas (que periga o ecossistema), os impactos correlativos das mudanças climáticas, o impacto da infra-estrutura na crosta terrestre, etc.

Por outro lado, a geração de energia acarreta, muitas vezes custos adicionais decorrentes da protecção ambiental. Por exemplo, há uma redução da eficiência na produção de hidroenergia decorrente da necessidade de redução das temperaturas da água necessária para o arrefecimento dos reactores, aquando do despejo das mesmas no curso de água, pois tal processo implica custos com a energia⁶².

⁶⁰ Também conhecido como princípio da prudência ou da cautela. Este princípio, tal como referem Carlos Serra e Fernando Cunha, tem importância singular, porquanto ele não limita-se ao mero controlo preventivo dos perigos (portanto riscos certos e conhecidos), estendendo-se pelo contrário para todas as situações susceptíveis de causar danos no ambiente, independentemente da existência de certeza científica sobre tal possibilidade. Indicando sete ideias fundamentais normalmente atribuídas ao princípio da precaução, vide SERRA, Carlos; CUNHA, Fernando. *Manual de Direito do Ambiente*. 2. ed. Maputo: Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2008, p. 173-174.

⁶¹ O princípio da prevenção tem em vista prevenir a ocorrência de danos, que são muitas vezes irreversíveis ou de difícil correcção ou ainda por a sua reposição ser bastante onerosa. Contrapõe-se ao princípio da precaução porque aplica-se aos perigos, isto é, aos riscos certos e conhecidos, em relação aos quais existe certeza científica do impacto que criam no ambiente. Para mais desenvolvimentos, vide SERRA, Carlos; CUNHA, Fernando. *Manual de Direito do Ambiente*. 2. ed. Maputo: Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2008, p. 186-188.

⁶² Vide CRAIG, Robin Kundis. The Clean Water Act, Climate Change, and Energy Production: A Call for Principled Flexibility Regarding “Existing Uses”. *Journal of Energy & Environmental Law*, 2013, p.36.

2.6 O Direito de Águas e o Direito de Terras

O Direito de Terras está intimamente ligado ao Direito de Águas⁶³. De facto, uma das principais funções da terra é a produção de alimentos. E como é óbvio, é literalmente impossível a produção de alimentos sem que se tenha acesso à água, salvo raras excepções. Por isso, para além do referido, importa dizer que o uso da terra tem muitas vezes um impacto directo tanto na quantidade assim como na qualidade da água disponível. Pelo que as decisões relativas à alocação de um destes recursos (seja água ou terra) irão afectar directa ou indirectamente o outro recurso. Deste modo, a devida concatenação dos regimes de acesso, uso e aproveitamento de ambos recursos não só é recomendável como é necessária, de forma a se obter uma exploração sustentável dos mesmos.

De facto, em muitos países, o valor da terra está intimamente ligado à existência de água. E muitas vezes, o direito à terra está relacionado com o direito à água. Mas cada um destes recursos tem, por regra, um regime próprio. De facto, tanto a água assim como a terra, têm um regime de acesso, uso e gestão específicos, baseados em direitos criados por via de lei, ou ainda em decorrência de costumes, variando de país para país os modelos adoptados, sendo certo que tais regimes têm sempre como objectivos primordiais o desenvolvimento social e económico dos países e respectivas populações.

Na essência, tanto o Direito de Águas assim como o Direito de Terras têm os mesmos propósitos, que é o de garantir uma alocação de tais recursos, que são escassos, às populações, que por sua vez, gozando das prerrogativas que são atribuídas pelo Direito ou pelos regimes costumeiros passam a estar mais protegidas e até mais seguras em relação aos direitos à água ou à terra que lhes é conferido, podendo deles eventualmente dispor. Daí que, de direitos inicialmente objectivos, isto é, Direito da Terra e Direito de Águas, tanto um assim como outro passam a ser direitos subjectivos que podem ser legitimamente invocados, de acordo com as normas aplicáveis para cada situação e para cada país.

Pelo que se por um lado podemos ter, em relação à terra, o direito de propriedade, o direito de uso e aproveitamento, o direito de transmissão, etc., quanto à água podemos ter o direito de propriedade, o direito humano, o direito de uso, o direito de transferir, etc.

⁶³ Relacionando o Direito de Águas e o Direito de Terras, vide Carlos Manuel Serra, *Estado, Pluralismo Jurídico e Recursos Naturais. Avanços e recuos na construção do Direito Moçambicano*, Escolar Editora, Maputo, 2014, pp. 645-646.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objecto do presente artigo é defesa da existência de um acervo de normas jurídicas aplicáveis à água, como bem jurídico autónomo e sujeito à tutela, normas essas que, para a sua criação, na sua existência e aplicação, seguem uma dogmática própria.

Sendo de todo certo que existem tratados internacionais sobre águas que moldam a criação de normas à escala global, obviamente que, devido às especificidades das características das bacias hidrográficas a nível internacional e regional, tendo em conta factores como o clima, o relevo, o desenvolvimento económico e social dos povos de cada região, necessário torna-se fazer uma adaptação das regras existentes nessas mesmas regiões de modo a que possam acomodar não só as normas sobre águas que entretanto ganharam o estatuto de Direito costumeiro internacional, mas também e ao mesmo tempo, é necessário acomodar tais normas tendo em conta outras normas de cariz regional e principalmente local, tendo em conta os interesses dos Estados.

Deve-se, por isso, fazer uma adaptação em relação às necessidades locais de água dos Estados, de que dependem questões sociais, demográficas, económicas etc., e que são os factores cruciais que despoletam a necessidade de criação de normas e condicionam as filosofias subjacentes na elaboração das mesmas. Neste diapasão, a análise da origem e cristalização do regime jurídico aplicável aos cursos de água internacionais, é uma das pedras angulares da boa produção normativa aplicável ao Direito de Águas, internamente.

Consequentemente, porque o destinatário final das normas do Direito Internacional de Águas são os Estados, que as aplicam internamente, os mesmos, no âmbito do poder soberano de criação legislativa, que os permite produzir as suas próprias normas, que são criadas, num cenário ideal, no respeito do Direito costumeiro internacional e regional, há uma interacção necessária entre estes três espectros de normas, numa simbiose feita no respeito uma das outras que carece necessariamente de uma hábil interpretação e aplicação sistémica e integrada das mesmas.

Assim, independentemente da fonte criadora das normas de Direito Internacional de Águas quer seja a nível global ou regional, ao serem aplicadas a nível local as normas devem ter uma interacção e funcionalidade que as permita entronizar pacificamente com os interesses locais, tendo em conta que os impactos da criação normativa internacional, no que às águas internacionais diz respeito, são na verdade locais, na medida em que os usuários dos recursos

hídricos transfronteiriços são em última instância os Estados e as pessoas colectivas e singulares desses mesmos Estados.

Este exercício, apesar de ser feito tendo em consideração diversos factores e acima de tudo diversas disciplinas, deve considerar, principalmente, a regulação da água, como bem jurídico, económico e social que é autónomo. Por isso, reconhecemos a autonomia dogmática do Direito de Águas, como conjunto sistematizado de conceitos, institutos, princípios, normas e jurisprudência que permite melhor compreender este ramo do Direito. Porque o Direito de Águas ordena e estuda de forma sistemática as normas, princípios, doutrina e jurisprudência relativos à disciplina das águas, com vista a proporcionar uma aplicação mais racional e justa do Direito positivo a ela aplicável, não temos dúvidas da existência da autonomia dogmática do Direito de Águas.

Por isso, não se deve confundir a regulação feita pelo Direito de Águas com a que é feita, por exemplo, pelo Direito do Ambiente, pelo Direito da Terra ou ainda, pelo Direito do Mar.

307

REFERÊNCIAS

ALFREDO, Benjamim. *Alguns Aspectos do Regime Jurídico da Posse e do Direito de Uso e Aproveitamento da Terra e os Conflitos Emergentes em Moçambique*. Tese de doutoramento em Direito pela Universidade da África do Sul (UNISA), Julho de 2009

BACELAR GOUVEIA, Jorge. *Manual de Direito Internacional Público*. 3. ed. Edição actualizada e ampliada. Lisboa: Almedina, 2010.

BILDER, Richard B. International Law and Natural Resources Policies. *Nat. Resources J.*, 1980.

BURR, Carolyn F. et al., Water: The Fuel For Colorado Energy. *Water Law Review*, v. 15, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Juricidização da Ecologia ou Ecologização do Direito. *RJUA*, n. 4, 1995.

COMUNIDADE PARA O DESENVOLVIMENTO DA ÁFRICA AUSTRAL (SADC). *Estratégia Regional de Águas da SADC*, 2007.

_____. *Orientações da SADC para o fortalecimento das Organizações de Bacias Hidrográficas*, 2010.



_____. Política Regional de Águas da SADC, de 2006.

_____. Protocolo Revisto Sobre os Cursos de Água Partilhados na Região da SADC, 2000.

CRAIG, Robin Kundis. The Clean Water Act, Climate Change, and Energy Production: A Call for Principled Flexibility Regarding 'Existing Uses'. *Journal of Energy and Environmental Law*, 2013.

ESPADA, Gildo. Ambiente e Desenvolvimento. Estudo de Caso: Projecto de Construção do Porto de Águas Profundas de Dobela. *Temas do Direito do ambiente*. Maputo: Imprensa Universitária, 2005.

GOMES, Carla Amado. *O Ambiente Como Objecto e os Objectos do Direito do Ambiente*. Disponível em: <www.mundojurídico.adv.br>. Acesso em: 03 fev. 2017.

GUIMARÃES, António Andressen; AMADOR, Teresa. A Convenção Luso-Espanhola de 1998 à Face do Direito dos Cursos de Água Internacionais. *RJUA*, Almedina, n. 11 e 12, 1999.

HODGSON, Stephen. Modern water rights. Theory and practice. *FAO Legislative Study 92*, 2006.

LOBO, Mário Tavarela. *Águas*. Titularidade do domínio Hídrico. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

_____. *Manual do Direito de Águas*. 2. ed. v. I. Revista e ampliada. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses, New York, 21 May 1997, UN Doc. A/51/869.

_____. Resolução A/RES/47/193, 22 de fevereiro de 1993.

_____. Resolução n.º 3201 da Assembleia Geral da ONU, de 1 de Maio de 1974.

_____. Resolução n.º 3202 da Assembleia Geral da ONU, de 1 de Maio de 1974.

_____. Resolução n.º 3281 da Assembleia Geral da ONU, de 12 de Dezembro de 1974.

_____. The ECE Protocol on Water and Health to the 1992 Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes, London, 17 June 1999, 29 EPL, 1999.

_____. The ECE Protocol on Water and Health to the 1992 Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes, 24 March 1999.



_____. United Nations Economic Commission for Europe (ECE). Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context (in Europe) (Espoo Convention). Espoo, 25 February 1991.

SERRA, Carlos Manuel. *Estado, Pluralismo Jurídico e Recursos Naturais*. Avanços e recuos na construção do Direito Moçambicano. Maputo: Escolar Editora, , 2014.

SERRA, Carlos Manuel; CUNHA, Fernando. *Manual de Direito do Ambiente*. 2. ed. Maputo: Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2008.

SOVACOOOL, Benjamim K.; SOVACOOOL, Kelly E. Preventing National Electricity- Water Crisis Areas in the United States. *Columbia Journal of Environmental Law*, 2009.

TRATADO Sobre Princípios que Governam as actividades dos Estados Relativas ao Uso e à Exploração do Espaço Aéreo, Incluindo a Lua e Outros Corpos Celestes, celebrado em Washington e Moscovo a 27 de Janeiro de 1967.

UNIÃO EUROPEIA. Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council establishing a framework for the Community action in the field of water policy.

VISÃO da África Austral com Relação a Água, à Vida e ao Meio Ambiente no Século XXI, de 2006.

WATY, Teodoro Andrade. *Direito Económico*. Maputo: W & W Editora Limitada, 2011.

WEISS, Edith Brown. *The Evolution of International Water Law*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

309

Submissão: 29/09/2017

Aceito para Publicação: 04/05/2018



RESPONSABILIDADE CULTURAL DAS EMPRESAS PELOS DIREITOS AUTORAIS NA CULTURA DO LIVRE ACESSO

COMPANIES CULTURAL RESPONSIBILITY BY COPYRIGHTS ON FREE ACCESS CULTURE

Alexandre Henrique Tavares Saldanha*

RESUMO: O presente trabalho possui como área de estudo a relação dos direitos autorais com os direitos fundamentais de acesso à cultura e de acesso à participação no desenvolvimento econômico, bem como a relação de ambos os elementos com a responsabilidade empresarial de contribuir para a concretização de direitos humanos. A pesquisa tem como objetivo discutir se uma cultura de maior abertura dos direitos autorais é mais benéfica para promoção de acesso à cultura e ao desenvolvimento econômico do que as tradicionais restrições promovidas por estas normas jurídicas, e uma vez sendo benéfica a cultura da abertura, até que ponto as empresas detentoras de direitos autorais possuem a responsabilidade de ampliar as possibilidades de acesso a bens culturais no intuito de satisfazer exigências decorrentes dos direitos humanos. Partindo de pesquisa bibliográfica e elaboração de argumentos e hipóteses, a pesquisa pretende ao final considerar que culturas como compartilhamento e como o do acesso livre são benéficas tanto para as empresas quanto para o cidadão com seu rol de direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Autorais. Cultura Livre. Desenvolvimento Econômico. Responsabilidade Cultural. Responsabilidade Empresarial.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Por sentidos para a cultura livre. 2 Um direito fundamental de participação no desenvolvimento econômico pela criatividade. 3 Proteções aos direitos autorais como barreiras à criatividade. 4 Responsabilidade empresarial pela cultura livre como fator de promoção de acesso à cultura e inclusão econômica. Considerações Finais. Referências.

ABSTRACT: This present research has been developed studying the relationship between copyrights and the fundamental rights of accessing culture and of economic development participation, as well as the relationship of these both elements with how corporates contribute to human rights realization. The research has as objective to discuss if a greater openness culture of copyrights is more beneficial on promoting culture access and inclusive economic development than the traditional restrictions promoted by these legal norms. Once open culture is more efficient than close culture on increasing human rights, this work discuss how copyright companies would collaborate to expand access to cultural goods in order to satisfy human rights requirements. Using as method bibliographical research and arguments, and hypotheses, elaboration, the presente work intends, at the end, to consider that some nowadays cultures, like sharing and like free access, are beneficial both for companies as for citizen, with its human rights bills.

KEYWORDS: Copyrights. Free Culture. Economic Development. Cultural Responsibility. Corporate Responsibility.

311

INTRODUÇÃO

Os direitos autorais estão intrinsecamente ligados com quaisquer modalidades de atividade inventiva, de manifestação do intelecto criativo e de expressões artístico-culturais. Tais direitos representam uma das manifestações daquilo que passou a se chamar de propriedade intelectual, tendo na propriedade industrial outra de suas vertentes. Tanto uma modalidade de propriedade intelectual (direito de autor) quanto outra (propriedade industrial) fazem parte do cotidiano de profissionais e empresas que exploram segmentos como a indústria do entretenimento, a moda, e a economia criativa como um todo. Além disto, as duas faces da

* Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Pernambuco.

propriedade intelectual também possuem intenso vínculo com o desenvolvimento tecnológico, em decorrência das proteções garantidas às lucrativas criações tecnológicas, a exemplo das contemporâneas batalhas pela propriedade de resultados da exploração e crescimento das tecnologias da informação.

Por outro lado, as normas jurídicas que representam a propriedade intelectual se relacionam com outras normas jurídicas que alcançam status de direitos fundamentais, ou direitos humanos, por estarem diretamente envolvidas com o acesso de qualquer cidadão à informação, à comunicação, às manifestações culturais etc. Em outros termos, tanto os direitos autorais, quanto as normas de propriedade industrial, contando também com as que regulamentam o software no Brasil, não apenas regulamentam os aspectos da produção intelectual mais próximos das questões econômicas do autor e das dimensões da titularidade da obra criada, como também tudo isto deve ser interpretado levando em consideração sua relação com direitos humanos e das influências destes em todo o ordenamento jurídico.

No que diz respeito às regras da propriedade industrial, há diversas discussões sobre as possibilidades de patentes na indústria farmacêutica, nas tecnologias medicinais, na indústria alimentícia, dentre outras, considerando que tudo isso envolve benefícios coletivos e direitos humanos à saúde e ao bem estar, por exemplo. Já pelo lado dos direitos de autor, suas relações com interesses da coletividade, com benefícios difusos a todos os seres humanos e com melhores condições de vida não são, possivelmente, tão ostensivas quanto as que envolvem a propriedade industrial, mas tão relevantes e complexas quanto, pois se manifestam em cruzamentos de proteção de direitos de propriedade contra direitos de acesso à cultura, de acesso à participação na criação do patrimônio cultural, de gozo das manifestações artísticas, dentre outras necessidades tão essenciais quanto as que envolvem melhorias à saúde.

Neste presente trabalho, escolhe-se examinar as relações dos direitos de autor com os direitos humanos, deixando as normas de propriedade industrial de fora da discussão, sem ignorar que, numa situação prática e real, estas devem também ser inseridas na rede que envolve necessidades humanas, responsabilidades empresariais e normas jurídicas de proteção às criações intelectuais. Além de sua complexa relação com as contemporâneas tecnologias que envolvem comunicação, informação e transformação cultural, os direitos de autor estão envolvidos com um segmento econômico em evidência e crescimento, a chamada economia criativa, merecendo diante disto uma divergência de posturas hermenêuticas, pois há interpretações a favor de um fechamento normativo pelos direitos autorais, ressaltando sua

verve protecionista, o que garantiria segurança para mais criações, também havendo posições que defendem uma maior abertura destes direitos, pois um maior grau de liberdade incentivaria criações e explorações das coisas criadas.

Dentre os objetivos deste trabalho está justamente demonstrar este problema da ausência de renovação oficial dos direitos autorais em tempos de internet e economia criativa, explorando o argumento de que a postura pró-abertura pode beneficiar tanto o titular do direito quanto a comunidade que goza do acesso à coisa criada. Dentre as hipóteses está a de que as empresas titulares de direitos autorais, a partir do momento que adotam com maior grau políticas que incentivam a participação, a colaboração e a criatividade, estão, ao mesmo tempo se adaptando a novas dimensões da economia do século XXI, com suas transformações digitais vindas e as por vir, e assim estariam aptas a lucrar e crescer, bem como estão colaborando com a concretização de direitos humanos ora previstos em documentos internacionais, ora constitucionalizados, ou ora decorrentes de interpretações extensivas que permitem concluir que direitos humanos não precisam estar positivados para que existam e mereçam eficácia. Apesar da relevância da discussão, por envolver contemporaneidades tecnológicas jurídicas e econômicas, e ainda por discutir cenários de um possível e próximo cenário socioeconômico, o trabalho adota uma postura propositiva, no sentido de não se basear em dados concretos, mas com base em argumentos teóricos, procura colaborar para um debate necessário sobre os temas propostos.

313

1 POR SENTIDOS PARA A CULTURA LIVRE

Dentre as dimensões que envolvem os direitos de autor estão seus aspectos morais, relacionados com a identificação do criador e com a integridade da obra, e seus aspectos patrimoniais, que fazem com que eles tenham conotação protecionista contra usos não autorizados, garantindo ao titular de direitos de autor exclusividades na exploração da obra protegida (ASCENÇÃO, 1997). Esta ênfase na proteção e no controle dos usos pelo titular chega a superar os aspectos morais, se for levado em conta o fato de que nem todos os sistemas de regulamentação dos direitos autorais os preveem (como no caso do *Copyright* norte-americano), e também pelo fato das questões morais serem pouco desenvolvidas em termos de dispositivo legal (como no exemplo da legislação brasileira que reserva poucos artigos para enfrentar a questão moral).



