

SUBSTITUIÇÃO E TÉRMINO ANTECIPADO DA MEDIDA PRIVATIVA DE LIBERDADE PARA ADOLESCENTES: ESTANDARTES DE BREVIDADE DA SANÇÃO NO DIREITO COMPARADO E LIÇÕES PARA O DIREITO BRASILEIRO

SUBSTITUTION AND EARLY RELEASE FROM LIBERTY-DEPRIVING SOCIO-EDUCATIVE MEASURES FOR ADOLESCENTS: BREVITY STANDARDS FOR SANCTIONS IN COMPARED LAW AND LESSONS FOR THE BRAZILIAN SYSTEM

Jaime Couso Salas*

Ana Paula Motta Costa**

RESUMO: Neste artigo realiza-se uma análise da temática da execução de medidas aplicadas a adolescentes autores de atos infracionais, a partir do direito comparado, considerando-se a influência que alguns países tiveram no processo de reforma da justiça juvenil na América Latina. Busca-se identificar como foram resolvidas em tais países as tensões, bem como quais critérios que regem o exercício do poder dos tribunais para substituir ou determinar a saída antecipada das medidas privativas de liberdade durante a execução. Essa temática, no entanto, remete-nos à análise de quais são os objetivos e limites que devem ser considerados na aplicação de sanções, e como relacioná-los com o propósito de sanções penais voltadas a adolescentes, especialmente quanto aos efeitos que os tribunais devem esperar no momento da imposição da sanção, que mais tarde será executada. A prioridade a favor de uma aposta pela inserção social na liberdade e o critério da brevidade da internação, previsto na Convenção Internacional dos Direitos da Criança e da liberdade antecipada concedida o mais rápido possível, assegurada pelas Regras de Beijing, obrigam os países que ratificaram tais documentos internacionais a adotar maiores riscos e apostar mais na possibilidade do adolescente em liberdade.

ABSTRACT: In this article, an analysis is carried out on the thematic of application of socio-educative measures to adolescents who have infringed penal law, based on comparative law and considering the influence that some countries had in the process of reform of the juvenile justice system in Latin America. The study seeks to identify how tensions were resolved in those countries, as well as what criteria govern the exercise of court power, during the execution of the state-defined sanction, to replace or determine the adolescent's anticipated release from measures that deprive he or she of his or her liberty. This theme, however, refers us to the analysis of the objectives and limits that should be considered in the application of these socio-educative sanctions, and how they relate to the purpose of criminal sanctions directed at adolescents, especially in regard to the effects that the courts should expect at the time of definition and imposition of the sanction, which will later be institutionally enforced. The prioritization of a commitment to the social insertion of adolescents, whilst maintaining their freedom, as well as the criterion of brevity of the internment measure, established in the International Convention on the Rights of the Child, together with the possibility for early release granted by the Beijing Rules, oblige countries that have ratified such documents to adopt greater risks, supporting possibilities for the maintenance of adolescent offenders in liberty rather than in institutions.

PALAVRAS-CHAVE: Adolescentes. Medidas Socioeducativas. Teorias da Pena. Progressão.

KEYWORDS: Adolescents. Socio-educative Measures. Penalty Theories. Progression.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Propósitos de sanções penais para adolescentes e especificidade dos objetivos no momento da execução das medidas socioeducativas. 1.1 Fins das medidas socioeducativas destinadas aos adolescentes: Validade dos efeitos da punição do direito penal geral. 1.2 Ênfase especial na prevenção especial positiva. 1.3 Ênfase particular na

* Doutor em Direito pela Universidade de Sevilha Espanha. Professor da Universidade Diego Portales, Chile.

** Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Professora dos Programas de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e da UniRitter, Rio Grande do Sul.

prevenção especial positiva na fase de execução das medidas socioeducativas - Necessidade de uma “ponderação diferenciada”. 1.4 O papel limitador que corresponde aos interesses preventivos-gerais (e à ‘seguridade coletiva’), também na fase de execução. 1.5 Necessários sacrifícios aos interesses de preventivo-geral (e de segurança da coletividade), fundados em maior peso relativo da prevenção especial positiva durante a execução. 1.6 Ressocialização e legitimação do estado para uma educação coativa. 2 Questões interpretativas básicas plantadas pela faculdade judicial de substituição e término antecipado das sanções penais de adolescentes. 2.1 Prevenção especial positiva, prevenção geral e retribuição nas decisões sobre substituição. Perspectivas oferecidas pelo direito comparado. 2.2 Critérios preventivo-especiais relevantes para as decisões de substituição e término antecipado de penas. 3 Direito internacional. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

As normativas internacionais direito da infância e adolescência traduzem-se - especialmente no caso de algumas legislações comparadas neste trabalho analisadas - em regras específicas que consagram tanto a excepcionalidade da privação de liberdade como a faculdade judicial que permite antecipar a finalização da execução das sanções privativas de liberdade já impostas, remetendo seu saldo, ou substituindo-as por outras medidas não privativas de liberdade.

Neste artigo realiza-se uma análise da temática a partir do direito comparado que mais influencia o processo de reforma da justiça juvenil na América Latina, buscando-se identificar como foram resolvidas em tais países as tensões, bem como quais critérios que devem reger o exercício do poder dos tribunais para substituir ou determinar a antecipada das medidas privativas de liberdade durante a execução.

Essa temática, no entanto, remete-nos à análise de quais são os objetivos e limites que se deve ter em conta na aplicação de sanções, e como relacioná-los com o propósito de sanções penais voltadas a adolescentes, especialmente quanto aos efeitos que os tribunais devem levar em conta quando se impõe a sanção, que mais tarde será executada.

No direito comparado as leis penais de adolescentes contemplam, em regra, um poder discricionário mais amplo aos Tribunais, comparando-se, nos mesmos contextos, ao que está disposto nas leis penais adultas. Tal liberalidade da execução judicial refere-se à possibilidade de avaliação das medidas socioeducativas em execução, contemplando-se a possibilidade de extinção antecipada, nos casos em que previamente determinadas, ou de liberalidade na execução, nas hipóteses em que não são definidas previamente quanto ao tempo.

Assim, o juiz responsável pela execução judicial das medidas socioeducativas pode extingui-las ou substituí-las por medidas não privativas de liberdade. A discricionariedade prevista responde às preocupações, de redução dos danos no desenvolvimento dos adolescentes

diante do tempo excessivo de encarceramento. A substituição de prisão por sanções alternativas geralmente favorece a integração social dos adolescentes.

1 PROPÓSITOS DE SANÇÕES PENAIS PARA ADOLESCENTES E ESPECIFICIDADE DOS OBJETIVOS NO MOMENTO DA EXECUÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

A reconstrução dogmática dos critérios que devem reger a decisão judicial para substituir ou extinguir medidas privativas de liberdade de adolescentes requer que se considere, em geral, os fins ou objetivos das medidas socioeducativas destinadas aos adolescentes e, em particular, os propósitos da execução de tais sanções. No caso desta última, examina-se se tem alguma especificidade relacionada ao momento (de execução e não de imposição), em que é tomada a decisão. A discussão sobre esses propósitos, e suas especificidades, é enriquecida ao levar-se em conta o tratamento dado à matéria nos países que mais influenciaram a legislação latino-americana.

7

1.1 Fins das Medidas Socioeducativas Destinadas aos Adolescentes: Validade dos Efeitos da Punição do Direito Penal Geral

Não será realizada uma revisão completa da teoria dos efeitos da punição penal e sua aplicação no campo do direito penal dos adolescentes. Em outros momentos, aprofundou-se a questão (COUSO; 1999, 2006 e 2006)¹ e se observou que em várias legislações vigentes a prevenção geral e a prevenção especial, como fundamentos do direito penal predicado (positivo²), em geral, também têm efeito no campo na Lei penal voltada para adolescentes, especialmente no caso de penas privativas de liberdade, um campo em que ambos os fins estão em tensão.

¹ No direito comparado, especialmente sobre a influência da prevenção geral – junto à prevenção especial positiva – na determinação das sanções penais de adolescentes, cfr., por exemplo, STROBEL, *Verhängung*, pp. 34 e ss. (para o caso alemão) e CRUZ MÁRQUEZ, *Educación*, pp. 142 y ss.