A existência de normas jurídicas sobre a exploração da criação intelectual é um fenômeno relativamente recente, pois parte do pressuposto de que as manifestações artísticas e literárias assumiram condição de mercadoria de extraordinário valor econômico com o desenvolvimento do capitalismo, e até que possuíssem significância econômica, não havia necessidade de proteger a criação intelectual (FRAGOSO, 2012, p. 53). Mesmo que o aspecto patrimonial dos direitos autorais seja apenas um de seus ângulos, pois há outros que não estão necessariamente relacionados com a produção de riquezas derivadas do acesso à obra e de seus usos, a tutela jurídica da atividade criativa que fundamenta a existência de direitos autorais é justamente a que outorga de um direito de exclusividade, compensando o autor pela sua contribuição à ciência, cultura e sociedade (ASCENÇÃO, 1997, p. 3). Esta dimensão patrimonial do direito em foco, busca regulamentar a exploração (no sentido de usos, reproduções, criações derivadas etc.) da obra, bem como do retorno financeiro eventualmente surgido.

Por razões de natureza diversas, o aspecto patrimonial do autor recebeu maior difusão, sendo mais conhecido e, de certa forma, utilizado, em comparação com seu aspecto pessoal. Tanto é que o sistema mais representativo de proteção dos direitos autorais, o norte-americano *copyrights*, praticamente não menciona suas dimensões pessoais, como acima mencionado, regulamentando questões que envolvem reproduções das obras e protegendo os direitos de exclusividade dele decorrentes, sob o argumento de que isto protege as atividades inventivas e as incentiva. Vale frisar que a criatividade, e não a lucratividade, deve servir como grande justificativa que se apresenta à questão da razão de ser do direito autoral. As criações do espírito, assim como o processo de criação, devem ser protegidas legalmente para que não recaiam em descaso, abandono, anonimato, para que não se tornem insignificante ou sumam da memória popular (BITTAR, 2015, p. 14).

Esta cultura de proteção contra usos da produção intelectual que promove direitos de exclusividade possui relação com circunstâncias sociais e estágios diferentes do desenvolvimento tecnológico. Isto porque surge numa situação de escassez de suportes e de limites técnicos que impede ampla difusão das criações intelectuais. Num contexto de acesso físico às criações, no qual o suporte da obra é material e sua reprodução depende de máquinas cuja comercialização também é limitada, são escassas as possibilidades de acesso aos bens culturais, uma vez que as tecnologias da informação disponíveis à época não colaboram com ampla difusão dos bens culturais.



Com o desenvolvimento das tecnologias da informação das últimas décadas e com o processo de redução dos preços das ferramentas que permitem usa-las, a exemplo da rede mundial de computadores e dos suportes que permitem acessá-la (smartphones, por exemplo), bem como com o amadurecimento da cibercultura, fazendo com que diversos comportamentos sociais sejam realizados em ambiente digital, a mencionada cultura da escassez de acesso e dos limites físicos da reprodução das criações intelectuais é substancialmente impactada. Por diversos aspectos, as transformações na tecnologia, no acesso à tecnologia e no comportamento humano em relação à tecnologia (o que caracteriza a cibercultura) alteram a forma como se tem acesso a bens culturais, alterando daí a relação que interliga pessoas, obras e direitos autorais.

Não há exatamente um conceito de cibercultura que a defina com toda sua amplitude, com todo um universo de transformações de práticas humanas em decorrência de transformações tecnológicas. O que há são ideias e argumentos que demonstram como alguns conceitos, dogmas, institutos e instituições não podem mais ser compreendidos no século XXI como foram durante séculos anteriores. A expressão cibercultura representa algo além de formas de conexão entre comportamento humano e novas tecnologias, pois envolve aspirações pela construção de novos laços sociais, não fundados em circunstâncias territoriais, ou em instituições e poderes, mas baseados em novos interesses coletivos de compartilhamento, cooperação e processos abertos de informação e colaboração (LÈVY, 1999, p. 132). Não são as novas tecnologias com suas respectivas máquinas que criam a cibercultura, mas sim os usos humanos dessas e consequentes comportamentos que assim o fazem. Diante deste contexto de rede mundial de computadores interligados, de práticas sociais em ambiente digital e de maiores facilidades no acesso, arquivamento e compartilhamento de dados informacionais, a exemplo de músicas, a forma como tradicionalmente os direitos autorais são regulamentados, criando exclusividades e grades de proteção, é criticada e posta em xeque, no sentido de buscar não deixar anacrônica a relevância social e jurídica dos direitos de autor.

O problema é que, em termos oficiais (sendo obedecendo os ritos legais para alteração do ordenamento jurídico) não ocorreram substanciais transformações nos direitos de autor, seja em sua redação ou na forma como são aplicados, mantendo-se sua face mais voltada para os exclusivos já mencionados, o que fez surgir alternativas às regras autorais tradicionais, buscando uma maior adaptação de tais normas a manifestações culturais mais compatíveis com a sociedade da informação digital, mais acessível e compartilhada.

Desta insatisfação com as regras tradicionais de direitos autorais, por causa do argumento de sua incompatibilidade com práticas, culturas e necessidades, surgiram instrumentos, ferramentas e movimentos arguindo por renovações das regras que regulamentam os direitos derivados das atividades criativas. O surgimento do *Free Software*, do *Creative Commons*, dos partidos piratas, dentre outros, foram resumidos sob a expressão “cultura livre”, não por defender ausência de direitos, mas por arguir por uma cultura legal pela qual a liberdade de criação, de colaboração e de compartilhamentos sejam possíveis. Exemplos como os do *Free Software*, do *Linux*, das tecnologias da informação com códigos abertos, demonstram como há pessoas interessadas em formas de criação coletiva e colaborativa, ainda que isto não traga benefícios financeiros. A interatividade promovida pelas tecnologias da informação e exigências sociais da cibercultura reformulam a relação entre a obra e aquele que tem acesso a ela, permitindo que este seja também criador em colaboração e exemplos como o do *Wikipédia* e do *Creative Commons* demonstram como há uma demanda social para tal (SANTOS, 2011, p. 147).

Porém, a propagação de uma cultura de maior abertura dos direitos de exclusividades decorrentes das regras autorais deve ser acompanhada de uma paralela preocupação sobre a quem esta cultura beneficia e quais reais benefícios por ela trazidos. Em outros termos, é como se fosse possível ao mesmo ver a adequação dos movimentos da cultura livre, mas questionar seu porque e para quê. Daí que é possível criar argumentos de que a cultura livre é benéfica para todos os setores envolvidos com a economia das criações artísticas e científicas, desde o “consumidor” do bem cultural até a empresa que o explora, sem esquecer, evidentemente, do próprio autor responsável pelo esforço criativo. Nos idos da segunda década do século XXI, a bandeira da cultura livre não representa um ponto na pauta de um partido pirata ou de um grupo pequeno que quer ter acesso a bens culturais sem precisar pagar por eles. Representa uma possibilidade de compatibilização entre culturas derivadas da cibercultura, valorização do artista criador e desenvolvimento econômico.

A cultura livre pode representar uma alteração de paradigmas, deixando os direitos de autor de estarem associados a uma cultura de escassez e fechamentos, passando a estarem compatíveis com culturas de abundância, abertura e colaboração. O que por sua vez pode alterar a compreensão e concretização de outros direitos, a exemplo dos direitos fundamentais que estão relacionados com cultura, com fruição das artes, educação e outros. Daí a necessidade de aborda-los neste trabalho.

2 DIREITO FUNDAMENTAL DE PARTICIPAÇÃO NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO PELA CRIATIVIDADE

O uso da expressão “direito fundamental” neste trabalho equivale a direito humano, direito essencial à pessoa ou qualquer outra semelhante, pois todas representam uma categoria de normas jurídicas que receberam status diferenciado das demais por serem consideradas indissociáveis a uma condição digna de existência humana. Abstém-se neste trabalho de aprofundamentos sobre a positivação dos direitos fundamentais ou a generalidade dos direitos humanos declarados nos documentos internacionais, partindo da premissa básica de que existem direitos, declarados ou não, positivados ou não, que fazem parte de uma caracterização de uma condição humana fundamental. Os chamados direitos humanos sintetizam exigências atemporais por melhorias de condições em quaisquer que sejam os ambientes sociais (BOBBIO, 1986, p. 355).

Para os fins propostos por este trabalho, cabe analisar se há um direito de cada cidadão participar do desenvolvimento econômico e, uma vez concluindo que este existe, se existe também um direito de criar, de colaborar com o crescimento do patrimônio cultural pela via da denominada economia criativa, para daí em diante retomar o tema dos direitos autorais e da cultura livre, associados à produção econômica da criatividade. Em outros termos, a ideia não é analisar a existência dos chamados direitos econômicos, é analisar a participação democrática no desenvolvimento econômico pela criatividade.

Quanto à participação de qualquer cidadão no desenvolvimento da economia, a questão é, aparentemente, de fácil conclusão pela resposta positiva, pela existência de direitos fundamentais que garantem a cada um poder participar das atividades de sua economia. A declaração universal de Direitos Humanos em seu artigo 22 estabelece que “Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade”, o que cria a premissa de que toda pessoa tem direito à realização de seus direitos econômicos indispensáveis ao seu desenvolvimento pessoal.

Premissa esta que se for encarada pelo prisma único de que todos têm direito a trabalhar e produzir, recai numa interpretação insuficiente, pois retira da premissa o lado empreendedor, a perspectiva da colaboração via iniciativa própria não apenas submetido a alguém que

emprega. Ou seja, ter direito à realização de direitos econômicos representa também um direito a empreender, a buscar por iniciativas econômicas a satisfação pessoal.

A expressão economia criativa resume diversos setores de produção econômica voltados para atividades que exploram criações artísticas e culturais. Criar por criar, em qualquer segmento econômico há criação (industrial, imobiliária etc.), o diferencial da economia criativa está no fato de que neste segmento a informação e a criatividade são essenciais para o sucesso do empreendimento. Mesmo não sendo fácil de identificar quais exatamente são os segmentos da produção econômica inseridos na “economia criativa”, ela recebeu status de segmento econômico autônomo. A novidade deste ramo específico está em novas extensões desta relação entre criatividade e economia e em como elas podem se mesclar para obter riquezas de alto vulto (HOWKINS, 2013, p. 12). Sua relevância para o cenário econômico global torna-se indiscutível:

[...] a economia criativa está crescendo cada vez mais rapidamente. Seu crescimento anual nos países da OECD durante a década de 1990 foi duas vezes aquele do setor de serviços como um todo e quatro vezes aquele do setor manufatureiro. Entre 1987 e 2005, os setores ligados a direitos autorais dos EUA aumentaram sua produção a uma taxa de 5,8% ao ano em comparação a 2,8 ao ano de outros setores, e o número de empregos em 4% ao ano comparados aos 1,6% da economia ordinária (HOWKINS, 2013, p. 19).

318

Em decorrência do fluxo de informações e das facilidades de comunicação e compartilhamento por ela promovidas, a Internet é ferramenta essencial para o crescimento da economia criativa, ajudando a tirar desta o tom “semi-profissional” e artesanal, demonstrando que a criatividade na sociedade da informação pode ser algo bastante lucrativo, no sentido de ser algo com valor econômico e algo que serve para desenvolver bem sucedidos empreendimentos econômicos. Com o amadurecimento da cibercultura, os impactos desta nas atividades econômicas vão criando uma economia digital e da abundância, surgindo inclusive ideias sobre uma nova fase do capitalismo decorrente das transformações tecnológicas. (A exemplo de teses levantadas por autores como Jeremy Rifkin, Richard Posner e Paul Mason). Tudo isto colabora com aumento das manifestações do espírito criativo, bem como com a exploração econômica destas. A questão está em identificar se o ordenamento jurídico é, ou poderá vir a ser, adequado para tais circunstâncias econômicas, considerando demandas sociais por acessos, colaborações e participações.

Questão esta que atinge diretamente as normas de direito de autor, já que regulamentam as manifestações do espírito criativo, também pelo lado da exploração econômica (patrimonial)



das obras. Não somente pelo aspecto da exploração econômica, mas dando ênfase a ela a partir do momento em que são criados os direitos de exclusividade gerados pela aplicabilidade das normas em comento.

Para que não ocorra um choque de dimensões irreparáveis entre as normas tradicionais de controle da propriedade intelectual e algumas características culturais vigentes no século XXI (livre acesso, compartilhamento, participação cultural etc.), é necessário pensar em reformas na legislação de direitos autorais, no intuito de evitar que estes atrapalhem o gozo de direitos fundamentais de participação na economia. Foge das ambições deste trabalho propor como seria possível esta reestruturação das normas que compõem o direito de autor, ficando reservado, no momento, a uma crítica quanto à aplicação destas diretrizes normativas num contexto socioeconômico consideravelmente diferente do contexto no qual elas foram elaboradas. O que continua a ser feito nos pontos a seguir.

3 PROTEÇÕES AOS DIREITOS AUTORAIS COMO BARREIRAS À CRIATIVIDADE 319

A natureza protecionista dos direitos de autor já foi mencionada neste trabalho, considerando sua dupla natureza, a moral e a patrimonial, sendo esta última a que gera exclusividades e controles de acesso aos titulares dos direitos sobre a obra criada. Num determinado ponto de vista, as proteções podem ser interessantes para a segurança, e assim incentivariam novas criações, mas, por outro lado, estes direitos de exclusividade terminam por criar espécies de monopólios de criatividade e de acesso à cultura. Em outros termos, as regras tradicionais de direito autoral são capazes de limitar a expansão do acesso à cultura, atrapalhando assim o gozo de direitos culturais garantidos ao cidadão.

Com o amadurecimento da indústria do entretenimento e das tecnologias que permitem maior alcance das estratégias de divulgação de produtos culturais, os objetivos empresariais dos direitos de autor vão se tornando mais nítidos à proporção que a proteção aos interesses do real criador intelectual fica mais tímida (ASCENÇÃO, 1997, p. 9).

Dentre os principais fundamentos do sistema que regula os direitos autorais patrimoniais está a regra geral de que qualquer forma de reprodução de obras protegidas só pode ser feita após autorização do titular dos direitos sobre ela. Titular este que, conforme a separação do direito autoral, não é necessariamente o autor, mas sim alguém que possui o controle patrimonial (exploração comercial) sobre a obra.

Isto significa que, via de regra, qualquer interessado em fazer uso de obra protegida por direitos autorais precisará pedir autorização a quem detiver os direitos de reprodução (aqui no sistema brasileiro, os direitos patrimoniais). Esta prévia e necessária autorização é a regra geral, uma vez que há hipóteses nas quais o uso não autorizado não será considerado violação de direito autoral.

No sistema norte-americano, o *Copyright*, estas hipóteses de permissão estão representadas pelo tratamento jurisprudencial dado ao *Fair Use*. Neste sistema, os tribunais vão criando precedentes nos quais usos não previamente autorizados de obra protegida por direitos autorais são tolerados, são considerados inofensivos aos interesses dos que detém controle sobre a obra reproduzida. Já em outros sistemas, como na legislação de direito autoral no Brasil, tais hipóteses de “uso tolerado” são previstas em normas. Na lei de direitos autorais, o artigo 46 cumpre a função de estabelecer quais são estes usos que não representam violação de direito autoral. Devido à dimensão e à proposta deste trabalho, abstém-se de adentrar profundamente nas diversas questões que envolvem esta lista do artigo 46, a exemplo de sua taxatividade ou não, ou de sua adequação para a segunda década do século XXI. Constata-se para os fins propostos que há uma regra geral de clausura de usos, balanceada com hipóteses excepcionais tanto previstas na legislação, quanto já trabalhadas em precedentes judiciais que chegam a reconhecer a dimensão social dos direitos autorais, interpretando-os não somente sob a perspectiva econômica de seu titular.

Quanto à regra geral de exclusividade de usos das obras protegidas por meio da titularidade de direitos patrimoniais, considerando sua elaboração legislativa numa década cujos impactos trazidos pela tecnologia da informação eram bem menos relevantes para este sistema legal em análise, este sistema de direitos autorais patrimoniais garante às empresas investidoras em produção cultural retorno financeiro pelo seu apoio à cultura. Isto porque os suportes necessários para uso e gozo da produção cultural eram físicos e não suscetíveis de reprodução compartilhada. Daí a incidência dos impactos da cibercultura, pois os suportes deixam de ser físicos, e daí a necessidade de adaptação dos direitos autorais. Tradicionalmente se entende que uma obra protegida por direitos autorais é aquela “que constitui exteriorização de uma determinada expressão intelectual, inserida no mundo fático em forma ideada e materializada pelo autor” (BITTAR, 2004, p. 23). E que esta obra tutelável pelo direito requer esforço intelectual de seu autor que produz um bem a ser inserido materialmente na realidade fática (BITTAR, 2004, p. 23). O problema é que agora o suporte é imaterial.



O artista, uma vez cedendo direitos a uma gravadora, por exemplo, recebia a vantagem de não precisar administrar questões como gravação, mixagem e distribuição, bastando ele obter seu sustento pelo contrato com a empresa e com os shows eventualmente feitos. A empresa por sua vez, teria a vantagem de controlar a difusão da obra e controlar seus direitos autorais sobre reprodução.

Por mais que este sistema pareça duplamente vantajoso, trata-se de um modelo de negócio ultrapassado, pois além de, em princípio, retirar do criador da obra controle artístico sobre ela, este modelo é incompatível com as culturas de interação e participação criativa típicas das circunstâncias culturais surgidas com o estado de desenvolvimento das tecnologias da informação. A internet provoca maior comunicação e possibilidades de interação, o que possui potencial de alterar a lógica de mercado de preços, pois pessoas podem estar interessadas apenas em compartilhar livremente seus produtos culturais (SHIRKY, 2011, p. 101) e isto provocaria um problema de aplicabilidade de direitos autorais, ou uma questão de não exercício deles. Mas a situação não poderia ser simplesmente resolvida com a hipótese de tais pessoas abrirem mão de exercer seus direitos autorais, uma vez que isto provocaria insegurança jurídica, deixando uma série de questões complexas que envolvem funções sociais, fruição artística e sua relação com educação, concretização de direitos humanos, à mercê da autonomia da vontade ou da interpretação jurisprudencial. Daí a necessidade de reconstrução dos fundamentos dos direitos autorais, por um viés mais aberto, para criar uma cultura jurídica segura pela abertura.

A cibercultura e seus impactos nos comportamentos sociais podem proporcionar uma análise crítica do sistema de exclusividades proporcionado pelas regras tradicionais de direitos autorais, considerando novas dimensões surgidas para direitos humanos de participação democrática na criação do patrimônio cultural e direitos humanos de acesso ao desenvolvimento econômico pela criatividade. A partir do momento em que alguém, supondo que seja uma empresa, possui titularidade sobre um direito de controle exclusivo sobre a reprodução de um bem cultural, apenas esta pessoa poderá explorar o potencial criativo deste bem e apenas esta pessoa poderá contribuir com a incorporação deste bem ao patrimônio cultural. Isto considerando a regra pela qual qualquer reprodução da obra só pode ser realizada mediante autorização. Numa situação hipotética, mas não impossível e distante, uma pessoa que mora numa periferia descobre talento artístico e começa a criar histórias explorando seus personagens da cultura pop preferidos e as distribui gratuitamente entre seus amigos de bairro.

Por um ponto de vista, ele está colaborando para o enriquecimento de seu patrimônio cultural, levando cultura a um local no qual os bens culturais costumam mais do que material de subsistência. Já por outro ângulo, esta pessoa está violando regra de direito autoral, pois reproduz obra alheia sem prévia autorização, passível de ser condenado judicialmente a pagar uma indenização à pessoa titular dos direitos patrimoniais de autor. É possível então arguir pela inadequação desta regra considerando que ela limita a participação democrática na vida cultural.

O exemplo, apesar de fictício, representa casos concretos que ocorreram, e continuam ocorrendo, envolvendo as manifestações das *fan arts*, que são criações derivadas realizadas por fãs, mas não reconhecidas oficialmente pelas instituições que possuem titularidade dos direitos sobre obras representativas da contemporânea cultura pop, ou geek.

É nesta hipótese de exploração derivada que as regras tradicionais de direitos autorais podem tolher a criatividade e tolher a possibilidade de alguém empreender economicamente e tentar buscar algum retorno financeiro explorando um talento artístico próprio, mas envolvendo figuras, personagens, símbolos etc. conhecidos e renomados. Por este sistema, só quem pode investir em empreendimentos criativos envolvendo símbolos culturais bem sucedidos comercialmente, são aqueles que já estão bem sucedidos comercialmente, pois estes impedirão licitamente qualquer tentativa de reprodução daquilo que está sob sua titularidade.

Assim, a economia criativa realmente lucrativa fica reservada àqueles que já estão em posição confortável. E aqueles que pretendem usar de sua criatividade para se desenvolver economicamente sofrerão consequências pesadas, caso usem de ícones culturais protegidos por lei. Daí o argumento das exclusividades geradas pelos direitos autorais tolherem a criatividade, ao criar tipos de monopólio e impedirem o pleno gozo de direitos fundamentais de colaboração cultural e participação na economia. No entanto, é possível equilibrar a relação bem cultural, empresa titular e público interessado, no sentido de criar uma cultura de colaboração, participação e liberdade criativa, sem abrir mão dos lucros, casos os titulares de direitos autorais assumam sua responsabilidade pela concretização dos direitos humanos culturais e artísticos, bem como encarem as transformações econômicas da cibercultura, com uma possível lucratividade do grátis, do livre. O que se examina no tópico final deste trabalho.

4 RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL PELA CULTURA LIVRE COMO FATOR DE PROMOÇÃO DE ACESSO À CULTURA E INCLUSÃO ECONÔMICA

Considerando a proposta temática geral sobre como as empresas podem colaborar com a concretização dos direitos humanos, e considerando a proposta temática específica deste trabalho de analisar a responsabilidade das empresas titulares de direitos autorais pela concretização de direitos humanos relacionados com cultura e participação na economia criativa, chega-se então ao tópico final no qual é apresentado o argumento principal de que se empresas que trabalham na indústria criativa adotarem e investirem em práticas “pró-cultura livre”, elas estarão colaborando com a eficácia de direitos culturais e econômicos, sem se abster de obter lucros, pois estarão se adaptando a uma circunstância econômica (futura) na qual o livre e o compartilhável não geram prejuízos.

De início, cabe analisar até que ponto as empresas teriam responsabilidade pelos direitos culturais e econômicos dos cidadãos. Já há algum tempo vem sendo destacado o fato dos setores empresariais terem de contribuir, sob o argumento da ética empresarial, com o ambiente em que estão inseridos não somente realizando suas atividades normais (que naturalmente desenvolve a economia), mas também realizando atos de natureza filantrópica que contribuam com o crescimento e inclusão social. Isto decorrente de uma mudança de parâmetros na forma de se analisar o papel de tais setores no tecido social.

A responsabilidade social corporativa é a característica que melhor define esse novo *ethos*. Em resumo, está se tornando hegemônica a visão de que os negócios devem ser feitos de forma ética, obedecendo a rigorosos valores morais, de acordo com comportamentos cada vez mais universalmente aceitos como apropriados. [...] Esse seria então um referencial para a responsabilidade social corporativa que responderia a um novo e mais abrangente papel das empresas dentro da sociedade (VELOSO, 2012, p. 6).

Uma vez que o setor empresarial passa a ter, por uma mudança na ética dos negócios, responsabilidade em relação aos aspectos sociais no ambiente em que a empresa está inserida, é possível fazer uma ligação desta responsabilidade com a concretização de diversos valores éticos que são representados juridicamente pelos direitos fundamentais, e isto inclui as questões culturais. Isto enfatiza a interferência que valores culturais vigentes em determinada época exercem nas atividades empresariais, pois é a partir dele que será possível analisar se determinado negócio foi ou não realizado com responsabilidade social. “Além de princípios éticos e valores morais, temos também princípios e valores culturais influenciando os modos



de ação e práticas administrativas e, portanto, o modo como a responsabilidade social corporativa é concebida e implementada [...]” (VELOSO, 2012, p. 8). Se o contexto sociocultural intensificar as discussões ambientais, mais difundidas pelos diversos segmentos sociais, logo se argui pela responsabilidade ambiental da atividade empresarial econômica. Daí exige-se desenvolvimento econômico com sustentabilidade ambiental.

Em outro exemplo, se o contexto no qual as atividades corporativas são desenvolvidas padecer de crítica situação de desequilíbrio social (com altos índices de extrema pobreza e baixos índices de desenvolvimento humano), as empresas serão cobradas pela sua responsabilidade social, no sentido de auxiliar o poder público a diminuir as diferenças sociais e promover bem estar social. Investindo em responsabilidade social, as empresas, além de ganharem boa reputação perante a comunidade, podem passar a ter vantagens econômicas, a exemplo de possíveis vantagens tributárias ou vantagens na satisfação de critérios para licitações, o que, devido à proposta deste trabalho, não serão esmiuçadas. Levando em consideração que satisfazer responsabilidades sociais é fazer com que as empresas busquem objetivos que estejam além de seus lucros, há de se ressaltar que, dependendo dos contextos históricos, isto representará desafios às empresas. Necessário enfatizar a ideia de:

[...] buscar a responsabilidade social de todos os indivíduos, organizações e instituições em suas decisões e ações na sociedade – para isso o núcleo familiar e sua comunidade local precisam ter seu tempo e seu espaço resgatados com políticas de proteção social e defesa de valores humanistas e solidários, a fim de melhor educar suas novas gerações (ASHLEY, 2012, p. 58).

Seguindo o raciocínio pelo qual as empresas devem ter responsabilidade pela sustentabilidade do ambiente natural, adotando políticas de diminuição da pegada ambiental, e devem ter responsabilidade social, adotando políticas de inserção e colaboração com a comunidade, e ainda seguindo raciocínio pelo qual esta responsabilidade social não é apenas econômica, mas envolve questões de desenvolvimento humano e educação, é possível criar uma premissa pela qual o setor corporativo também se responsabiliza por promover cultura. Premissa esta que criaria uma nova dimensão da responsabilidade social corporativa chegando a uma responsabilidade cultural das empresas, que, hipoteticamente, pode contribuir para a inclusão econômica, já que produção cultural faz parte da dinâmica da economia.

Esta responsabilidade cultural aqui proposta se manifestaria de uma forma diferente da que se manifesta pelos meios de incentivo à cultura. Na verdade, o sistema de incentivo à cultura não cria exatamente uma responsabilidade cultural, pois funciona com base em renúncias fiscais

por parte do poder público e em investimentos em projetos culturais, por parte da iniciativa privada (CESNIK, 2012), não havendo nenhuma obrigatoriedade para, por exemplo, as corporações realizarem tais investidas, há vantagens, não exigências.

Por não fazer parte dos objetivos deste trabalho, abstém-se de aprofundar a análise nas questões que envolvem a lei rouanet e todo o sistema de incentivos culturais, basta identificar que a proposta de uma responsabilidade cultural seria uma nova dimensão para a responsabilidade social das empresas, não se confundindo com os incentivos de apoio à cultura. Identificar a premissa pela qual as empresas possuem responsabilidade em promover cultura, permitir a promoção de cultura e permitir ampla participação na economia da cultura, parte do pressuposto já mencionado de que a responsabilidade social é algo cultural e historicamente variável, e que, com as características surgidas com as transformações sociais e culturais trazidas pela cibercultura, é possível que as empresas no século XXI possam ser cobradas pela perspectiva da fruição dos direitos culturais garantidos pelos sistemas de direitos fundamentais e humanos.

A ideia levantada neste trabalho é a de que esta responsabilidade cultural das empresas passa por incentivar a cultura por meio da promoção de maiores graus de liberdade de participação na economia cultural. Em outros termos, as indústrias que investem em produção cultural, no intuito de permitir maior inclusão social na produção econômica de bens culturais, poderia abrir mão de certas dimensões de direitos autorais, para assim não gerar as exclusividades que se manifestam por tais normas.

Isso poderia promover uma maior participação democrática dos diversos segmentos sociais, ainda que fuja de uma ideia comum de dinâmica econômica, já que produtos culturais:

[...]expressam um certo valor cultural, que foge de regras econômicas convencionais praticadas lato sensu pelos mercados. Aqui não se trata apenas de entender, por exemplo, a formação de preços ou outros atributos típicos dos fundamentos teóricos que promovem o valor econômico. Não é pura e simplesmente o caso de se fincar os alicerces econômicos a partir da interpretação dada à cultura enquanto resultante de uma linha de pensamento ou ideologia, sobretudo, daquelas bem próximas à liberdade plena dos mercados. Há de se compreender, também, atributos outros, não econômicos, como o senso de identidade, proporcionado pelo consumo desses produtos ou mesmo a grandeza dos vínculos sociais que essa produção especial é capaz de gerar no seu ambiente de consumo (BETINI, 2008, p. 21).

O exercício da responsabilidade cultural por meio de uma cultura de maior abertura dos exclusivos gerados por direitos autorais por provocar impactos econômicos positivos tanto sob



o ponto de vista social, quanto da própria corporação, pois liberaria o uso da criatividade, que pode ser essencial ao futuro de um empreendimento econômico na contemporaneidade. Isto considerando que “o que falta a muitas empresas e indivíduos não é o talento criativo bruto. O que falta é um sistema para liberá-lo” (LINKNER, 2014, p. 35). E uma cultura mais propensa à abertura, diferente da cultura da exclusividade e dos usos fechados, é capaz, ainda que hipoteticamente, de representar este sistema de livre criação.

Esta hipótese de cultura corporativa pró mais liberdades no acesso e uso de bens culturais poderia contribuir para inclusão no crescimento econômico, baseando-se na premissa de que um produto cultural que toma emprestado um outro pré-existente pode funcionar, economicamente falando, sem prejudicar a exploração deste mais antigo. (LINKNER, 2014, p. 138). Se a responsabilidade cultural das empresas aqui proposta passaria pela abertura de usos dos produtos culturais ao serem diminuídos os fechamentos provocados pelo sistema tradicional de regulamentação dos direitos autorais, é necessário verificar se seria lícito para as empresas esta permissão.

Pela perspectiva da lei brasileira de direitos autorais, a 9.610/98, não há exatamente uma opção do titular dos direitos patrimoniais pela abertura, uma vez que a lógica da legislação é a da proteção pelos direitos de exclusividade. O que pode ocorrer é o titular dos direitos patrimoniais sobre o bem cultural tolerar usos sem prévia autorização, não demandando judicialmente aqueles que porventura criarem obras derivadas da que está sob proteção. Ocorreria uma “legalidade às avessas” no sentido de que seria uma cultura de permissão pelo não uso de um direito.

Porém, as empresas que tiverem interesse em investir na responsabilidade cultural e econômica por meio da cultura livre poderão adotar caminhos diferentes dos tradicionais criados pela legislação (mas não exatamente ilícitos), passando a trabalhar com softwares de licença aberta, com licenças *creative commons* e demais iniciativas que defendem uma diminuição dos rigores dos direitos autorais no cenário internacional. Numa perspectiva global, os tratados entre países adotam regras que obedecem as diretrizes do *copyright* norte-americano, prezando pelo aspecto protecionista e privatista, e mantendo a cultura da autorização prévia, necessária e onerosa. Mas tais iniciativas mencionadas surgem como alternativas de licenciamento de direitos autorais, não recebendo status oficial, mas também não são colocadas como ilegais.

Na hipótese da legislação recair num excesso de regulação, prevendo punições excessivas para pequenas violações de direitos autorais, e se os empreendimentos inovadores passarem a ser constantemente fiscalizados ao ponto de requerem gastos volumosos com pagamentos e autorizações, haverá bem menos inovações e criatividade do que se houvesse uma alternativa à ilegalidade (LESSIG, 2005, p. 192). Desta forma chega-se à segunda premissa de que investindo em cultura livre as empresas não estariam praticando qualquer conduta ilícita, já que existem instrumentos que permitem tais práticas. Premissa esta de que se junta à primeira, a de que as atividades empresariais devem estar associadas a responsabilidades de satisfazer direitos culturais e colaborar com um desenvolvimento econômico da coletividade. Falta analisar se investir em cultura livre não acarretaria em prejuízos econômicos às empresas, o que inibiria políticas voltadas neste sentido, ainda que interessante para outros fins.

De início pode parecer que investir em políticas empresariais de cultura livre pode ser uma abdicação de lucros, pois estaria sendo dispensada a arrecadação obtida com direitos patrimoniais de autor. Porém, com a cibercultura e as respectivas transformações econômicas, o grátis, o livre acesso e o de livre interação podem ser um excelente negócio. Explicando o argumento. A tradicional arrecadação de direitos autorais faz parte de um modelo de negócio elaborado numa circunstância de suportes físicos, matéria escassa, pouca tecnologia de compartilhamento de informações, dentre outras características inerentes a um momento diferente do que vive-se nestes idos do século XXI. Os negócios contemporâneos (incluindo os da indústria cultura e criativa) devem levar em consideração o alto fluxo de informações compartilháveis do ambiente digital e de exigências sociais de interação e participação. Nas circunstâncias da sociedade da informação, o grátis e o livre representam boas ferramentas para bem sucedidos empreendimentos econômicos, considerando a renovação de modelos de negócio.

No mundo digital, você pode tentar manter o Grátis a distância com leis e chaves, mas um dia a força da gravidade econômica vencerá. Isso significa que, se a única coisa que impede seu produto de ser grátis é um código secreto ou um aviso assustador, você pode ter certeza de que alguém o derrotará. Retome o grátis dos piratas e venda upgrades (ANDERSON, 2009, p. 246).

Num futuro próximo no qual estarão amadurecidas as tecnologias de impressão em 3D, a cultura do livre e do grátis ganharão dimensão ainda maior, e é necessário que setores empresariais estejam preparados para uma realidade bastante diferente da contemporânea, que por sua vez já é bem diferente da de uma década atrás. Um argumento óbvio e falacioso mas



que serve apenas para lembrar de que modelos de negócio ficam ultrapassados, pois outros surgem em substituição.

Isto reforça a hipótese de que investindo em cultura livre, as empresas titulares de direitos autorais não estarão abdicando de renda, tampouco terão prejuízos, pois estarão investindo num modelo de negócio contemporâneo, se preparando para uma realidade econômica digital e compartilhável. Então, pela terceira premissa proposta os investimentos empresariais em prol da cultura livre não são prejudiciais. Pelo contrário, podem trazer inúmeros benefícios econômicos.

Pela última questão proposta, resta analisar se investindo em cultura livre as empresas estariam colaborando com a concretização de direitos humanos. Esta última questão, na verdade, pode ser respondida somando as premissas trabalhadas acima, acrescentando alguns poucos argumentos. Se é possível afirmar que os empreendimentos econômicos devem ser desenvolvidos em paralelo a uma responsabilização pela satisfação de necessidades culturais da comunidade e pela colaboração com a participação democrática na economia.

Se é possível afirmar a existência de instrumentos/ferramentas que podem ser utilizados para realizar tais investimentos em cultura livre, sem que isto represente condutas ilícitas. E se é possível arguir pela hipótese de que investindo em liberdade, as empresas podem manter, e até aumentar, seus lucros. Então é possível criar a premissa de que sim, caso as empresas adotem políticas de incentivo e apoio à cultura livre, elas estão colaborando com a satisfação e concretização de direitos humanos. Um ambiente com barreiras à liberdade é ao mesmo tempo um ambiente com barreiras para o desenvolvimento econômico, considerando a ideia de que para cada pessoa participar da economia de sua circunstância social não deve sofrer limitações desnecessárias.

O desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos. Expandir as liberdades que temos razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e mais desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo (SEN, 2010, p. 29).

Considerando isto, as limitações criadas pelas regras tradicionais dos direitos autorais para os usos dos bens culturais terminam tolhendo direitos fundamentais de participar da economia criativa, de explorar potenciais de criatividade e assim não somente contribuir para o enriquecimento do patrimônio cultural como também participar da exploração de um segmento



econômico. Desta forma, investindo em cultura livre as empresas podem sim colaborar com a concretização de direitos humanos e isto não impediria a obtenção de lucros e crescimento econômico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para concluir este trabalho, cuja proposta foi a de atribuir às empresas responsabilidade cultural no sentido delas não somente promoverem cultura, mas também deixar promover bens culturais pela abertura de algumas dimensões dos direitos autorais que recaem sobre sua produção, são objetivamente analisadas possíveis respostas para alguns questionamentos que orientaram a elaboração da pesquisa.

A primeira questão foi se as empresas possuem responsabilidade pela difusão da cultura e pela participação coletiva na construção do patrimônio cultural. A hipótese alcançada foi positiva, no sentido de que já que a responsabilidade social das corporações passa por transformações em decorrência de época e valores vigentes, é possível criar uma premissa de que participação na produção cultural faz parte de valores contemporâneos e das exigências sociais que caracterizam, em gênero, o século XXI. Esta ideia pode contribuir para uma reinterpretação da concretização dos direitos fundamentais associados ao gozo e à fruição dos bens culturais, passando estes a estar relacionados com uma dimensão participativa, não somente sob perspectiva de consumo de cultura, mas também de criação.

A segunda questão que orientou a pesquisa foi: é possível, do ponto de vista legal, que as empresas adotem políticas que favoreçam a cultura livre? A resposta, mais uma vez, pode ser positiva. Isto porque os próprios sistemas de regulamentação dos direitos de autor preveem brechas às exclusividades por eles geradas, seja pelos *fair uses* do sistema norte-americano, ou pelas permissões previstas em lei, a exemplo do que ocorre no Brasil. Porém, a proposta é gerar mais segurança jurídica e não deixar a questão ao crivo de variações jurisprudenciais, ou ao uso de ferramentas “paralegais”, como o *creative commons*. A ideia é, e daí sua contribuição do debate, propor uma reformulação dos fundamentos dos direitos autorais, recriando suas normas desta vez sob um paradigma de abertura. Uma nova lei “pró-abertura” para inclusão.

Por fim, a última questão que orientou o trabalho é se esta cultura de abertura significaria prejuízos financeiros ao setor empresarial que investe em economia da cultura. E a resposta, desta vez, é negativa. Pois, uma cultura de livre acesso representaria uma transformação nos

modelos de negócio cultural, uma mudança pela qual as empresas continuariam com crescimento econômico, investindo em novas formas de produção e investimento, captando seus consumidores usando de outras abordagens, e ao mesmo tempo não atrapalharia o surgimento de uma inclusiva economia da cultura baseada em novas perspectivas de contato com bens culturais, não restritas ao sistema de contato mediante autorização prévia, mas sim pela liberdade de acesso.

Talvez isto possa trazer resistência imediata de determinados setores, tanto das corporações quanto dos possíveis defensores dos tradicionais rigores dos direitos autorais, mas contribui com o debate sobre a adequação destes direitos diante das transformações que caracterizam a sociedade da informação e da chamada economia digital.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Chris. *Free: Grátis: o futuro dos preços*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ASHLEY, Patrícia Almeida. O contexto histórico na mudança do sentido e a agenda em expansão: mantendo-se a visão crítica. In: ASHLEY, Patrícia Almeida (Coord.) *Ética e responsabilidade social nos negócios*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

BETINI, Alfredo. *Economia da cultura: a indústria do entretenimento e o audiovisual no Brasil*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.