² Como é sabido, a classificação dos efeitos da punição é comum no direito penal hispano-germânico distingue entre a prevenção especial "positiva" (referindo-se à reabilitação, integração social, integração social, etc.) e a prevenção especial negativa (incapacitação ou intimidação individual). Daí em diante, quando se tratará "prevenção especial", sem mencionar expressamente a "prevenção especial negativa", por ser mais relevante no sistema de fins de punição no direito penal em geral, especialmente no direito penal voltado aos adolescentes.

Além disso, também no quadro do direito penal dos adolescentes e na legislação penal aplicável aos adultos, alguns autores e decisões judiciais argumentam a validade do princípio retributivo, segundo o qual a sanção deve ser proporcional à gravidade do injusto penal praticado, uma perspectiva que também entra em tensão com a prevenção especial positiva. Na prática, os princípios retributivo e de prevenção geral positiva desempenham papéis semelhantes: servem como justificativa para estabelecer uma intervenção mais severa do que seria indicado desde a perspectiva da prevenção especial³. Fundamentalmente, portanto, neste artigo irá ser referida apenas a prevenção geral, em oposição à prevenção especial, pois esse tende a representar os argumentos mais significativos de exigência de sanções severas proporcionais à gravidade do injusto penal culpável, cometido pelos adolescentes.

Finalmente, tanto a lei penal aplicável aos adolescentes, como a normativa voltada aos adultos, ocasionalmente, faz alusão aos fins da prevenção especial referindo-se a efeitos negativos de prevenção especial negativa (inutilização do infrator perigoso⁴). Esta finalidade da pena não tem lugar como critério independente.

Assim, na prática, como no direito penal aplicável aos adultos, no direito penal de adolescentes apelar para efeitos de punição como critérios de decisão judicial da pena a ser imposta significa considerar os critérios de prevenção especial positiva por um lado e, por outro lado, leva-se em conta a demanda por uma penalidade proporcional à gravidade do injusto cometido. Quando se trata de decisões de controle de execução, tais como a concessão de medidas de "relaxamento" de execução, poder-se-ia discutir se há um novo propósito a ser incorporado. Em decisões em sentido contrário, por vezes estão presentes critérios de prevenção especial negativa, ao se referir a um efeito de incapacitação, ou seja, o cancelamento temporário do potencial criminoso do condenado ao cumprir a maior parte do tempo da medida privativo de liberdade, sem libertação antecipada.

³ Com base na prevenção geral, poderia ser necessária uma penalidade maior, do que a punição retributiva ajustada à culpa do autor; isso porque o princípio da culpabilidade é concebido como um limite que deve ser respeitado para impor a pena orientada pela prevenção geral. No entanto, o resultado é semelhante ao que vem sob o fundamento do princípio retributivo. Apenas será diferente em casos (raros) em que a necessidade de prevenção geral decaia (por exemplo, no caso de *naturalis poena*, ou uma medida de satisfação da vítima), sendo desnecessária uma pena que o próprio princípio retributivo exigiria.

⁴ Neste ponto não se utiliza prevenção especial negativa da "intimidação individual", que poderia argumentar-se, visto que é intrínseco à praticamente toda a pena, tanto de adolescentes, como de maiores de idade. Por isso, daqui em diante quando for referido "prevenção especial negativa", está-se referindo realmente ao efeito de inutilização ou incapacidade individual.

O direito internacional aplicável à matéria não emprega geralmente a nomenclatura da teoria dos efeitos da pena, própria do direito penal continental, mas reconhece claramente que na determinação judicial de sanções penais para adolescentes interessa tanto a reintegração social do adolescente como a imposição de uma punição proporcional à gravidade do fato, o que, para as teorias dos fins da pena são chamados de prevenção geral e prevenção especial positivas. Encontra-se, outrossim, uma referência mais genérica às "necessidades da sociedade", que poderiam ser entendidas (se fosse compatível com outros princípios do mesmo nível ou superior), também referentes ao fim da prevenção especial negativa (em conjunto com a prevenção geral). Por exemplo, as Regras de Beijing⁵ dispõem, na Regra 17.1 a), que: "A resposta dada ao crime será sempre proporcional, não só às circunstâncias e a gravidade da infração, mas também às circunstâncias e necessidades do menor e às necessidades da sociedade".