CESNIK, Fábio de Sá. *Guia do incentivo à cultura*. São Paulo: Ed. Manole, 2012.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito de Autor e Copyright: Fundamentos Históricos e Sociológicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

HOWKINS, John. *Economia criativa: como ganhar dinheiro com ideias criativas*. São Paulo: Ed. M.Books, 2013.

LESSIG, Lawrence. *Cultura Livre: como a grande mídia usa a tecnologia e a lei para bloquear a cultura e controlar a criatividade*. São Paulo: Trama, 2005.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Ed. 34, 2010.



LINKNER, Josh. *Criativo e produtivo: os cinco passos da inovação empresarial que geram resultados imediatos*. Ribeirão Preto: Ed. Novo Conceito, 2014.

SANTOS, Manoel Pereira dos. Direito de autor e liberdade de expressão. In: SANTOS, Manoel Pereira dos (Coord.). *Direito de Autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das letras, 2010.

SHIRKY, Clay. *A cultura da participação: criatividade e generosidade no mundo conectado*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

VELOSO, Leticia Helena Medeiros. Responsabilidade social empresarial: a fundamentação na ética e na explicitação de princípios e valores. In: ASHLEY, Patrícia Almeida (Coord.). *Ética e responsabilidade social nos negócios*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

Submissão: 24/08/2017

Aceito para Publicação: 05/03/2018



A DESCONSIDERAÇÃO DA CHAMADA “PEJOTIZAÇÃO” PARA FINS TRIBUTÁRIOS E O DEVER DE COERÊNCIA SISTÊMICO

THE DISREGARD OF LEGAL ENTITIES IN THE WORKING RELATIONSHIP (“PEJOTIZAÇÃO”) FOR TAX PURPOSES AND THE DUTY OF CONSISTENCY SYSTEMIC

Carlos Renato Cunha*

Valterlei Aparecido Costa**

Maurício Dalri Timm do Valle***

RESUMO: Em vista de sua liberdade, promove o contribuinte a busca da forma jurídica mais adequada para seus negócios, visando a pagar menos tributos. No entanto, essa liberdade encontra limites, pois é vedada qualquer prática que configure fraude à lei. Isso se dá quando, em ofensa à primazia da realidade, uma relação de emprego, com todos os seus elementos, é apresentada sob a forma de contratação de uma pessoa jurídica para prestação de serviço (“pejotização”). Nesse caso, para fins tributários, devem ser desconsiderados os efeitos da contratação de pessoa jurídica, tendendo-se por existente a contratação direta de empregado. Ocorre que, por consequência da coerência sistêmica do direito, ao lado do lançamento tributário para cobrar IRPF, deve-se também restituir/compensar o que foi pago como pessoa jurídica, ao lado de outras medidas.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Tributário. Evasão e Elisão Fiscal. “Pejotização”. Fraude à Lei.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Evasão, Elisão, Elusão, Ilusão... 2 Legalidade, Liberdade e o Abuso de Formas no Direito Tributário. 3 Da chamada “pejotização”: conceituação. 4 Da desconsideração da “pejotização” para fins tributários: o dever de coerência na atuação estatal. Considerações Finais. Referências.

ABSTRACT: Seeking his liberty, the contributor searches for the most adequate juridical method for his business trying to pay less taxes. Nevertheless, this freedom finds its limits because any action that configures fraud is prohibited. That happens when, offending the primacy of the reality, an employment relationship, with all its elements, is made in the form of a legal entity providing services (“pejotização”). In that case, for tax meanings, there must not be considered the effects of legal entity services hiring, as the direct employment of a person have happened. What occurs is that for the consequence the systemic legal coherence, along with the tax entry to charge the IRPF, there must also be the restitution/compensation of what was payed as legal entity, as well as other measurements.

KEYWORDS: Tax Law. Evasion and Avoidance. “Pejotização” (Legal Entity in the Working Relationship). Evade of the Law. Assessment of Tax.

257

* Doutorando e Mestre em Direito do Estado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL), Paraná. Professor do curso de graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) e do Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET), Paraná.

** Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito Tributário do Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba), Paraná, e da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst), Paraná.

* Doutor e Mestre em Direito do Estado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Brasília (UCB). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Tributário do Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba), Paraná.

INTRODUÇÃO

É comum a substituição da contratação direta de empregados pela contratação de pessoas jurídicas para fins de prestação de serviços. Trata-se de opção idônea, permitida por nosso ordenamento jurídico, e que, como consequência salutar, do ponto de vista do planejamento tributário, pode gerar menor ônus quando do pagamento de tributos.

Há situações, contudo, em que a linha entre a licitude e a ilicitude ficam tênues. A doutrina e a jurisprudência, judicial e administrativa, têm apontado que a figura da chamada “pejotização” pode redundar em fraude à legislação trabalhista, como forma de mascarar a existência de relações de emprego, redundando numa situação de evasão tributária.

Diante desse quadro, pretende-se no presente artigo analisar o enquadramento da “pejotização” como evasão ou elisão tributária, e os efeitos daí decorrentes. Para tanto, analisar-se-á os conceitos de evasão e elisão tributárias, assim como a figura próxima da elisão abusiva e a previsão do Parágrafo Único do art. 116 do CTN, para, então, conceituar-se o fenômeno jurídico sob estudo e verificar a possibilidade, ou não, de o Fisco desconsiderar os negócios jurídicos de tal jaez, levando em consideração os efeitos que o norte dos Princípios da Legalidade, Segurança Jurídica e da Capacidade Contributiva trazem ao tema.

258

1 EVASÃO, ELISÃO, ELUSÃO, ILUSÃO...

A tensão existente entre os limites da liberdade de atuação negocial do cidadão-contribuinte e do poder de tributar do Estado-Fisco tem gerado, já há muito, uma intensa discussão doutrinária e jurisprudencial. Em suma, a questão é saber até que ponto a atuação do contribuinte no âmbito das relações privadas pode evitar a pretensão estatal de incidência de normas tributárias, ou seja, o âmbito de liberdade para o planejamento tributário: tem-se apontado, como classificações das possibilidades decorrentes desse cálculo normativo-fático, a existência das elisão e evasão tributárias¹, de conteúdo semanticamente mais claros, e o pantanoso terreno da chamada “elisão abusiva”, “elusão” – dentre outros términos, comumente utilizados pelo meio jurídico nacional e internacional.

¹ Comenta-se utiliza na doutrina e jurisprudência o adjetivo “fiscal” para qualificar a evasão e a elisão. Preferimos a voz “tributária”, para evitar a conotação ligada ao Direito Financeiro, trazida pela popular termo.

Por certo, no campo do planejamento tributário, a elisão tributária² é uma atuação lícita do contribuinte, enquanto sua antípoda, a evasão tributária³, por sua vez, é uma atuação ilícita. Esses são os pontos mais claros, iluminados, do fenômeno jurídico sob estudo, sendo comum encontrar na doutrina nacional a distinção entre elisão e evasão calcada num aspecto meramente cronológico, o que, segundo Sergio Luís Petrasso Corrêa, é problemático. A diferença seria que, na elisão, os atos praticados visando a menor oneração tributária do contribuinte se daria antes da ocorrência do respectivo fato gerador; na evasão, depois (CORRÊA, 2011, p. 416-417). Mas, como recorda André Mendes Moreira, há situações nas quais a evasão antecede a incidência normativa, como o exemplo do comerciante que emite notas fiscais com adulteração antes da efetiva saída das mercadorias (MOREIRA, 2003, p. 13). Pode-se apontar, também que a elisão precede “a ocorrência do fato gerador no mundo fenomênico”, enquanto que a sonegação e a fraude “dão-se após a ocorrência daquele fato” (TORRES, 2009, p. 246).

Aproximando as figuras, verifica-se o fato de que, em ambas, o contribuinte age na busca do menor custo tributário possível; na elisão, contudo, o fim é alcançado de modo lícito, mediante autorização implícita do ordenamento jurídico, enquanto que na evasão, o procedimento adotado é vedado, sendo considerado ilícito (QUEIROZ, 2005, p. 713-714). Na elisão tributária, como afirma Regina Helena Costa, centra-se a noção de planejamento tributário (COSTA, 2013, p. 202; COSTA, 2007, p. 290). A evasão tributária “fixa-se no campo da ilicitude”, como recorda Sacha Calmon Navarro Coêlho, sendo suas modalidades, segundo o referido autor (COÊLHO, 2003, p. 193):

- a) o dolo (sonegação omissiva);
- b) a fraude material (falsificação de documentos em geral);
- c) a simulação absoluta ou relativa (mediante o abuso de formas de Direito Privado, eis que “abuso de formas = dissimulação relativa = fraude à lei fiscal”).

Há, ainda, as chamadas *elisões impróprias*, que são as previsões explícitas do ordenamento jurídico de autorização para procedimentos “que podem ser usados com o propósito de incorrer numa menor carga tributária”, situação em que se enquadra os chamados “favores” ou “benefícios fiscais” (QUEIROZ, 2004, p. 712).

Existe, contudo, uma parcela de situações que se encontram na penumbra conceptual:

² Também denominada “economia tributária”, “evasão”, “evasão legal”, “evasão lícita”, “evasão em sentido estrito” e “elusão”. (QUEIROZ, 2005, p. 712)

³ Também chamada de “fraude fiscal” e “evasão ilícita”. (QUEIROZ, 2005, p. 713)

seria o caso da atuação lícita do contribuinte, no âmbito privado, a ser desconsiderada para fins tributários, posto ser abusiva. Eis a chamada elisão abusiva ou alusão tributária, que decorreria de um abuso de formas do particular no intuito de evitar a incidência da norma tributária.

Marco Aurélio Greco identifica na modificação do contexto sócio-jurídico atual o advento da relevância dessa distinção. O autor considera que após o que denomina de uma primeira fase de “Liberdade salvo Simulação” e de uma segunda fase de “Liberdade salvo Patologias”, chegou-se a uma terceira fase, de “Liberdade com Capacidade Contributiva”, em que a liberdade perde o predomínio para um equilíbrio com o valor solidariedade social, em que ganha relevância o tema da capacidade contributiva (GRECO, 2006, p. 264-271). Afinal, para o autor, a “[c]apacidade contributiva é conceito não formal que se vincula, também, à ideia de rateio do custeio do funcionamento do Estado (um dever fundamental) e à isonomia de tratamento perante esse dever” (GRECO, 2006, p. 272).

Ricardo Lobo Torres recorda, nesse diapasão, que a elisão é considerada lícita pelos defensores da interpretação lógico-sistemática e do primado dos conceitos do direito civil, sendo de se notar a posição de Sampaio Dória. O posicionamento da ilicitude da elisão, em declínio, era defendida pelos *“adeptos da consideração econômica⁴ do fato gerador e da autonomia do direito tributário, já que constituiria abuso de forma jurídica qualquer descoincidência entre a roupagem exterior do negócio e o conteúdo econômico que lhe corresponde”*, dentre os quais cita-se Amílcar de Araújo Falcão. Conclui o autor no sentido de que algumas visões teóricas contemporâneas, como a jurisprudência dos valores e o pós-positivismo aceitam a licitude do planejamento tributário, desde que sem o abuso de direito, classificada como elisão abusiva ou planejamento inconsistente, como é o caso de Klaus Tipke, 2009, p. 246-247).

Seria possível a desconsideração dos atos e negócios privados para fins de aplicação da norma de incidência tributária? Vale dizer, existe realmente espaço em nosso ordenamento jurídico para a chamada elisão abusiva, ou, emprestando a expressão utilizada por Eurico Marcos Diniz de Santi, trata-se esse instituto de uma “ilusão” (SANTI, 2006, p. 223-224)?

Não se pode negar que, apesar de vozes contrárias, há um certo consenso de que existe algo que se coloca entre a elisão e a evasão tributárias, que “irrita” o sistema tributário,

⁴ Um bom resumo do histórico da interpretação econômica no Direito Tributário encontra-se na obra de Luís Eduardo Schoueri (SCHOUERI, 2011, p. 613-635).



quedando num limbo, entre o lícito e o ilícito. Sua natureza e seus limites, contudo, são algo a construir.

2 LEGALIDADE, LIBERDADE E O ABUSO DE FORMAS NO DIREITO TRIBUTÁRIO

O rigor do Princípio da Legalidade Tributária em nosso ordenamento jurídico produz relevantes consequências em relação aos limites da atuação fiscal. Afinal, o teor do artigo 150, inciso I, de nossa Constituição, como reforço das previsões do “caput” de seu artigo 37 e do próprio inciso II, de seu artigo 5º, levaram ao entendimento de que a rigidez da legalidade autorizaria falar-se numa “estrita legalidade”, quiçá numa “tipicidade tributária”, muito próxima da noção análoga aplicável na seara do Direito Penal. (CUNHA, 2011, p. 134-139).

Com efeito, a aplicação das normas de incidência tributária exige a verificação da estrita subsunção do fato à previsão normativa, que deve arrolar todos os elementos a que se refere o artigo 97 do Código Tributário Nacional – CTN. Daí decorre que a aplicação de presunções e ficções no âmbito tributário devem ser analisadas com mão avara, como recorda Roque Antônio Carrazza (CARRAZZA, 2004, p. 245).

A própria noção de legalidade traz inserta uma contraparte: o desenho da liberdade de atuação do particular. Afinal, se o cidadão apenas é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa havendo previsão legal, como se aduz do artigo 5º, II, da CF/88, e à Administração Pública compete a estrita observância das previsões legais, nos termos do artigo 37 e do artigo 150, I, também da Carta Magna, sabe-se de antemão que existe um espaço livre para a atuação do contribuinte, em seus negócios, uma proteção ao livre-arbítrio dentro de uma moldura de licitude. Já KELSEN aduzia que por mais totalitária que fosse a ordem jurídica, sempre restaria um mínimo de liberdade ao ser humano. (KELSEN, 2003, p. 48). Num ordenamento jurídico democrático, como o brasileiro, não há dúvidas de que a margem de atuação lícita dos cidadãos é considerável.

A própria Constituição Federal acaba por expressar positivamente alguns aspectos dessa liberdade do particular em vários dispositivos. Dentre os que trazem reflexos no âmbito tributário, convém recordar da garantia de liberdade de trabalho (art. 5º, XIII, CF/88), da livre iniciativa (art. 170, CF/88) e da garantia do direito de propriedade (art. 5º, XXII, CF/88).

De se notar que o simples fato de o contribuinte escolher um determinado procedimento,

ao invés de outro, tendo em vista a menor carga tributária como fator determinante, não é algo ilícito, havendo hipóteses em que tal escolha é, inclusive, uma obrigação jurídica, sob pena de responsabilidade do agente, como sói ocorrer no caso da administração de uma pessoa jurídica com fins lucrativos, observados os limites da legalidade (QUEIROZ, 2005, p. 714). Casos de autorização explícita do ordenamento jurídico existem, como as de escolhas do local de instalação de um empreendimento, em face de vantagens tributárias, pela sistemática do lucro presumido no âmbito do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ, ou por modalidade simplificada de declaração no Imposto sobre a Renda da Pessoa Física – IRPF (QUEIROZ, 2005, p. 715). Como aduz Navarro Coêlho, “*Ao cabo, economizar licitamente tributos é, por si só, um propósito negocial (minimização de custos)*” (COÊLHO, 2003, p. 195).

A liberdade que nosso sistema jurídico outorga ao contribuinte, contudo, é irrestrita? Obviamente que não. O próprio ordenamento jurídico cuida de limitar as franjas dessa liberdade individual, inclusive com efeitos tributários. O próprio fato da tributação é, de “per se”, uma limitação à liberdade individual, fonte de eternas tensões sistêmicas, ao atingir a garantia da propriedade privada e da liberdade de atuação do particular. Há, no entanto, situações ainda mais extremas, como, exemplificativamente, a progressividade-sanção sobre a propriedade que não cumpre sua função social, seja na tributação de imóveis urbanos (artigo 182, § 4º, II, CF/88), seja na de imóveis rurais (art. 153, § 4º, I, CF/88). Um outro exemplo, decorrente da aplicação da proteção à livre concorrência, é o precedente do Supremo Tribunal Federal – STF no julgamento do RE 550.769-RJ.⁵

Há limites, portanto, ao planejamento tributário do contribuinte, visando a diminuição

⁵ CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. SANÇÃO POLÍTICA. NÃO-PAGAMENTO DE TRIBUTOS. INDÚSTRIA DO CIGARRO. REGISTRO ESPECIAL DE FUNCIONAMENTO. CASSAÇÃO. DECRETO-LEI 1.593/1977, ART. 2º, II. 1. Recurso extraordinário interposto de acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que reputou constitucional a exigência de rigorosa regularidade fiscal para manutenção do registro especial para fabricação e comercialização de cigarros (DL 1.593/1977, art. 2º, II). 2. Alegada contrariedade à proibição de sanções políticas em matéria tributária, entendidas como qualquer restrição ao direito fundamental de exercício de atividade econômica ou profissional lícita. Violação do art. 170 da Constituição, bem como dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. 3. A orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal rechaça a aplicação de sanção política em matéria tributária. Contudo, para se caracterizar como sanção política, a norma extraída da interpretação do art. 2º, II, do Decreto-lei 1.593/1977 deve atentar contra os seguintes parâmetros: (1) relevância do valor dos créditos tributários em aberto, cujo não pagamento implica a restrição ao funcionamento da empresa; (2) manutenção proporcional e razoável do devido processo legal de controle do ato de aplicação da penalidade; e (3) manutenção proporcional e razoável do devido processo legal de controle da validade dos créditos tributários cujo não-pagamento implica a cassação do registro especial. 4. Circunstâncias que não foram demonstradas no caso em exame. 5. Recurso extraordinário conhecido, mas ao qual se nega provimento.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 550769. Relator Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno Julgado em 22/05/2013. Acórdão eletrônico DJe-066. Divulgado em 02/04/2014. Publicado em 03/04/2014).

do ônus econômico no pagamento de tributos? Sim, há. Claramente, há um campo da ilicitude, já mencionado, classificado como evasão tributária, pela qual não pode o particular caminhar, segundo as previsões de nosso ordenamento jurídico. Como também já exposto, há o campo da licitude, afeta à ideia de elisão tributária, mediante a qual, através de escolhas negociais lícitas, pode o contribuinte deixar de recolher ou recolher montante menor de tributos. Não se pode negar ser legítimo ao particular a busca plena pela desoneração lícita no âmbito exacional: tal liberdade decorre de premissas básicas de nossos sistemas jurídico e econômico. Havendo a possibilidade de atuação que gere menor impacto fiscal, não haveria que se falar na obrigação do contribuinte eleger o caminho mais oneroso. Isso contrariaria a noção mínima de liberdade de que falamos antes, além de afrontar a ideia de eficiência econômica, que é basilar num sistema capitalista.

A questão que se mantém aberta é da existência de limites a uma atuação lícita, mas, supostamente, abusiva, do particular, em que se encaixa o conceito de elisão abusiva. É nesse campo pantanoso que se encontram temas como o “abuso das formas”, a busca pelo “propósito comercial”, etc. Em nosso direito, regras recentes sobre a abusividade de formas, e a análise científica de seus efeitos no Direito Tributário, não podem ser desconsideradas. O atual Código Civil prevê, expressamente, o abuso de direito como ato ilícito, definindo-o em seu art. 187:

Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Isso não é inédito no ordenamento jurídico brasileiro, como se denota, por exemplo, do art. 5º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que determina ao juiz o atendimento dos fins sociais a que se dirige a lei, em sua aplicação e às exigências do bem comum. Afinal, “*a ilicitude do ato abusivo se caracteriza sempre que o titular do direito se desvia da finalidade social para a qual o direito subjetivo foi concedido*” (GONÇALVES, 2012, p. 394). Desse modo, a legislação civil prevê que, ainda que atue dentro do âmbito de suas prerrogativas, uma pessoa pode ser responsabilizada à indenização dos danos causados, se tiver delas feito uso abusivo, o que seria aplicável ao Direito Tributário, fundando-se no princípio da relativização dos direitos subjetivos (CORRÊA, 2011, p. 418).

Ademais, a legislação civil trata dos conceitos e efeitos da simulação, já há muito. Ora, a simulação “*é uma declaração falsa da vontade, visando [à] aparentar negócio diverso do*

efetivamente desejado”, “*é o que tem aparência contrária à realidade*”, em que há conluio entre os contratantes, para se “*obter efeito diverso daquele que o negócio aparenta conferir*” (GONÇALVES, 2012, p. 366). Difere do dolo, “*porque neste a vítima participa da avença, sendo, porém, induzida em erro*”, inexistindo vítima na simulação, que visa a iludir terceiros ou violar a lei (GONÇALVES, 2012, p. 366). Há duas espécies: a) na absoluta, não existe negócio, as partes apenas fingem sua existência, uma “*ilusão externa*”; e b) na relativa, as partes dão a negócio aparência diversa da real, existindo dois negócios, o simulado, que é aparente, visando a iludir; e o dissimulado, que está oculto, mas é verdadeiramente desejado (GONÇALVES, 2012, p. 367). Daí a diferença entre a simulação e a dissimulação.

Luís César Souza de Queiroz arrola os novos casos em que o atual Código Civil prevê para a nulidade do negócio jurídico (QUEIROZ, 2005, p. 717):

- a) quando o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito (art. 106, III);
- b) quando tiver por objetivo fraudar lei imperativa (art. 166, VI);
- c) quando a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática sem cominar sanção (art. 166, VII); e
- d) houver simulação, subsistindo, contudo, o negócio dissimulado, se este for válido na substância e na forma (art. 167, *caput*).

264

Para Luciano Amaro, o questionamento sobre o abuso de forma, ou abuso de direito e simulação, seria atitude interpretativa menos radical se comparada à exegese econômica em sua formulação mais rigorosa. Tratar-se-ia da definição de forma de interpretação da legislação, diante de determinados comportamentos do contribuinte, que, “*em geral[,] de modo voluntário, procura estruturar seus negócios e suas atividades seguindo caminhos que se revelam fiscalmente menos onerosos*” (AMARO, 2009, p. 229).

Ensina referido autor que o abuso de forma seria a utilização, pelo contribuinte, de uma forma jurídica atípica, anormal ou desnecessária, na realização de um negócio jurídico que, em contraposição a uma forma “normal”, seria menos onerosa tributariamente falando. Confundindo-se em certa medida com o abuso de forma, ter-se-ia o abuso de direito, em que os procedimentos adotados, previstos legalmente, “*só estariam sendo concretamente adotados para fins outros que não aqueles que normalmente decorreriam de sua prática*” (AMARO, 2009, p. 231). A simulação, por sua vez, ocorreria na falta de correspondência entre o negócio realmente praticado e o formalizado. O autor conclui que a teoria do abuso de forma “*deixa ao arbítrio do aplicador da lei a decisão sobre a ‘normalidade’ da forma utilizada*”, ressaltando

que o foco não é a legalidade da forma, mas sua “normalidade”, ferindo o postulado da segurança jurídica e da certeza do direito (AMARO, 2009, p. 231). Assim, para ele, “*se a forma utilizada pelo contribuinte for lícita (vale dizer, prevista ou não defesa em lei), ela não pode ser considerada abusiva, o que traduziria uma contradição*” (AMARO, 2009, p. 231). Situação diversa levaria ao absurdo de se concluir que “*o contribuinte seria sempre obrigado a escolher o caminho de maior onerosidade fiscal*” (AMARO, 2009, p. 233).

QUEIROZ também aponta alguns critérios que não são aceitos de modo pacífico pela doutrina, a fim de distinguir os casos de evasão dos de elisão (QUEIROZ, 2005, p. 722-728):

- a) a teoria da interpretação econômica, adotada por Amílcar de Araújo Falcão e severamente criticada por Alfredo Augusto Becker;
- b) a teoria do abuso da forma jurídica, adotada na Alemanha, mas que, por implicar utilização de analogia, seria vedada em nosso ordenamento jurídico;
- c) as teorias antielisivas nos Estados Unidos, que inclui, como exemplos, a teoria do propósito negocial ou empresarial (*the business purpose doctrine*) e a teoria da substância sobre a forma (*the business over form doctrine*).

265

Schoueri cita, como limites à consideração econômica no Direito Tributário alienígena, as situações em que se entenda que o legislador efetivamente “*se fixou em uma categoria de Direito Privado*”, entendendo-se que “*ela não é suficiente para coibir a prática de planejamento tributário quando o contribuinte afasta a ocorrência daquela circunstância civil, mesmo que exclusivamente para evitar a tributação*” (SCHOUERI, 2011, p. 630). E afirma, criticamente, que “*a consideração econômica e o abuso de formas jurídicas recaíram, indevidamente, em métodos jurídico-sociológicos que levam a uma avaliação econômica da situação fática*”, chegando-se a resultados próximos ao da Escola Livre do Direito, cheios de perigos (SCHOUERI, 2011, p. 631).

De se notar que a teoria da substância sobre a forma nasceu, nos EUA, no início do século XX, em precedentes da Suprema Corte daquele país, sobre a natureza de modo de interpretação da lei tributária e “*um modo de se combater a elisão tributária*”, sendo adotada, em alguns casos, em favor do contribuinte (MACNAUGHTON, 2014, p. 16-18).

Para Luís César Souza de Queiroz, as peculiaridades do sistema constitucional brasileiro, em face dos sistemas americano e alemão, em especial o Princípio da Repartição Constitucional da Competência Tributária e o Princípio da Estrita Legalidade Tributária, “*implica[m] uma impossibilidade lógico-jurídica para a adoção de qualquer uma daquelas teorias estrangeiras antielisivas antes examinadas, pois tais teorias acabam implicando a*



adoção da analogia para que ocorra a exigência de um tributo” (QUEIROZ, 2005, p. 728-729). Afinal, a tributação analógica tornaria sem efeito a rígida repartição constitucional de competências em que se demora a Constituição de 1988, além de que a Legalidade Tributária torna defeso a utilização da analogia em nosso sistema (QUEIROZ, 2005, p. 733-735). Como afirma Charles William McNaughton, a aplicação da requalificação dos negócios jurídicos não é mera relativização da legalidade, é o “*avesso à legalidade: a manipulação dos critérios da norma tributária, por autoridade fiscal*”, uma “*tributação casuística*” (MACNAUGHTON, 2014, p. 30).

Como visto, há uma verdadeira “Babel” doutrinária na classificação das figuras localizadas na zona de penumbra entre a evasão e a elisão tributárias. Se, de um lado, podemos verificar figuras claramente ilícitas, incluídas no conceito de “evasão tributária”, como a simulação e a dissimulação nos negócios privados, há situações controversas, de pouco ou nenhum consenso, como a necessidade de verificação do “propósito negocial”, tão em voga na jurisprudência administrativa atual. Fato é que não nos parece possível, em nosso ordenamento jurídico, a instituição de um “imposto sobre planejamento tributário”, cuja hipótese de incidência seria “pagar menos tributo com a intenção de pagar menos tributo em conformidade com a lei”, como muito bem apontou Eurico Marcos Diniz de Santi (SANTI, 2009, p. 314).

266

3 DA CHAMADA “PEJOTIZAÇÃO”: CONCEITUAÇÃO

Como é cediço, existem diversas formas de relação jurídica de trabalho, em nosso ordenamento jurídico. A relação de trabalho é um gênero, em que se inclui o “trabalho autônomo” e o “trabalho subordinado”, classe em que encontramos a chamada relação de “emprego”. (MARTINEZ, 2010, p. 110). São elementos da relação de emprego (MARTINEZ, 2010, p. 112-119):

- a) a pessoalidade, em que inclui a noção de intransferibilidade, ou seja, a ideia de que “*somente uma específica pessoa física*, e nenhuma outra em seu lugar, pode prestar o serviço ajustado;
- b) a onerosidade (art. 3º, da CLT);
- c) a alteridade, ou seja, em tal relação, o empregado não assume os riscos da atividade econômica do empregador (como se denota do *caput*, do art. 2º, da CLT);
- d) não-eventualidade, vale dizer, não se enquadra como emprego a relação de trabalho baseada na ideia de imprevisibilidade de repetição (art. 3º, da CLT);
- e) a subordinação, que é uma situação que “*limita a ampla autonomia de vontade do prestador dos serviços*”. Este é o elemento de maior relevância para a configuração

de uma relação empregatícia (DELGADO, 2012: 294)

Aproximando-nos do conceito nuclear no âmbito do Direito do Trabalho, chega-se à noção do contrato de emprego como (MARTINEZ, 2010, p. 120):

[...] o negócio jurídico pelo qual uma pessoa física (o empregador) obriga-se, de modo pessoal e intransferível, mediante o pagamento de uma contraprestação (remuneração), a prestar trabalho não eventual em proveito de outra pessoa, física ou jurídica (empregador), que assume os riscos da atividade desenvolvida e que subordina juridicamente o prestador.

Fixados tais conceitos, chegamos ao termo “pejotização”. O vocábulo é um neologismo que tem sido encontrado em artigos da doutrina especializada e em decisões judiciais no âmbito da Justiça do Trabalho. Em consulta à versão eletrônica do Vocabulário Ortográfico da Academia Brasileira de Letras, verificou-se que não pertence ele ao vernáculo até o presente momento⁶. Já segundo o Dicionário Informal da Língua Portuguesa, o termo “*se refere à contratação de serviços pessoais, exercidos por pessoas físicas, de modo subordinado, não eventual e oneroso, na tentativa de disfarçar eventuais relações de emprego*”.⁷

267

Nas palavras de Ronaldo Lima dos Santos (SANTOS, 2008):

Como elucida Célia Regina Camachi Stander, o termo “pejotização” constitui um neologismo originado da sigla PJ, a qual é utilizada para designar a expressão pessoa jurídica. Por meio do processo de pejotização, o empregador exige que o trabalhador constitua uma pessoa jurídica (empresa individual) para a sua admissão ou permanência no emprego, formalizando-se um contrato de natureza comercial ou civil, com a consequente emissão de notas fiscais pelo trabalhador, não obstante a prestação de serviços revelar-se como típica relação empregatícia

Eis o conceito expresso pelo vocábulo, que demonstra a existência de uma fraude ao contrato de trabalho, mediante contratação de verdadeiro empregado através da simulação da contratação de uma pessoa jurídica. A natureza ilícita da prática é bem expressa por Luciano Martinez (MARTINEZ, 2010, p. 132):

No âmbito juslaboral há uma pletera de exemplos de simulação, dentre os quais se destaca o ajuste proposital firmado entre empregado e empregador, no sentido de anotar na CTPS um valor de salário inferior àquele efetivamente ajustado com o

⁶ Disponível em: <<http://www.academia.org.br/nossa-lingua/busca-no-vocabulario>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

⁷ DICIONÁRIO Informal da Língua Portuguesa. Disponível em: <<http://www.dicionarioinformal.com.br/pejotizacao/>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

objetivo de pagar tributo (imposto de renda e contribuição previdenciária) em dimensão inferior àquelas efetivamente devidas (salário “por fora”). Nesse caso, a simulação torna-se evidente na medida em que tanto empregado quanto empregador provocaram em terceiros (notadamente no Fisco e na Previdência Social) uma falsa crença numa situação não verdadeira. O mesmo acontece quanto empregado e empregador, de comum acordo, criam uma aparência de prestação de serviços via pessoa jurídica (pejotização) especialmente empreendida com o objetivo de diminuir a incidência de tributação.

Não há dúvida de que uma tal situação enquadra-se no conceito de fraude à lei a que alude o art. 166, VI, do Código Civil, assim como no de dissimulação, a que se refere o art. 167, do mesmo Código, pelo que aplicável, também, a previsão do art. 9º, da CLT:

Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Afinal, no âmbito do Direito do Trabalho, tem-se como um dos princípios informadores o chamado “Princípio da Primazia da Realidade”, conforme elucida Luciano Martinez (MARTINEZ, 2010:92):

O princípio da **primazia da realidade** baseia-se no mandamento nuclear protetivo segundo o qual a realidade dos fatos prevalece sobre meras cláusulas contratuais ou registros documentais, ainda que em sentido contrário. De nada, portanto, adianta mascarar a verdade, uma vez que se dará prevalência ao que efetivamente existiu.

Também chamado de “princípio do contrato realidade”, ele “*amplia a noção civilista de que o operador jurídico, no exame das declarações volitivas, deve atentar mais à intenção dos agentes do que ao envoltório formal através de que transpareceu a vontade (art. 85, CCB/1916; art. 112, CCB/2002)*” (DELGADO, 2012, p. 202). Sua importância nessa seara do Direito é incontestável, com efeitos relevantes em relação à contraposição entre a forma e o conteúdo dos vínculos de emprego.

Obviamente, poder-se-ia tentar distinguir situações em que houvesse conluio entre o “empregador” e o “empregado”, em que ambos, cientes da irregularidade, decidem conjuntamente pela contratação através da constituição de uma pessoa jurídica, em que pese continuarem presentes todos os requisitos para a configuração da relação de emprego, daquelas, mais comuns, em que o “empregado”, hipossuficiente, vê-se obrigado a constituir a pessoa jurídica em face de exigência do “empregador”. O primeiro caso sói ocorrer em situações envolvendo altos empregados e configuraria a própria simulação, prevista pelo art. 167, do



Código Civil. O segundo caso é a regra nas relações de emprego em que se configura a existência de hipossuficiência jurídica e econômica do empregado. Seja como for, para a legislação pátria, em ambos os casos tem-se nulidade absoluta, por fraude objetiva à lei, com base no art. 9º, cumulado com os artigos 2º e 3º, da CLT. Em tais situações, a existência ou não de conluio e/ou de ciência da fraude são indiferentes para a configuração de fraude ao contrato de trabalho, pela Primazia da Realidade.

Fixados estes conceitos, analisemos a possibilidade e os efeitos da desconsideração da “pejotização” na seara tributária.

4 DA DESCONSIDERAÇÃO DA “PEJOTIZAÇÃO” PARA FINS TRIBUTÁRIOS: O DEVER DE COERÊNCIA NA ATUAÇÃO ESTATAL

Assentou-se, no tópico anterior, que a chamada “pejotização” é considerada fraude objetiva à legislação do trabalho no ordenamento jurídico brasileiro, independentemente da existência de *consilium fraudis* entre empregador e empregado. Convém analisar os efeitos fiscais da prática, muitas vezes adotada como forma de “planejamento” tributário.

Não resta dúvida de que a contratação de uma pessoa jurídica para a prestação de serviços pode ser bastante vantajosa do ponto de vista tributário. Em termos gerais, a contratação de um empregado gerará, para o empregador, o ônus do recolhimento da Contribuição Previdenciária Patronal – CPP - e do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS – colocando entre parênteses a natureza, tributária ou não, dessa obrigação -, e, ainda, existem outros ônus, de cunho trabalhista, que não fazem parte do corte proposto no presente estudo. Já a contratação de uma pessoa jurídica evitará o ônus tributário, de parte do empregador, que somente se verá obrigado a realizar a retenção de tributos devidos pela contratada, seja como substituto tributário, seja como cumprimento de determinadas obrigações acessórias – ou deveres instrumentais, como prefere parte da doutrina.

Da parte do empregado, ainda que os valores percebidos como pagamento de serviços à pessoa jurídica prestadora de serviços levem à incidência, de regra, do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ, da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, da Contribuição para o Financiamento à Seguridade Social – COFINS, da Contribuição para o

Programa de Integração Social – PIS e do Imposto sobre Serviços – ISS⁸, o ônus financeiro, do ponto de vista tributário, muitas vezes será menor do que a entabulação de contrato empregatício, em que o Imposto sobre a Renda da Pessoa Física – IRPF, incide com alíquotas mais elevadas, conforme a faixa de renda, além da incidência da Contribuição Previdenciária do Segurado. Mormente em situações comuns, em que a pessoa jurídica estaria enquadrada em regimes especiais optativos, como o do Simples Nacional ou o do Lucro Presumido para IRPJ e CSLL.

Fato é que a “pejotização” passou a ser, como visto, uma prática comum, por trazer vantagens financeiras ao empregador, quando não para ambas as partes. Em face do contexto legal exposto, parece-nos claro que se trata de fraude à lei, autorizadora de desconsideração pela autoridade fiscal. E isso, independentemente da utilização de qualquer norma geral antielisiva, que, como visto, entendemos não existir em nosso ordenamento jurídico, até o momento.

A “pejotização”, se efetivamente presentes os requisitos constituintes de uma relação de emprego (artigos 2º e 3º, da CLT), nos termos expostos, enquadra-se como clara fraude à lei, dissimulação de um efetivo contrato empregatício, nula por força do art. 9º, da CLT. Típico exemplo, portanto, de evasão fiscal, nem mesmo podendo ser enquadrada na controversa figura da elisão tributária abusiva.

Assim sendo, a previsão do próprio inciso VII, do artigo 149, do CTN, já é autorizador da desconsideração dos efeitos da contratação da pessoa jurídica, para fins tributários, tendo-se por existente a contratação direta de empregado. Com base em referido dispositivo legal, parece-nos autorizada a autoridade fazendária à desconsideração da referida dissimulação, ainda que inexistente a lei a que alude o Parágrafo Único, do art. 116, do CTN. A situação jurídica seria diversa, se não houvesse sido vetado o § 4º, do art. 6º, da Lei 10.593/2002, que seria incluído pela Lei n. 11.457/2007, que previa a necessidade de prévia decisão judicial para o reconhecimento de vínculo empregatício por parte dos Auditores Fiscais.⁹

⁸ A situação normalmente se enquadrará como de prestação de serviços, pelo que incidiria o ISS. Eventualmente, seria devida também a CPP, no caso de pagamento de pró-labore aos sócios, com a retenção da cota do segurado e de contribuições para terceiros. O valor pago a título de dividendos, aos sócios, são isentos do IRPF, com é cediço.

⁹ Previa o dispositivo vetado:

“§ 4º No exercício das atribuições da autoridade fiscal de que trata esta Lei, a desconsideração da pessoa, ato ou negócio jurídico que implique reconhecimento de relação de trabalho, com ou sem vínculo empregatício, deverá sempre ser precedida de decisão judicial.”

Vê-se das razões do veto, o seguinte:

Contudo, a falta de lei regulamentadora do procedimento da desconsideração dos negócios jurídicos, para fins tributários, acaba por causar problemas em relação à falta de segurança jurídica e lesão à capacidade contributiva do contribuinte, decorrente de possível atuação incoerente do Fisco e, por que não dizer, de todo o Estado Brasileiro. Explica-se. É que ao desconsiderar, por exemplo, apenas para fins de se reputar incidente o IRPF em relação de emprego, a contratação formal de uma pessoa jurídica, como ocorreu no “caso Felipão”¹⁰, haveria o Fisco Federal, por necessária coerência sistêmica de nosso ordenamento jurídico, de assim proceder:

a) oficiar ao Ministério Público do Trabalho – MPT e/ou à Delegacia Regional do Trabalho – DRT, a existência de constatação de fraude à legislação trabalhista, para a aplicação das penalidades previstas em lei, anotação em Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS, administrativa ou judicialmente, conforme o caso;

b) oficiar à Fazenda Municipal competente, informando sobre o constatado, para fins de eventual anulação dos lançamentos de ISS existentes, assim como a repetição do indébito dos valores pagos a esse título. Obviamente, os Municípios não se encontram subordinados ao entendimento do Fisco Federal, mas essa atuação se daria com força obrigatória no caso de existir decisão judicial na Justiça do Trabalho, após a informação aludida no item anterior;

c) a realização conjunta do lançamento das contribuições previdenciárias e de terceiros, devidas pelo empregador e pelo empregado;

“As legislações tributária e previdenciária, para incidirem sobre o fato gerador cominado em lei, independem da existência de relação de trabalho entre o tomador do serviço e o prestador do serviço. Condicionar a ocorrência do fato gerador à existência de decisão judicial não atende ao princípio constitucional da separação dos Poderes.”