No Comentário oficial da mesma norma, é esclarecido que as Regras não se destinam a resolver conflitos de justiça juvenil entre:

- a) Reabilitação e justo merecido; b) Assistência frente à repressão e punição; c) A reação de acordo com as circunstâncias específicas de cada caso, em relação à resposta de acordo com a proteção da sociedade em geral; d) A dissuasão de caráter geral, frente à incapacidade individual.⁶

Nota-se que ao tratar-se acerca da "dualidade" dos fins, esconde-se que a prevenção especial positiva e, mais especificamente, a reabilitação do agressor é também uma forma de proteger a sociedade frente aos delitos dos adolescentes. Esta questão será analisada em conexão com uma decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão. Em qualquer caso, os efeitos de prevenção especial positiva para a sociedade são suscetíveis de materialização em médio ou longo prazos. Outras finalidades, mais imediatas, preocupadas em prevenir o crime ou em restaurar a confiança na lei para a população (como o efeito preventivo geral positivo e

⁵ Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores, adotadas pela Assembleia Geral em sua resolução 40/33, de 28 de novembro de 1985.

⁶ De forma similar, é reconhecida esta dualidade de propósito na única decisão tomada pelo Tribunal Constitucional do Chile sobre a finalidade da sanção na LRPA (Rol 786-2007, considerando vigésimo terceiro), quando se refere ao "equilíbrio necessário que deve existir entre a tentativa de reabilitar o condenado e a necessidade de proteger a sociedade contra o comportamento criminoso dos adolescentes", mas sem examinar se as condições de equilíbrio variam na fase de execução e sem analisar - pois não foi objeto do assunto - as regras da LRPA que, em matéria de execução, controlam, com especial atenção os critérios de prevenção especial positiva (como no Art. 53, relativo aos critérios para substituição das sanções). Estas características, como se verá, são fundamentais para analisar os critérios que devem reger as decisões judiciais sobre substituição ou cessação antecipada da sanção.

negativo ou, quando aplicável, o efeito de incapacitação), aparecem na discussão teórica como fins mais imediatamente a serviço da sociedade, frente à reabilitação que, no futuro imediato aparecem mais imediatamente a favor dos adolescentes.

1.2 Ênfase Especial na Prevenção Especial Positiva

Face ao exposto, não é quanto aos fins do direito penal e no campo das tensões entre ambos que estão as diferenças entre o direito penal aplicável aos adolescentes e o dos adultos. A diferença reside na ênfase que no primeiro é dada à prevenção especial positiva, ou seja, no sentido da intervenção penal (ou não), que busca proporcionar ao sujeito ferramentas para que ele tenha uma vida futura sem crime e para evitar que, como consequência da intervenção penal sejam aumentadas as chances do sujeito continuar a atividade criminosa no futuro (COUSO, 2006). Essa ênfase torna-se um princípio vinculante para o Chile (e também na legislação brasileira) por efeito do Art. 40.1 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (CDC), que reconhece:

(...) o direito de toda criança (...) que for considerado culpado de violar as leis [penais] deve ser tratado de forma (...) em que seja levada em conta a idade da criança e a importância de promover a reintegração da criança para que assuma um papel construtivo na sociedade.

A ideia de maior ênfase aos efeitos de ponderação (COUSO, 2009) explicita-se melhor na norma 17 das Regras de Beijing:

(...) os enfoques estritamente punitivos não são adequados. Assim como nos delitos dos adultos, é possível também nos casos de delitos graves cometidos por menores, ter certo fundamento a ideia de aplicação da medida justa e merecida e da sanção retributiva, nos casos de menores sempre terá mais peso o interesse por garantir o bem-estar e o futuro do jovem.

1.3 Ênfase Particular na Prevenção Especial Positiva na Fase de Execução das Medidas Socioeducativas - Necessidade de uma “Ponderação Diferenciada”

Embora presente no Direito Penal em geral, a prevenção especial positiva adquire ênfase especial na fase de execução penal, na medida em que os fins de prevenção geral (retributivo) tem menos importância. Assim explica Roxin:

O significado da prevenção geral, e também da prevenção especial, acentua-se de forma diferenciada no momento de aplicação do Direito Penal. Em primeiro lugar, o fim da comunicação penal é de pura prevenção geral. Por outro lado, na imposição da pena, na sentença, há que se ter em consideração, na mesma medida, as necessidades preventivas especiais e gerais... Por último, na execução da pena, passa totalmente para o primeiro plano a prevenção especial, como também está expresso no manifesto § 2 StVollzG, que só menciona a (re)ssocialização, como fim da execução. Porém, isso não pode ser interpretado no sentido dos fins da pena nos diferentes estágios de aplicação do Direito Penal, permitindo dividir-se com uma nítida separação. Não se trata de uma tangente distinção por fases, mas de uma ponderação diferenciada. (ROXIN, 1997).

Assim, o Direito Penal de adolescentes não deve considerar a afirmação de que na imposição da pena, as necessidades preventivas especiais e gerais devem ser consideradas “na mesma medida”, pois as primeiras têm maior peso (Roxin afirma isso no caso dos adultos também, visto que a ressocialização na Alemanha é um imperativo constitucional) (ROXIN, 1997). Deve se entender do mesmo modo o campo da execução penal dos adolescentes: na hora de realizar uma ponderação entre ambos os fins, durante a execução penal, a prevenção especial positiva adquire ainda maior importância frente à prevenção geral.

Como se verá ao analisar os critérios das decisões que sustentam sanções, os instrumentos internacionais sobre os direitos das crianças confirmam a importância que adquire a prevenção especial positiva na fase da execução das sanções penais de adolescentes. Desde já é possível levar em consideração a Regra 28.1 das regras de Beijing, que afirma: "A autoridade pertinente recorrerá em maior medida à liberdade condicional e a concederá sempre que possível".

Em sede do controle da execução das sanções, tem-se o comentário oficial à regra 17 das regras de Beijing “nos casos de menores sempre terá mais peso o interesse em garantir o bem-estar e o futuro do jovem”.

1.4 O Papel Limitador que Corresponde aos Interesses Preventivos-gerais (e à ‘Seguridade Coletiva’), também na Fase de Execução

Durante a fase da execução da pena, a prevenção especial positiva passa a um primeiro plano e a prevenção geral a um segundo plano. Porém, a prevenção geral não deixa de ter uma relevância nesta fase de aplicação do Direito Penal. A este respeito, o próprio Roxin afirmou “ (...) Não se trata de uma tangente distinção por fases, mas uma ponderação diferenciada” e (...)



"Pues si la conminación penal debe conservar su función motivadora, la ejecución tampoco puede perder totalmente el efecto preventivo general (...) "⁷ (ROXIN, 1997).

Por meio dos “condicionamentos” no contexto criminal, o legislador busca produzir efeitos de prevenção geral (ameaça de punição prescrita para os respectivos delitos) ou conservar sua função motivadora, nas palavras de Roxin. A suposição implícita é de que uma medida de “relaxamento” na aplicação efetiva da pena, que reduz o tempo dos condenados privados de liberdade, produz o risco de perda da função motivadora (intimidação) da aplicação da pena. Assim, na fase de execução, momento em que a prioridade é a reintegração social do condenado⁸ tem-se como limite à necessidade de prevenção geral para reservar, em certa medida, a função motivadora da ameaça de punição. Mas isso “até certo ponto”, porque vê-se um certo sacrifício do interesse preventivo do legislador, que estaria melhor servido com o pleno cumprimento da pena imposta pela sentença, no quadro fixado pelo legislador.

Essa é uma expressão “preventivo general mínimo” que deve ser preservada quando, em conformidade com o mandato constitucional da ressocialização, contempla em alguma medida interesses do legislador (ROXIN, 1997).

No entanto, é preciso considerar a declaração de Roxin de que na execução criminal “no debe pretender conseguirlo aquí expresamente, pero debe estar garantizado mediante los condicionamientos en su marco”⁹. Logo, pode ser interpretado como a tarefa do legislador, não do juiz, garantir o “mínimo geral-preventivo”, por meio da introdução de restrições (legais) à possibilidade de diminuir consideravelmente o tempo de aplicação efetivo do interesse da reintegração social.