¹⁰ “IMPOSTO DE RENDA DAS PESSOAS FÍSICAS - São rendimentos da pessoa física para fins de tributação do Imposto de Renda aqueles provenientes do trabalho assalariado, as remunerações por trabalho prestado no exercício de empregos, cargos, funções e quaisquer proventos ou vantagens percebidos tais como salários, ordenados, vantagens, gratificações, honorários, entre outras denominações. IRPF - LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DECADÊNCIA - Quando os rendimentos da pessoa física sujeitarem-se tão-somente ao regime de tributação na declaração de ajuste anual e independentemente de exame prévio da autoridade administrativa, por caracterizar-se lançamento por homologação, o prazo decadencial tem início em 31 de dezembro do ano-calendário, tendo o Fisco cinco anos, a partir dessa data, para realizar o lançamento de ofício. SIMULAÇÃO - Não se caracteriza simulação para fins tributários quando ficar incomprovada a acusação de conluio entre empregador, sociedade esportiva, e o empregado, técnico de futebol profissional, por meio de empresa já constituída com o fim de prestar serviços de treinamento de equipe profissional futebol. MULTA QUALIFICADA DE OFÍCIO - Para que a multa de ofício qualificada no percentual de 150% possa ser aplicada é necessário que haja descrição e incontestada comprovação da ação ou omissão dolosa, na qual fique evidente o intuito de sonegação, fraude ou conluio, capitulado na forma dos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, respectivamente. APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS - Devem ser aproveitados na apuração de crédito tributário os valores arrecadados sob o código de tributos exigidos da pessoa jurídica cuja receita foi desclassificada e convertida em rendimentos da pessoa física, base de cálculo de lançamento de ofício. Recurso provido parcialmente.” BRASIL. 1º Conselho de Contribuintes. 6ª Câmara. Acórdão 10614244, de 20/10/2004.



d) oficiar à autoridade competente, para a realização do lançamento dos valores devidos ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, sobre o vínculo de emprego reconhecido;

e) a anulação de todos os créditos pendentes de pagamento e/ou a devolução ou compensação com os valores agora lançados, de todos os valores pagos pela pessoa jurídica a título de IRPJ, CSLL e PIS/COFINS.

Ora, esse dever de coerência da atuação estatal, ao se promover a desconsideração de uma contratação de pessoa jurídica para o reconhecimento da existência de vínculo de emprego, é essencial, sob pena da tributação atingir riqueza já tributada, por meio de outros tributos e em situação incoerente com o vínculo empregatício reconhecido. Ademais, decorre do dever de cooperação entre os entes federativos, para fins tributários, ideia que se extrai do Princípio da Eficiência Administrativa (art. 37, *caput*, CF/88). Outrossim, em face do caráter de normas de ordem pública da legislação trabalhista, não nos parece que seria possível ao Fisco olvidar-se de prestar as devidas informações às autoridades competentes para a fiscalização de fraudes ao contrato de emprego.

Outro aspecto relevante diz respeito à aplicação da multa qualificada prevista pela legislação federal (Lei 9.430/96). Recordando a distinção já realizada, de hipóteses em que existe conluio entre o empregador e o empregado, de outras, mais comuns, em que o empregado, hipossuficiente, é forçado à constituição da pessoa jurídica para fins de iniciar ou manter uma contratação, somente no primeiro caso, se comprovado o evidente intuito de fraude por parte do empregado, é que poderia ele ser penalizado com a multa qualificada prevista na esfera federal. De se notar que no famoso “Caso Felipão”, mencionado supra, julgado pelo então Conselho de Contribuintes na esfera federal, entendeu-se que não houve a efetiva comprovação do conluio e intuito de fraude, por parte do contratado, sendo afastada a multa qualificada.

Em suma, o que não nos parece possível é a desconsideração isolada do negócio firmado apenas para fins de um tributo, v.g., o IRPF, sem que se atente para todo o contexto tributário e de normas de polícia administrativa aplicáveis ao caso. No “Caso Felipão”, acima referido, não houve apenas e tão-somente a desconsideração do negócio para fins de incidência do IRPF, mas se determinando a compensação dos tributos recolhidos pela pessoa jurídica, no que andou muito bem o órgão julgador.

Veja-se que a hipótese aqui mencionada refere-se à desconsideração efetivada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. Contudo, a mesma ordem de ideias parece-nos

aplicável, inteiramente, em hipóteses diversas, tais como aquelas em que houvesse o reconhecimento de vínculo empregatício em reclamação trabalhista movida pelo empregado, com a desconsideração da “pejotização” na Justiça do Trabalho; ou em ação movida pelo MPT; ou, mesmo, através da atuação dos Auditores Fiscais do Trabalho.¹¹

Como exemplo, numa hipotética situação em que houvesse o reconhecimento do vínculo empregatício pela Justiça do Trabalho, situação em que há a cobrança de ofício das contribuições previdenciárias incidentes sobre a relação jurídica e a retenção na fonte do IRPF incidente sobre o montante remuneratório da condenação, entendemos ser obrigatória a determinação de anulação de eventuais lançamentos pendentes incidentes sobre a atividade da pessoa jurídica cuja personalidade foi desconsiderada – na parte em que relacionada à decisão judicial –, assim como de eventual compensação dos valores eventualmente recolhidos a esse título.

Se tais determinações não forem fixadas pela sentença trabalhista, é direito do empregador e do empregado a anulação de créditos pendentes, e/ou a compensação/repetição do indébito dos valores recolhidos que foram considerados incidentes sobre o negócio jurídico desconsiderado, seja na via administrativa, junto ao Fisco Federal e Municipal, seja pela via judicial, através das ações cabíveis, conforme o caso – ações ordinárias visando a anulação ao lançamento, o direito à compensação ou à repetição do indébito, ou mesmo em sede de embargos à execução fiscal.

Afinal, esse dever de coerência sistêmica é expressão máxima de observância aos Princípios da Legalidade (art. 5º, II; art. 37, *caput*; art. 150, I, CF/88), da Segurança Jurídica e

¹¹ A jurisprudência tem reconhecido a competência do Auditor Fiscal do Trabalho para declarar o vínculo de emprego, sem a necessidade de decisão judicial:

RECURSO DE EMBARGOS. AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO – TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA – COMPETÊNCIA DO AUDITOR FISCAL DO TRABALHO PARA A LAVRATURA DE AUTO DE INFRAÇÃO EM FACE DO DESCUMPRIMENTO DO DISPOSTO NO ARTIGO 41 DA CLT. Nos termos dos artigos 626 da Consolidação das Leis do Trabalho e 5º da Instrução Normativa nº 03/97 do Ministério do Trabalho e Emprego não invade a competência da Justiça do Trabalho a declaração de existência de vínculo de emprego feita pelo auditor fiscal do trabalho para fins de lavratura de auto de infração em face do desrespeito ao disposto no artigo 41 da CLT. Recurso de embargos conhecido e provido. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR-173700-35.2007.5.07.0007. 12/12/2013 DJU 19/12/2013).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. AUTO DE INFRAÇÃO. COMPETÊNCIA DO AUDITOR FISCAL DO TRABALHO. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO. O Auditor Fiscal do Trabalho detém competência para verificar a existência de relação de emprego, nos termos do artigo 11, II, da Lei nº 10.593/02, bem como proceder a lavratura do auto de infração, ao concluir pela existência de violação de preceito legal, no caso, a existência de contratação ilícita de mão de obra terceirizada para execução da atividade-fim do hospital, sob pena de responsabilidade administrativa, consoante determina o artigo 628, "caput", da CLT. Precedentes. Agravo de instrumento a que se nega provimento (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR: 853007220075020431. DJU 10/05/2013).



da Isonomia/Capacidade Contributiva (art. 5º, *caput*; art. 145, § 1º e art. 150, II, CF/88), garantias inofendíveis em nosso ordenamento jurídico e perfeitamente aplicáveis às hipóteses analisadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do presente estudo analisou-se, brevemente, a celeuma doutrinária acerca das controversas figuras da elisão e evasão tributárias, assim como da zona cinzenta da chamada elisão abusiva. O intuito foi o de analisar o fenômeno da “pejotização”, em que se burla a legislação trabalhista através da contratação de uma pessoa jurídica, com a existência de todos os requisitos da relação de emprego previstos pelos artigos 2º e 3º, da CLT, focando no seu enquadramento na legislação tributária, a possibilidade de sua desconsideração e os efeitos daí decorrentes.

Concluiu-se que a “pejotização” se enquadra como fraude objetiva à legislação trabalhista, decorrendo numa dissimulação, vedada por nosso ordenamento jurídico. Daí decorre a possibilidade da desconsideração do negócio jurídico por parte do Fisco, para fins tributários, com a incidência da tributação incidente sobre a relação de emprego dissimulada.

Contudo, em face dos Princípios da Segurança Jurídica, da Legalidade e da Capacidade Contributiva, há a necessidade de manutenção da coerência sistêmica no caso de desconsideração, seja pelo Fisco ou decorrente da declaração da existência da relação empregatícia pelo Judiciário Trabalhista ou pelo Ministério do Trabalho. Em tais situações, dever-se-á promover a anulação de todos os créditos tributários decorrentes do negócio desconsiderado com a pessoa jurídica, com a compensação e/ou repetição do indébito dos valores recolhidos, além de outras medidas tendentes à harmonização da nova situação requalificada pela autoridade fiscal.

REFERÊNCIAS

ACADEMIA Brasileira de Letras. *Vocabulário ortográfico da língua portuguesa*. 5. ed. 2009. Disponível em: <<http://www.academia.org.br/nossa-lingua/busca-no-vocabulario>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria geral do tributo, da interpretação e da exoneração tributária: O significado do art. 116, parágrafo único, do CTN*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2003.
- CORRÊA, Sérgio Luís Petrasso. Planejamento tributário: evasão e elisão fiscal. In: PINTO, Sergio Luiz de Moraes; MACEDO, Alberto; ARAÚJO, Wilson José (Coords.). *Gestão tributária municipal e tributos municipais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. *Praticabilidade e justiça tributária: exequibilidade de lei tributária e direitos do contribuinte*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CUNHA, Carlos Renato. *O Simples nacional, a norma tributária e o princípio federativo: Limites da praticabilidade tributária*. Curitiba: Juruá, 2011.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.
- DICIONÁRIO Informal da Língua Portuguesa. Disponível em: <http://www.dicionarioinformal.com.br/pejotizacao/>. Acesso em: 26 jun. 2017.
- GRECO, Marco Aurélio. Planejamento tributário. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de; ZILVETI, Fernando Aurélio; MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coords.). *Tributação das empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- GONÇALVES, Alexandre Tadeu Navarro Pereira. *Autuações por desconsideração dos atos e negócios jurídicos por falta de propósito negocial ou abuso da forma – enfoque em casos de ITBI-IV*. In: PINTO, Sergio Luiz de Moraes; MACEDO, Alberto; ARAÚJO, Wilson José (Coords.). *Gestão tributária municipal e tributos municipais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil esquematizado*. 2. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MOREIRA, André Mendes. Elisão e evasão fiscal: limites a planejamento tributário. *Revista da associação brasileira de direito tributário*, Belo Horizonte, v. 21, mar.-abr. 2003.
- OLIVEIRA, Laura Machado de. Pejotização e a precarização das relações de emprego. *Lex Magister*. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_25013664_PEJOTIZACAO_E_A_PRECARIZACAO_DA_S_RELACOES_DE_EMPREGO.aspx. Acesso em 26 jun. 2017.



QUEIROZ, Luís César Souza de. Controle normativo da elisão tributária. In: BARRETO, Aires Fernandino et al. *II Congresso Nacional de estudos tributários: segurança jurídica na tributação e estado de direito*. São Paulo: Noeses, 2005.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Planejamento tributário: desafios institucionais. In: MACEDO, Alberto et al. *VI Congresso Nacional de estudos tributários: sistema tributário brasileiro e a crise atual*. São Paulo: Noeses, 2009.

_____. Planejamento tributário e estado de direito: fraude à lei, reconstruindo conceitos. In: BARRETO, Ayres Fernandino et al. *III Congresso Nacional de estudos tributários: interpretação e estado de direito*. São Paulo: Noeses, 2006, p. 223-260.

SANTOS, Ronaldo Lima. Fraudes nas relações de trabalho: morfologia e transcendência. *Boletim Científico ESMPU*, n. 28 e n. 29, Julho/Dezembro de 2008. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/bc-28-e-29/fraudes-nas-relacoes-de-trabalho-morfologia-e-transcendencia>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

276

Submissão: 11/11/2017

Aceito para Publicação: 04/05/2018



DANOS CAUSADOS POR ATOS DE TERRORISMO E O CONTRATO DE SEGUROS: DA POSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO ATRAVÉS DA CONTRATAÇÃO DE CONTRATO DE SEGUROS

DAMAGE FROM ACTS OF TERRORISM AND THE INSURANCE CONTRACT: VIA THE PROTECTION OF THE POSSIBILITY OF INSURANCE CONTRACT OF EMPLOYMENT

Rafael Gonçalves Mota*

Eduardo Rocha Dias**

RESUMO: O presente trabalho trata do uso de contrato de seguro para mitigação de danos causados por ações terroristas. Inicialmente analisa-se o conceito de terrorismo, desde que sua origem histórica até e recente previsão legal sobre o terrorismo. A seguir, aborda-se a teoria dos seguros, indicando quais os elementos efetivos que o forma. A existência de legislação brasileira que atribui ao Estado Brasileiro a responsabilidade de danos causados em aeronaves (pessoas e objetos) é vista empós, bem como os limites dos contratos de seguro aplicáveis à espécie. A metodologia utilizada é histórica, bibliográfica, doutrinária, legislativa e jurisprudencial. Tem como objetivos esperados definir-se um conceito minimamente essencial do limite de uso dos contratos de seguros em danos causados por atos de terror.

PALAVRAS-CHAVE: Terrorismo. Seguros. Responsabilidade do Estado.

SUMÁRIO: Introdução. 1 O Terrorismo: um termo de difícil definição. 2 Teoria dos seguros: o risco, seus limites e mensuração. 3 Da utilização do contrato de seguros em danos derivados de ações terroristas. Considerações Finais. Referências.

ABSTRACT: The present work deals with the use of an insurance contract to mitigate damage caused by terrorist actions. Initially the concept of terrorism is analyzed, since its historical origin until and recent legal prediction on terrorism. Next, the insurance theory is approached, indicating the effective elements that form. The existence of Brazilian legislation that assigns to the Brazilian State the responsibility for damages caused to aircraft (people and objects) is seen as well as the limits of the insurance contracts applicable to the species. The methodology used is historical, bibliographical, doctrinal, legislative and jurisprudential. Its objectives are expected to define a minimally essential concept of the limit of use of insurance contracts in damages caused by acts of terror.

KEYWORDS: Terrorism. Insurance. State responsibility.

333

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento das relações sociais, especialmente considerando a maior complexidade que adquiriram com a sociedade moderna, acaba por exigir mais instrumentos de proteção coletiva, buscando-se não apenas evitar a produção de danos, mas igualmente mitigar o resultado negativo que estes possam trazer.

Desta forma, o uso de contratos de seguros, em que se transfere em parte ou integralmente os reflexos econômicos de prejuízos e danos a terceiros, mediante o pagamento

* Doutorando em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Ceará. Professor de Direito Penal e Processual Penal da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Ceará.

** Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa, Portugal. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Ceará. Procurador Federal.

prévio de valor representa elemento essencial para que se possa salvaguardar não apenas a vida, mas também a saúde e o patrimônio, bem como viabilizando a efetivação de negócios jurídicos, industriais e comerciais. Diante disso, a definição de riscos, seu valores e, principalmente, a probabilidade de ocorrência efetiva do dano representa elemento essencial para a viabilização do contrato de seguros e de sua efetivação.

Considerando os conceitos e requisitos básicos do contrato de seguros, a incidência de tal mecanismo contratual de proteção de danos provocados por atos de terror passa a ser matéria controversa, notadamente quando se leva em conta a dificuldade de definição de terrorismo, bem como a incapacidade de previsibilidade de sua ocorrência concreta e realizada de uma estimativa precisa dos efeitos.

No presente trabalho se busca analisar a possibilidade de utilização do contrato de seguros no caso de danos causados por ações terroristas. Inicialmente, discute-se a definição do que deve ser compreendido como atos de terror, bem como terrorismo, especialmente considerando a evolução conceitual do tema e a previsão penal expressa existente no ordenamento jurídico brasileiro a partir de lei específica de 2016.

A seguir, a teoria dos seguros é analisada, especialmente no que tange ao elemento do risco e suas limitações. Por fim, analisa-se a legislação brasileira sobre a matéria, bem como a possibilidade de comercialização de contratos de seguro, seus termos e condições respectivos e limites de uso impostos, bem como a relação existente entre a proteção estatal e a privada sobre tais sinistros.

1 O TERRORISMO: UM TERMO DE DIFÍCIL DEFINIÇÃO

A palavra *terror* com sentido próximo daquele que se considera hoje é vista pela primeira vez no idioma francês em 1335 e tinha origem no latim (*terror*), que na sua origem designava um medo ou uma ansiedade extrema correspondendo, com mais frequência, a uma ameaça vagamente percebida, pouco familiar e largamente imprevisível. No final do século XVIII, durante a Revolução Francesa, o termo adquire outro sentido, o de uma forma de governo específica (PELLET, 2003, p.10).

Um natural processo de radicalização dos ideais revolucionários fez com que o nível de violência e intimidação chegasse a uma dimensão maior, criando um sentimento geral de

repúdio mesmo daqueles que haviam imaginado o sistema do terror como um caminho político, surgindo pela primeira vez a expressão *terrorismo*.¹

O século XIX representa a retomada do conceito de terrorismo, especialmente considerando a nova dimensão que os atos dessa natureza adquirem. Para Sarah Pellet (2003, p.11) tem-se que a

A palavra ‘terrorismo’ reaparece no final do século XIX e adquire um sentido novo, com o terrorismo dos anarquistas, que visavam aterrorizar o Estado incitando a sociedade contra os órgãos estatais, por meio da propaganda. Na mesma época surgiu o terrorismo dos nihilistas na Rússia, que chegaram a assassinar o Czar Alexandre II, em 1º de março de 1881. O terrorismo era então utilizado por agrupamentos políticos como um meio de ação cujo objetivo era derrubar o poder vigente em um determinado país. Tanto o terrorismo revolucionário, quanto o terrorismo utilizado pelos anarquistas e nihilistas, atentavam exclusivamente para a ordem interna do Estado no qual atuavam. Na realidade, o terrorismo internacional só apareceu recentemente, no período entre as duas grandes guerras.

Mesmo havendo uma certa precisão histórica na explicação sobre o conceito de terrorismo, continua existindo uma significativa dificuldade na definição do conceito de terrorismo, especialmente considerando que envolve vários aspectos políticos, jurídicos, religiosos, sociais, dentre outros.

O terrorismo como fenômeno passa a ser, paulatinamente, mais e mais difícil de ser enfrentado. Fora a dificuldade operacional, em si, de detecção e combate as ações, a falta de uma definição única e precisa, igualmente contribuiu para que o fenômeno não receba uma contraposição mais eficiente do Estado. A multiplicidade de motivações igualmente representa elemento complicador no trato do tema. (SOARES, 2003, p.1).