O projeto da Lei de Justiça Juvenil alemão (Jugendgerichtsgesetz) é compatível com a ideia, uma vez que prevê expressamente tais restrições. No parágrafo 88 exige-se, como condição para a suspensão do período de prova do restante da pena juvenil (privativa de liberdade), que se tenha cumprido no mínimo um tempo de execução equivalente geralmente a 1/3 da medida imposta pela decisão (regra aplicável a todas as penas de mais de um ano), não podendo ser inferior a seis meses, salvo casos excepcionais.

⁷ “Porque, se a aplicação da pena deve manter a sua função motivadora, a execução não pode perder completamente o efeito preventivo general (...)”. (Tradução nossa).

⁸ “[A]penas si puede imaginarse un caso en que una privación de libertad de más larga duración podría favorecer el desarrollo de un joven”, conclui ALBRECHT, *Jugendstrafrecht*, p. 267 ao examinar os fins da pena que fundamentam a decisão de conceder ou não a suspensão da pena juvenil condicionada.

⁹ “não se deve pretender conseguir na execução, especificamente, mas deve ser garantida pelas restrições no marco legal.” (tradução livre).

A doutrina sublinha que esse tempo mínimo é inferior ao que se aplica aos adultos (2/3 da pena, nos termos do § 57 do Código Penal alemão - StGB), uma diferença que tem como justificativa "(...) a adolescência está sujeita a um princípio especial de proteção, de modo a que precisamente se requer tratamento desigual para adolescente", ou argumenta que no direito penal dos adolescentes os interesses defendidos pelo princípio retributivo (que inspiraria regra 2/3, StGB) "devem ser ponderados com os requisitos educacionais que devem ser sempre considerados como uma prioridade".¹⁰

Mas o que ocorre quando o legislador não estabeleceu restrições formais ao poder do juiz de decretar medidas para a liberdade antecipada? Há duas maneiras de responder a essa pergunta. Em primeiro lugar, é preciso compreender que em tais casos o legislador não está preocupado com a prevenção geral (renúncia antecipadamente a quase qualquer efeito preventivo geral), mas puramente interessado em reintegração social. A segunda maneira é argumentar que, nesses casos, o legislador delega ao juiz, que tem a faculdade (não a obrigação) de conceder a liberdade antecipada, ponderando entre o interesse reintegração social e a preservação de um efeito preventivo general mínimo.

Se em um determinado sistema jurídico, é possível impor uma pena de prisão apenas em resposta a fins preventivos e especiais positivas, sem o legislador estabelecer restrições formais (um mínimo de cumprimento efetivo) para a concessão de "benefícios" na sede execução penal, então é perfeitamente coerente em um sistema deste tipo o que seja reconhecidos aos tribunais para o poder para modificar a sentença, ou executá-las considerando as considerações puras de prevenção especial positiva. No entanto, em outro sistema jurídico, se a imposição de uma pena responder necessariamente aos interesses de prevenção geral, o tribunal que impôs essa punição deve considerar a "gravidade do ato" e o interesse na reintegração social do adolescente, em complemento. Não pode, razoavelmente, ignorar completamente o interesse em preservar o efeito minimamente negativo de prevenção geral.

Ademais, é preciso destacar que o "mínimo preventivogeral" é, em sede de execução, menor que o mínimo a preservar em sede de imposição judicial da pena, pois já no plano da eficácia preventivo-geral negativa da pena, a severidade com a qual deve a pena ser encarada no momento da condenação não é a mesma da pena "efetivamente cumprida". De fato, empiricamente havia mais indícios de que as medidas de diminuição moderada das penas em

¹⁰ EISENBERG, Jugendgerichtsgesetz, que destaca que deva-se levar em consideração a prevenção geral.

sede de execução de penas não afetam a eficácia dissuasiva das liminares (e das condenações). No entanto, mais além, mesmo descontando essa diferença, se alguma consequência houver, é o fato de que em sede de execução da prevenção especial positiva – nas palavras de Roxin – “passa totalmente ao primeiro plano”, traduzindo-se em uma “ponderação diferenciada”, é justamente que o “mínimo preventivo-geral”, a favor do qual se justificaria o relativo sacrifício dos interesses de reintegração social, é de menor importância que as que se deve reconhecer ao dito “mínimo” em sede de imposição da condenação.