A complexidade da situação é ainda mais grave quando se verifica que os conceitos acima explorados de terror e terrorismo podem receber significados distintos. Para alguns, o primeiro seria um gênero de onde extrairíamos o terrorismo de Estado e o terrorismo contra o Estado. Para outros, as duas expressões trariam ideias iguais e equivalentes, especialmente diante da realidade atual visto no mundo. É com esse pensamento que se passa a trabalhar no presente artigo. (SOARES, 2003, p. 6).

Ao analisar qual seria o melhor conceito para terrorismo e quais seriam as espécies, podem-se identificar muitas são opções diferentes. Mesmo com a diversidade de conceitos é viável extrair elementos comuns de cada uma dessas visões.

¹ Esta é uma das explicações teóricas para a formação do conceito, não se olvida no presente trabalho a existência de outras, porém toma-se esta como a mais fundamentada do ponto de vista histórico.

Na visão de Antônio Alberto do Vale Cerqueira e Priscilla de Almeida Antunes (2017, p. 10) o terrorismo, e seus respectivos atos, seriam caracterizados como quaisquer “atos contra a vida, integridade corporal, saúde ou liberdade das pessoas; de destruição ou apropriação do patrimônio que, verificados sistematicamente, tendem a provocar uma situação de terror”.

Já Sarah Pellet (2000, p. 17) citando Eric David (1973) indica que qualquer que seja o ato de violência radical, com motivação política, social, ideológica ou religiosa e que agride regras de direito internacional, interno ou humanitário, atingindo alvos civis ou inocentes podem ser considerados atos de terror. A definição de Paul Wilkinson (2000, p. 15) para terrorismo é

O terrorismo é o uso sistemático da intimidação coercitiva, geralmente para fins políticos de serviço. É usado para criar uma exploração de um clima de medo entre um grupo objetivo e mais amplo que as vítimas imediatas da violência e para publicizar uma causa, assim como para obrigar um alvo a se submeter aos objetivos terroristas. O terrorismo pode ser usado sozinho ou como parte de uma guerra convencional mais ampla².

Alguns autores, diante da grave dificuldade de conceituação do delito de terrorismo, optam por indicar as características essenciais do fenômeno terrorista. Nesse sentido, Paul Wilkinson (2000, p. 1) indica as características do terrorismo:

Terrorismo pode ser conceituado e empiricamente distinguido de outros modos de violência e conflito seguindo algumas características:

- é predeterminado e desenhado para criar um clima de medo.
- está dirigido a um objetivo mais amplo que as vítimas imediatas.
- inerentemente envolve ataques em objetivos aleatórios ou simbólicos, incluindo civis.
- é considerado pela sociedade na qual ocorre como ‘extra-normal’, no sentido literal de que infringe as normas regulando disputas, protestos e conflitos. é usado primariamente, porém não exclusivamente, para influenciar o comportamento político de governos, comunidades ou grupos sociais específicos.³

Outros conceitos levam em consideração a natureza do ato, isto é, se se trata de um ato de terrorismo nacional ou internacional, especialmente sob a ótica do direito interno ou externo.

² No original: “*Terrorism is the systematic use of coercive intimidation, usually to service political ends. It is used to create a exploit a climate of fear among a wider target group than the immediate victims of the violence and to publicise a cause, as well as to coerce a target to acceding to the terrorist’ aims Terrorism may be use on its own or as parto f a wider unconventional war*”.

³ No original: “*Terrorism can be conceptually and empirically distinguished from other modes of violence and conflict by the following characteristics: It is premeditated and designed to create a climate of extreme fear; It is directed at a wider target than the immediate victims; It inherently involves attacks on random or symbolic targets, including civilians; It is considered by the society in which it occurs as ‘extra-normal’, that is, in the literal sense that it violates the norms regulating disoutes, protest and dissent; It is used primarily, though not exclusively, to influence the political behavior of governments, communities or specific social groups*”.

Para Marcello Ovídio Lopes Guimarães (2007, p. 25) o terrorismo é caracterizado por atos de indiscriminados de violência de várias formas, como física e morais, realizados de forma coletiva ou mesmo individual, geral danos e terror e com motivações diversas, que vão desde a política, até a religiosa. Para o autor, é possível dividir as espécies de terrorismo em quatro grupos: organização criminosa, o terrorismo de Estado, o terrorismo político-revolucionário e o terrorismo ideológico-religioso. (GUIMARÃES, 2007, p. 27).

O terrorismo praticado por organizações criminosas objetiva dar suporte a suas ações de delinquência normal, e tem como característica fundamental não representar a principal atuação da organização, mas somente uma conduta de apoio a estas, muitas vezes para minar ou diminuir a capacidade de reação do Estado. Como comenta Marcello Ovídio Lopes Guimarães (2007, p. 28) tal espécie “como o próprio nome sugere, é uma prática adotada por homens e mulheres organizados que, em grande parte, têm no seu comando insuspeitos personagens públicos.”

O terrorismo de Estado “em princípio foi criado a fim de caracterizar regimes ou governos autoritários, totalitários ou ditatoriais, cuja prática constante é a sistemática violação consciente de direitos individuais.” (GUIMARÃES, 2007, p. 31). O terrorismo político-revolucionário tem como elemento central de definição termos a utilização deste como meio para determinar o incremento ou fortalecimento de movimentos revolucionários. Portanto o terrorismo como meio para um fim maior, qual seja, o ideal político, ideológico ou revolucionário.

Por fim, há que o terrorismo ideológico-religioso, ou seja, existe realmente uma motivação especial, qual seja, a indicação de que o terrorismo deve ser usado com “instrumento de Deus” ou “contra os infiéis”. O enfrentamento de tais ações de terror apresenta uma significativa dificuldade, especialmente por apresentar motivações de natureza transcendente. Nesta última espécie de terrorismo, o aspecto religioso prepondera, mesmo coexistindo com outros. É o que diz Marcello Ovídio Lopes Guimarães (2007, p. 44) quando afirma que

Resta evidente que outros fatores, e não somente a religião, estão presentes e fundamentam explicações para a ocorrência dos atentados, como argumentos políticos, econômicos, culturais, nacionalistas, regionalistas ou revolucionários propriamente ditos, todos baseados em maior ou menos carga ideológica. O fator religioso, entretanto, em muitos casos prepondera.

Para Eduardo Pizarro Leongómez (2006, p. 104) o fenômeno do terrorismo pode ser classificado em cinco, e não quatro, espécies, quais sejam; terrorismo patrocinado por Estados,

terrorismo ideológico de extrema-direita ou extrema-esquerda, terrorismo nacionalista, terrorismo político-religioso e finalmente terrorismo de motivação única.

O primeiro deles é caracterizado por grupos patrocinados e financiados pelo próprio Estado, que passam a atuar em nome deste tanto interna quanto externamente, realizando ações que as forças convencionais não podem realizar, quer por impedimentos jurídicos, quer por falta de apoio político dominante. Atualmente sob a proteção do Estado, não sendo caracterizados, portanto como grupos terroristas que ameacem, em um primeiro momento, o ente estatal.

A segunda espécie de terrorismo, motivada por ideias de extrema direita ou esquerda, foi muito característica nas décadas de 1960 até 1980, notadamente no leste europeu, América Latina, sudeste asiático e alguns países europeus, como por exemplo, Espanha e Itália. Com o fim da guerra fria e consequente queda do bloco soviético, passaram naturalmente a ser menos frequentes.

O chamado terrorismo nacionalista tem como elemento central de sua definição a existência de grupos que lutam a favor dos interesses de um grupo étnico, seja para conquistar o reconhecimento de sua identidade cultural ou linguística, ou então para gerar um processo de secessão territorial (LEONGÓMEZ, 2006, p. 105).

Para Eduardo Pizarro Leongómez (2006, p. 106) o terrorismo político-religioso trata-se mormente de movimentos religiosos que procuram impor um modelo de Estado e sociedade governados por princípios religiosos.

Esta espécie de terror passou a ganhar naturalmente muita importância e destaque, notadamente depois dos atentados ocorridos em solo norte-americano em 11 de setembro de 2001, fazendo com que as atenções da doutrina especializada, e da sociedade com um todo, estivessem voltadas para a compreensão e enfrentamento deste. Tais ações, praticadas por grupos radicais com fundamentação islâmica reavivaram a conversa a respeito da realidade concreta do terror mundial.

A última espécie de terrorismo apontado por Eduardo Pizarro Leongómez (2006, p. 107) é a de motivação única, ou seja, referem-se a grupos que objetivam modificar pela violência determinadas condutas sociais ou normas legais, tais como, por exemplo, a proibição do aborto.

Marcello Ovídio Lopes Guimarães (2007, p. 19) quando analisa do ponto de vista interno afirma que a maioria das legislações penais internas afirma que

Os atos terroristas infrações de direito penal comum com características terroristas,

isso em razão da motivação dos agentes praticantes das condutas delituosas, ou seja, atentados contra os princípios fundamentais do Estado com o fito de destruí-los. Encontram-se exemplos disso na lei britânica do *Terrorism Act* 2000, que define o terrorismo como uma ação ou uma omissão quando ‘o uso ou ameaça é feito com propósitos políticos, religiosos ou ideológicos’ incluindo ‘séria violência contra uma pessoa, sérios danos a uma propriedade’, ou ainda criando “um sério risco à saúde ou à segurança do público ou a uma parte do público”.

A legislação americana (Seção 901 da *Public Law* 100-204, de 1987), por sua vez, define as atividades terroristas como ‘a organização, o apoio ou a participação em um ostensivo ou indiscriminado ato de violência com extrema indiferença ao risco de causar morte ou sérios danos corporais a um indivíduo que não esteja envolvido nas hostilidades armadas’.

Já o Código Penal francês, em seu artigo 421-1, traz definição dos atos terroristas delimitando-os como infrações ‘contra uma empresa individual ou coletiva, tendo por objetivo perturbar a ordem pública por intimidação ou por terror’.

O ordenamento jurídico brasileiro passou a contar com um conceito formal de terrorismo através da lei nº 13.260 de 16 de março de 2016. A lei brasileira, diferente de outras existentes no direito estrangeiro, optou por conceituar o terrorismo de forma expressa, utilizando elementos ligados mais a motivação do que aos efeitos. Indica o texto legal:

Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

Ponto relevante do conceito legal nacional é o da exclusão da motivação política. Assim, a motivação político-ideológica restou fora daquelas que eventualmente podem configurar o delito. Interessante destacar que os efeitos são indicados, porém de forma genérica, caracterizando o delito como crime de perigo abstrato. A seguir, a lei define de forma precisa quais as condutas precisas que efetivamente caracterizariam o crime:

§ 1º São atos de terrorismo:

I - usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;

II - (VETADO);

III - (VETADO);

IV - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento;

V - atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa.



Característica importante da lei brasileira é a criminalização das ações dos atos preparatórios de terrorismo, bem como o financiamento de tais ações. Desta forma, não apenas aquele que efetiva as condutas de terror responderá pelo delito, mas também o que auxilia, prepara, financia ou de alguma forma colabora para a ação.

Com tudo isso, fica evidente que muitas são as espécies, classificações e origens que se pode atribuir ao terror, porém no mundo atual, inegavelmente fácil perceber que independente da fundamentação ou motivação, as ações e condutas dessa natureza, e dessa espécie caracterizam-se como um grande desafio a democracia moderna, especialmente nos países que verdadeiramente optaram por este regime, capazes de produzir danos e prejuízos significativos e que devem ser mitigados.

Existem dúvidas sobre quem deve ser responsabilizado pela ocorrência de danos causados por ações de terror, bem como sobre a possibilidade efetiva de uso de contratos de seguro como elemento de proteção de tal situação, especialmente levando-se em conta a probabilidade de ocorrência destes. Neste contexto faz-se necessário analisar a teoria dos riscos seguráveis, especialmente quanto ao seu conceito, previsibilidade e mensuração.

340

2 TEORIA DOS SEGUROS: O RISCO, SEUS LIMITES E MENSURAÇÃO

O direito dos seguros define alguns elementos essenciais para que o contrato de seguros possa ser firmado entre as partes interessadas, especialmente considerando que o mesmo só poderá ter lógica e uso comercial se for minimamente viável tanto aquele que contrata, quanto ao que o recebe o ônus contratual de arcar com o eventual dano.

Os elementos obrigatórios e essenciais no contrato de seguro são: o segurador (aquele que suportará financeiramente a ocorrência do dano), o segurado (que pretende transferir o prejuízo causado pelo dano sofrido, ou pelo menos, buscar uma diminuição de seus efeitos), o risco, o prêmio (o valor pago para que se tenha a cobertura securatória desejada) e a indenização (valor pago para reparar ou minimizar o dano).

No presente estudo, um dos elementos essenciais de tal relação ganha especial destaque: o risco. A definição e a indicação da probabilidade de quanto e de que forma resta ameaça a coisa segurada, quer se trate da vida, da integridade física ou mesmo do patrimônio é fundamental. Neste sentido, analisar o limite dos riscos seguráveis, e especialmente aqueles decorrentes de atos

ligados ao terrorismo é essencial para se definir a possibilidade e o alcance do uso de contratos de seguro para minimizar danos e prejuízos decorrentes de atos de terror.

O direito dos seguros desenvolveu seu próprio conceito de risco, especialmente considerando que a definição trazida pelo Direito Civil não se mostrava integralmente em harmonia, ou mesmo, capaz dar suporte as situações decorrentes da relação de seguros. A importância da existência de uma definição precisa do risco no contrato de seguros é evidenciada diante do papel essencial deste na efetivação do contrato. (CORDEIRO, 2013, p. 484).

Nos termos do Código Civil Brasileiro o conceito é dado no art. 779 que indica que “o risco do seguro compreenderá todos os prejuízos resultantes ou consequentes, como sejam os estragos ocasionados para evitar o sinistro, minorar o dano, ou salvar a coisa”. Tal definição legal é abstrata e genérica, indicando uma possibilidade de caracterização tanto de danos materiais como morais.

O risco obrigatoriamente impõe a ideia de um evento possível, porém cuja realização não se mostra obrigatória ou mesmo necessária. Assim, para que tal situação apresente um risco segurável, deve efetivamente não estar fadada a acontecer impreterivelmente, pois caso assim o seja não restará alternativa ao contratado se não pagar o valor combinado, fazendo com que a relação perca sua natureza segurável, ou seja, aquilo feito para ser utilizado para mitigar os efeitos negativos de um dano eventualmente produzido.

Nestes termos, o seguro serve como instrumento capaz de minimizar ou mitigar os riscos que determinada atividade econômica possui, mas não pode servir de elemento de transferência integral do risco a terceiro. Assim ensina Amadeu Carvalhaes Ribeiro (2006, p.610) que os agentes econômicos que operam no mercado não podem internalizar todo e qualquer risco, sob pena de inviabilizar sua atividade. Desta forma, o seguro passa a ser uma alternativa viável para compartilhar os riscos e evitar que os mesmos venham a ser arcados exclusivamente pelo agente.

Assim, ainda na visão do autor, os riscos transferidos mediante o contrato de seguros devem ser lícitos, e sua produção não pode contrariar o sistema jurídico posto, sendo intolerável que determinados riscos excessivos sejam transmitidos ou transferidos a terceiros por meio de seguros já que devem ser, pela sua própria natureza arcados pelo próprio estado e pela sociedade. Como exemplo ele indica aqueles relacionados a acidentes nucleares. (RIBEIRO, 2006, p. 62). No mesmo sentido afirma António Menezes Cordeiro (2013, p. 485) que

Tecnicamente, considera-se que a álea exprime uma margem de flutuação nos eventos futuros, implicando uma possibilidade de vantagens, com inerente probabilidade de uma perda. Sendo assim, o risco exprimiria a vertente negativa da álea: a do perigo de um mal. Risco pode, deste modo, ser definido como probabilidade de diminuição, numa situação previamente considerada. Toma corpo numa de cinco eventualidades:

- na supressão ou na diminuição de uma vantagem;
- no não-surgimento de uma vantagem;
- no aumento de uma desvantagem;
- no não-desaparecimento de uma desvantagem;
- no desaparecimento menor de uma desvantagem.

O risco segurável é aquele que pode ser minimamente mensurado, bem como ser sua ocorrência incerta, porém possível, sendo seu contrato aplicado olhando o futuro e não o passado onde os eventos já aconteceram e cujas consequências já restam definidas e concretizadas. A incerteza sobre a ocorrência do evento se torna fundamental para que se possa efetivamente definir a relação securatória como viável do ponto de visto econômico e comercial, pois se assim não fosse, o contrato apenas teria como função ser elemento para garantir de crédito ou viabilidade financeira, e não um agente chamado a atuar apenas em casos remotos, ou pelo menos, não tão comuns. (CORDEIRO, 2013, p. 520). Assim, a base da relação entre segurador e segurado é simples nas palavras de António Menezes Cordeiro (2013, p. 521):

Pelo contrato de seguro, o segurador não assume, simplesmente, um dever de indemnizar eventuais sinistros, contra um prémio. Essa atuação implica toda uma organização, uma captação de múltiplos prémios e uma gestão adequada para, em caso de sinistros, libertar os fundos necessários. Temos: (a) uma atividade econômica autónoma, (b) no interesse alheio, (c) sem se aplicar explicitamente outro regime e (d) a título oneroso.

O cálculo dos valores a serem considerados para reparação dos danos e prejuízos, ou seja, o risco envolvido no contrato de seguro passa pela análise de diversas variáveis, especialmente a maior probabilidade de ocorrência do evento danoso, bem como a eventual raridade o bem, valores agregados e mensuração precisa de seus efeitos.

Assim, a impossibilidade extrema de estimação da probabilidade do evento negativo faz que com que se torne inviável o uso do contrato de seguros, pelo menos *prima facie*. Neste sentido afirma Antonio Menezes Cordeiro (2013, p. 677) que

Os riscos derivados de guerra ou de insurreição, a que poderíamos somar o de catástrofes generalizadas (sismo, tsunami, queda de asteroide ou furacão), seriam afastados porque, pela extensão e pelo número de sinistros que ocasionariam, ficariam fora de qualquer previsão razoável, pondo em risco as práticas atuariais. Segurar tais riscos poderia pôr em crise a solvabilidade do segurador, com prejuízo para todos e para o sistema. Mas um bom segurador afastará o problema, com adequado agravamento no prémio e com recurso ao resseguro.



Quanto os riscos derivados de ações típicas de terrorismo, que serão explorados no próximo tópico, afirma o autor que por se tratarem de riscos localizados e pontuais, portanto controlados, restam passíveis de proteção mediante contrato de seguro, especialmente considerando que a natureza específica e pontual que possuem, bem como normalmente restando restritos a atos de vandalismo, com motivações políticas ou similares. (CORDEIRO, 2013, p. 677).

Como exemplos de tais atos é possível citar os danos causados por atos de vandalismo em decorrência de manifestações populares ocorridas em algumas cidades brasileiras em junho de 2013, especialmente quando, no centro do Rio de Janeiro, muitos carros e prédios foram depredados. Naquele momento, as seguradoras brasileiras ainda não possuíam um entendimento definido se iriam ou não cobrir tais prejuízos, pois nem todos os contratos de seguro possuíam cláusulas de danos provocados por manifestações populares. Dado importante é que em momento algum tais eventos foram capitulados como atos de terror, até por ausência de uma tipificação criminal específica. Assim, eram ainda tratados na órbita exclusiva de distúrbios civis. (CORDEIRO, 2013).

343

Tais ocorrências, datadas de 2013, geraram algumas decisões judiciais sobre o tema, porém ainda não é possível falar em uma formação de jurisprudência e sim na mera existência de precedentes específicos. Na maioria dos casos, a questão relacionada à cobertura ou não do seguro sobre atos de vandalismo passou mais pelo direito às informações do segurado do que efetivamente se tais danos estão ou não segurados, conforme se extrai dos precedentes seguintes:

APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VEÍCULO. INCÊNDIO. DEMANDA DIRIGIDA CONTRA O PROPRIETÁRIO DO PRIMEIRO CARRO INCENDIADO E SUA SEGURADORA. ATO DE VANDALISMO OMITIDO NA INICIAL E RECONHECIDO NA SENTENÇA. DEVER DE COBERTURA NÃO RECONHECIDO. Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença de improcedência de pedido de cobrança de seguro de automóvel. Na ocasião do sinistro, o automóvel teve perda total em face de incêndio que iniciou no carro do segundo demandado por ato de vandalismo praticados por populares revoltados com o homicídio ocorrido. A preliminar suscitada em contrarrazões recursais não merece acolhida, pois desarrazoada, considerando que as razões recursais da apelação interposta pelo autor apontam os motivos pelos quais o recorrente pretende a reforma da sentença recorrida. Atendido o requisito do art. 514, inc. II, do CPC. A inicial revelou-se omissa em relação às circunstâncias fáticas que envolveram o sinistro, não havendo qualquer referência ao fato de que os carros acabaram incendiados por terceiros em ato refratário à cena de homicídio. Assim, ainda que fosse possível estender-se ao apelante a obrigação securitária celebrada entre os demandados, na condição de terceiro, não poderia o autor exigir o pagamento de seguro em relação ao segundo demandado. Em relação à obrigação exigida contra a seguradora, restou ajustado o julgamento recorrido às circunstâncias fáticas do caso

concreto, não podendo a seguradora ser... responsabilizada por sinistro pelo qual o segurado não concorreu culposamente. PRELIMINAR CONTRARRERCUSAL REJEITADA. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70056803075, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio José Costa da Silva Tavares, Julgado em 21/05/2015).

(TJ-RS - AC: 70056803075 RS, Relator: Sylvio José Costa da Silva Tavares, Data de Julgamento: 21/05/2015, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/05/2015)

RECURSO INOMINADO. CONTRATO DE SEGURO. DANOS NO VEÍCULO ESTACIONADO NO CENTRO DE PORTO ALEGRE POR OCASIÃO DE PROTESTOS. NEGATIVA SOB O ARGUMENTO DE QUE NÃO HÁ COBERTURA PARA ATO DE VANDALISMO. HIPÓTESE QUE ESTARIA ESTABELECIDA NAS CONDIÇÕES GERAIS DE SEGURO QUE NÃO SÃO ENTREGUES À SEGURADA, MAS QUE ELA PODERIA OBTER A INFORMAÇÃO BASTANDO ACESSO AO SITE DA SEGURADORA. SITUAÇÃO ESPECÍFICA DE DEFICIÊNCIA DE INFORMAÇÃO QUE VEM EM BENEFÍCIO DO CONSUMIDOR, PARTE HIPOSUFICIENTE NA RELAÇÃO. CONDENAÇÃO NO VALOR DO MENOR ORÇAMENTO DESCONTADA A FRANQUIA. SENTENÇA QUE VAI CONFIRMADA. RECURSO NÃO PROVIDO. (Recurso Cível Nº 71004919908, Quarta Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Gisele Anne Vieira de Azambuja, Julgado em 11/07/2014)

(TJ-RS - Recurso Cível: 71004919908 RS, Relator: Gisele Anne Vieira de Azambuja, Data de Julgamento: 11/07/2014, Quarta Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 15/07/2014)

CIVIL E CONSUMIDOR. AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO AUTOMOBILÍSTICO. DEMANDA EXTINTA, COM EXAME DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ART. 269, V DO CPC, ANTE O RECONHECIMENTO DA RENÚNCIA DO AUTOR AO DIREITO SOBRE O QUAL SE FUNDA A AÇÃO. 'CARTA DE CANCELAMENTO E DESISTÊNCIA' DA INDENIZAÇÃO FIRMADA PELO SEGURADO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE REVELAM A PRÁTICA DE COAÇÃO POR PARTE DE PREPOSTO DA RÉ. VÍCIO DE MANIFESTAÇÃO DA VONTADE EVIDENTE, ANTE A AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO LÓGICA PARA DITA DISPOSIÇÃO. ATO TRANSACIONAL, ADEMAIS, QUE SUPRIME DIREITO DO SEGURADO. AÇÃO LESIVA VEDADA PELA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA. SUSTENTADO O AGRAVAMENTO DO RISCO POR PARTE DO SEGURADO, PORQUANTO O PRINCIPAL CONDUTOR DO VEÍCULO SERIA SEU FILHO. IRRELEVÂNCIA, NA HIPÓTESE. AVARIAS DECORRENTES DE VANDALISMO, QUANDO O VEÍCULO ESTAVA ESTACIONADO EM VIA PÚBLICA. EVENTUAL QUEBRA DE PERFIL QUE EM NADA CONTRIBUIU PARA A OCORRÊNCIA DO INFORTÚNIO. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. O Código de Defesa do Consumidor coíbe e limita ações lesivas ao consumidor ao regular as relações contratuais, não admitindo, portanto, legitimar ato transacional que suprima direito do segurado, em evidente confronto à sua proteção jurídica.

(TJ-SC - AC: 20140641933 SC 2014.064193-3 (Acórdão), Relator: Marcus Tulio Sartorato, Data de Julgamento: 17/11/2014, Terceira Câmara de Direito Civil Julgado).

Nesse sentido, as decisões judiciais até agora tomadas não enfrentam especificamente a existência ou não de responsabilidade dos entes seguradores quanto à sinistros oriundos de atos de terror mas sim questões relativas ao direito de informação ao contratante.

3 DA UTILIZAÇÃO DO CONTRATO DE SEGUROS EM DANOS DERIVADOS DE

AÇÕES TERRORISTAS

O ponto essencial do presente estudo é analisar a possibilidade de aplicação do contrato de seguros para reparação de danos causados por ações derivadas de atos de terror, considerando que um dos elementos essenciais do contrato de seguro é o risco, em especial a sua imprevisibilidade e dificuldade de mensuração.

A despeito da dificuldade conceitual sobre as condutas que envolvam atos de terror, especialmente considerando a recente definição do crime por meio de um tipo penal próprio, a discussão sobre a responsabilidade jurídica e o dever de reparação sobre atos de terror deve ser enfrentada.

A apólices de seguro, pela sua óbvia natureza contratual, impõe a observância de nomenclaturas específicas para que sua efetivação se dê de forma plena. A indicação dos eventos cobertos ou não pela proteção dos seguros é essencial para que o alcance da cobertura seja definida. Assim, essa dificuldade conceitual sobre o que exatamente é um ato de terror representa um limitador do uso prático de tais medidas.

O conceito legal é claro, porém sua aplicação concreta pode gerar dúvidas efetivas quanto a aplicação do contrato. Tome-se como exemplo a ações de vândalos ou atos de violência extrema contra bancos ou empresas diversas. Tais atos, para fazerem parte do rol de coberturas securitárias devem ser declarados como terroristas pelo Estado ou mesmo por sentença condenatória recorrível?

Tal ponto é nevrálgico para a aferição precisa do uso efetivo ou não da medida. Haverá a previsão no contrato de seguro para cobertura em atos oriundos de práticas terroristas, porém o que será efetivamente exigido para tal reconhecimento e consequentemente o pagamento do prêmio respectivo?

No Brasil algumas seguradoras⁴ oferecem contratos de seguros em caso de situações de terror, porém suas apólices ainda falam genericamente em terrorismo não especificando de forma precisa quais os requisitos precisos exigidos para a efetiva caracterização destes. Diga-

⁴ A seguradora AIG é um exemplo, tanto no Brasil quanto em Portugal expressamente oferece comercialmente o seguro, porém na leitura das condições gerais resta claro que a avaliação da contratação está vinculada a uma mensuração expressa dos riscos, bem como que haverá termo expresso firmado entre as partes indicando os bens e valores expressamente incluídos na proteção ou não.

se, no entanto, que a regra nas apólices de seguro no Brasil ainda é a exclusão expressa de cobertura nesse caso.

A lei nº 10.744, de 09 de outubro de 2003, disciplina sobre “a assunção, pela União, de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos”. Tais atos, no entanto, devem ser realizados “contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo”.

Tal norma prevê que a União Federal fica autorizada a arcar com o ônus de danos e prejuízos decorrentes de ações terroristas, atos de guerra ou correlatos contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo (aqui incluídos seus respectivos tripulantes e passageiros), ocorridos no Brasil ou no exterior. Assim, a reparação será realizada mediante ato do Executivo limitado ao valor de a US\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de dólares dos Estados Unidos da América).

Com isso, verifica-se que se transfere ao poder público federal a responsabilidade por atos de terror e guerra contra aeronaves, tornando, pelo menos a princípio e neste restrito universo, desnecessária a atuação privada de contrato de seguros, uma vez que a dimensão pública acaba por assumir tal ônus.

Quanto às demais consequências de atos terroristas, não há qualquer previsão legal de imposição de responsabilidade ao poder público, restando, portanto duas alternativas àqueles que sofreram as consequências de tais danos: buscar nos critérios gerais de imposição de responsabilidade civil ao Estado o dever de reparar o dano ou mesmo a prévia proteção de contratos de seguros privados. Neste último caso, restando limitados aos termos específicos das respectivas apólices de seguro.

Após os eventos ocorridos durante o mês de junho de 2013 e nos jogos da Copa das Confederações no Brasil, especialmente considerando manifestações, atos de vandalismos e depredações, foi autorizada a comercialização de apólices de seguros para cobrir danos, prejuízos e consequências decorrente de atos de terror, tendo a seguradora AIG sido a primeira a oferecer o produto comercialmente no Brasil.

Tal produto teve sua comercialização autorizada pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP através dos processos nº 15414.900360/2013-41 e 15414.900508/2013-48, e define de forma precisa quais os limites da utilização dos seguros, indicando qual o dano concreto que sua cobertura atinge, cite-se:

2. DANO DIRETO

Nenhuma indenização será devida por esta cobertura a menos que, e até que uma reclamação tenha sido paga, ou que a responsabilidade tenha sido reconhecida, a respeito de Perda ou Dano Material Direto por Ato de Terrorismo a bens segurados por esta Apólice, à qual esta Condição Especial está anexada e que causarem a Interrupção do Negócio.

Esta Condição não se aplicará se nenhum pagamento tiver sido feito, ou se nenhuma responsabilidade tiver sido reconhecida, devido apenas à operação de uma franquia da mencionada Apólice, a qual exclui responsabilidades por perdas abaixo de um valor especificado.

Fica entendido e acordado, também, que nenhuma indenização será devida por esta cobertura se o Segurado, por qualquer motivo, não quiser ou desistir de continuar com suas atividades normais de indústria, ainda que em locais diferentes dos mencionados na presente apólice.

Tomando como exemplo as condições gerais (SEGUROS..., 2017, *online*) do contrato de seguros para terrorismo oferecido comercialmente no Brasil pela seguradora AIG, resta claro já na primeira linha do respectivo caderno de instruções de que a aceitação do contrato, portanto sua efetivação estará condicionada expressamente a uma análise de risco. Referidas instruções define de forma expressa o que entende por terrorismo:

TERRORISMO: significa uma ação, incluindo o uso de força ou violência, de qualquer pessoa ou grupo de pessoas, seja agindo sozinha ou em nome de, ou em conexão com quaisquer organizações, cometido com propósitos políticos, religiosos ou ideológicos, inclusive com a intenção de influenciar qualquer governo e/ou para tornar o público temeroso de tais propósitos. Acrescentamos que o Ato Terrorista só será reconhecido como tal se for de conhecimento notório e reconhecido oficialmente pelo poder público.

Vê-se com isso que a efetiva condenação criminal por crime de terrorismo com trânsito em julgado não é exigida, porém o reconhecimento estatal do ato como tal sim. Esse exemplo pontual apenas confirma a dificuldade das questões lançadas acima, ou seja, quando efetivamente o ato se configura como de terror que autorize o pagamento do prêmio. Na falta de uma regulamentação ou definição legal, cada contrato definirá seus termos e critérios.

Desta forma percebe-se que o seguro contra atos de terrorismo comercializado no Brasil representa essencialmente um instrumento de mitigação ou minimização de danos e prejuízos causados e tem como principal objetivo criar condições para que o negócio siga sendo desenvolvido e não seja encerrado pela ocorrência de tais atos. Percebe-se, no entanto que a definição de cobertura não chega a tratar da eventual condenação criminal dos agentes por tais atos ou mesmo definir qual seria o conceito a ser levado em conta para que se compreenda a existência de tais atos. Como qualquer seguro tal cobertura não é absoluta, admitindo algumas exclusões, são elas:

7. EXCLUSÕES

ESTA GARANTIA NÃO COBRE:

- a) Aumento da perda resultante da interferência nas dependências seguradas, de grevistas ou outras pessoas, com relação à reconstrução, reparo ou reposição dos bens ou com relação à retomada da continuidade da operação.
- b) Aumento da perda causada por suspensão, lapso, ou cancelamento de qualquer aluguel, licença, contrato ou ordem, a menos que estes resultem diretamente da Interrupção do Negócio, caso em que os Subscritores serão responsáveis apenas pelas perdas que afetem as receitas do Segurado durante e limitadas ao período indenitário coberto por esta Apólice.
- c) Aumento da perda causada pela aplicação de qualquer ordenamento ou lei regulando o uso, a reconstrução, o reparo, ou a demolição de quaisquer bens aqui segurados.
- d) Perda de Mercado ou qualquer outra perda consequente, exceto conforme especificadamente aqui segurada.
- e) Perda resultante de dano corporal ou mental a qualquer pessoa.

Um dos modelos mais avançados no mundo de cobertura de seguros em caso de terrorismo é o adotado nos Estados Unidos através do *Terrorism Risk Insurance Act* (TRIA), criado por lei federal datada de 26 de novembro de 2002, e que deveria ter expirado no final do ano 2014, porém teve sua vigência estendida através de lei sancionada em 12 de janeiro de 2015, passando a estar em vigor até 2020.

Por tal sistema, o Estado assume parte da responsabilidade indenizatória por danos causados por ações terroristas, funcionando como um ressegurador automático aumentando o valor da proteção direta de US\$ 100 milhões para US\$ 200 milhões, bem como autorizando que o montante total segurado diretamente pelas seguradoras seja de US\$ 37,5 bilhões. Desta forma, há um compartilhamento dos riscos entre as seguradoras privadas e o estado, onde o poder público só é chamado a atuar quando os danos superaram este valor, que, a princípio, deve ser suportado pela iniciativa privada.

O direito português exclui nos seguros obrigatórios a cobertura por danos derivados de atos de guerra e terrorismo, porém torna passível de disponibilidade das partes tais coberturas no caso de seguros facultativos (CORDEIRO, 2013, p. 676). Com exemplo, o oferecimento comercial feito no sítio eletrônico da Companhia AIG de seguros. (SEGUROS..., 2017, *online*).

Como visto, as maiores dificuldades encontradas na contratação e na utilização de seguros em eventos decorrentes de atos de terror é a definição do que venha a ser precisamente o terrorismo conforme visto em momento anterior deste artigo. Outro elemento que dificulta sensivelmente o uso de tal produto, e o encarece sensivelmente, é a falta de uma legislação criminal própria para o enfrentamento de tais situações.

Desta forma o compartilhamento de responsabilidade entre a iniciativa privada e o poder público representa modelo ideal na criação de um mecanismo eficiente de proteção por danos causados por atos terroristas ou criminosos, especialmente considerando que o Código Civil não dispõe expressamente do tema, quer para prever, quer para vedar.

Tal modelo, ao repartir responsabilidades, gera uma rede de proteção patrimonial mais efetiva do que aquela que seria obtida pela imposição exclusiva da responsabilidade estatal, ou por outro lado, o deslocamento integral da proteção para as contratações privadas. Os danos que podem ser produzidos por ações de terror são, em regra, de tamanha magnitude que a sua assimilação por um único ente, público ou privado, pode não ser suficiente. Desta forma, a criação de uma rede de compartilhamento de responsabilidade securitárias pode conferir uma proteção mais efetiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A possibilidade de proteção pela contratação de um contrato de seguros de danos causados por ações terroristas ainda representa questão controversa, especialmente considerando a dificuldade de definição do conceito de ato de terror, bem como da mensuração precisa do risco que pode ser causado com isso e conseqüentemente coberto contratualmente.

O fenômeno do terrorismo não é novo, porém ganhou uma nova dimensão após os atentados de 11 de setembro de 2001, passando a merecer uma atualização de conceito e de significação. Desta forma, passou a ser objeto de mais atenção, especialmente quando se considera que é um conceito em constante mudança e com significativa dificuldade de tratamento jurídico penal. No Brasil, o conceito se torna ainda mais complexo diante da recente tipificação criminal, ainda não submetida a uma ampla análise jurisprudencial que consolide seus limites.

Fora as conseqüências legais da prática do terror, outra questão que se mostra fundamental é a busca pela maior proteção possível contra tais condutas e a mitigação de suas conseqüências. Assim, umas das possibilidades viáveis de proteção é a busca por contratos de seguros que possam diminuir os danos e prejuízos causados.

Com isso, discute-se sobre a possibilidade de proteção a título de securitização dos danos causados por ações de terror. No caso brasileiro dois cenários antagônicos se apresentam. O primeiro é a disposição legal expressa de que os danos causados por atos de terror em aeronaves são cobertos pelo Estado Brasileiro. Do outro lado a possibilidade de



comercialização recente de apólices de seguros para serem aplicadas em situações ditas como de terrorismo.

Neste sentido é possível concluir que a existência de uma responsabilidade estatal de indenização e reparação de danos provocados por atos de terror em algum cenários (como os que envolvam aeronaves) não significa que excluam a utilidade da contratação de seguros especificamente voltados para a mitigação dos danos. Na verdade, a criação de uma rede público-privada de proteção patrimonial nesses sinistros parece ser a mais completa e eficaz, quando se considera a magnitude potencial de tais atos de terror.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 10.744, de 09 de outubro de 2003. Dispõe sobre a assunção, pela União, de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo. Brasília, DF, 2003.

_____. Lei n. 13.260, de 16 de março de 2016. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista. Brasília, DF, 2016.

CADERNO SEGURO. Disponível em: <<http://cadernosdeseguro.funenseg.org.br/pdf/177bechara.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

CERQUEIRA, Antônio Alberto do Vale; ANTUNES, Priscilla de Almeida. *Mecanismos de defesa da ordem democrática e terrorismo internacional*. Disponível em: <www.unieuro.edu.br/downloads_2005/consilium_02_04.pdf> Acesso em: 10 maio 2015.

CORDEIRO, António Menezes. *Direito dos seguros*. Coimbra: Almedina, 2013.

DANOS causados em atos de vandalismo podem não ser cobertos por seguradoras. *O Globo*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/danos-causados-em-atos-de-vandalismo-podem-nao-ser-cobertos-por-seguradoras-8747348>> Acesso em: 12 jan. 2018.

GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. *Tratamento penal do terrorismo*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007.

INSURANCE INFORMATION INSTITUTE. Disponível em: <www.iii.org>. Acesso em: 12 jan. 2018.

LEONGÓMEZ, Eduardo Pizarro. *Uma democracia sitiada*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 2006.



PELLET, Sarah. A ambiguidade da noção de terrorismo. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.). *Terrorismo e direito: Os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: perspectivas político-jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 9-20.

RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. *Direito de seguros*. São Paulo: Atlas, 2006.

SEGUROS patrimoniais – terrorismo e perdas de exploração. Disponível em: <<http://www.aig.com.pt/empresas/product/seguros-patrimoniais/terrorismo-e-perdas-de-exploracao>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

SOARES, Denise de Souza. *De Marx a Deus: os tortuosos caminhos do terrorismo internacional*. São Paulo: Renovar, 2003.

WILKINSON, Paul. *Terrorism versus Democracy: The Liberal State Response*. Londres: Routledge, 2006.

Submissão: 18/09/2017

Aceito para Publicação: 05/03/2018

351