Mas como se verá mais adiante, também é fundamental advertir neste lugar, que não se pode ‘importar’ a tese do “mínimo preventivo-geral” do direito penal geral e aplicá-la sem mais ao Direito penal de adolescentes. É preciso reconhecer o princípio primordial no direito internacional dos direitos humanos aplicáveis aos menores de idade que, em todas as fases do sistema penal, atribui uma importância reforçada à prevenção especial positiva, maior que a importância que o Direito Penal geral atribui a esta finalidade.

Por último, vale a pena esclarecer que quando o Direito penal juvenil alemão se alude aos limites que, em sede de controle da execução, devem opor-se ao objetivo da reinserção ou integração social do adolescente condenado, não apenas se trata de considerações relativas ao “mínimo preventivo-geral”, mas também em ocasiões, de considerações mais bem relacionadas com a prevenção especial negativa, ou seja, a necessidade de manter o adolescente durante mais tempo internado (evitando sua liberdade cedo), quando há certos riscos de que imediatamente voltariam a delinquir. No entanto, essas considerações - igualmente referidas ao “mínimo preventivo-geral” - não podem ter o mesmo peso que as razões a favor de buscar a inserção do adolescente no meio livre o antes possível.

1.5 Necessários Sacrifícios aos Interesses de Preventivo-geral (e de Segurança da Coletividade), Fundados em Maior Peso Relativo da Prevenção Especial Positiva Durante a Execução

A decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão (BverfG), datada de 31 de maio de 2006, refere-se especificamente à questão do fundamento legal e dos fins da execução das penas (privativas de liberdade) de adolescentes, assim como os critérios para as decisões

legislativas, judiciais e administrativas sobre execução de sanções penais de adolescentes¹¹ é extremamente ilustrativa. O BverfG pronuncia-se sobre o peso que deve existir sobre a execução das penas (privativas de liberdade) de adolescentes, corresponde à (re)integração social e interesses de proteção social. Ademais, caso a execução da sanção privativa de liberdade tenha uma finalidade de prevenção especial negativa, de tipo preventivo, proporciona segurança à sociedade de que o adolescente não cometerá delitos durante a execução da pena privativa.

A doutrina alemã tem chamado a atenção sobre a tese jurisprudencial do BverfG, no sentido de que o único fim da execução penitenciária de adolescentes é a “integração social” (Integrationsziel), e que o dever de proteção da segurança dos cidadãos não é um fim equivalente, senão mais uma tarefa que alcança precisamente através da busca consistente da integração social para o adolescente condenado – único fim da execução – e não, pelo contrário “pondo supostamente ao serviço da segurança coletiva conceitos de confinamento orientados de forma prejudicial para a ressocialização”; por isso o fim da “ressocialização” (Resozialisierung) derivaria tanto dos princípios constitucionais que atendem ao interesse do adolescente condenado (dever de respeitar sua dignidade humana e princípio de proporcionalidade), quanto ao próprio dever estatal de proteger a segurança de todos os cidadãos.

Isso teria consequências imediatas para as decisões concretas dos tribunais nas medidas de “relaxamento” (Lockerungen) da privação de liberdade (saídas esporádicas e periódicas), necessárias para a ressocialização, as quais devem ser ponderadas com o risco de abusos¹², ponderação sobre a qual deveria ter precedência, a princípio, o interesse na ressocialização,

¹¹ Ver DÜNKEL, Frieder; GENG, Bernd, Jugendstrafvollzug in Deutschland – aktuelle rechtstatsächliche Befunde. In: GOERDELER; WALKENHORST (Orgs.). Jugendstrafvollzug in Deutschland. Neue Gesetze, neue Strukturen, neue Praxis?, Forum Verlag Godesberg Mönchengladbach, Alemanha, 2007, pp. 15-54; GOERDELER, Jochen; POLLÄHNE, Helmut, “Das Urteil des Bundesverfassungsgericht vom 31. Mai 2006 als Prüfmaßstab für die neuen (Jugend-) Strafvollzugsgesetze der Länder. In: GOERDELER; WALKENHORST (Orgs.), Jugendstrafvollzug in Deutschland. Neue Gesetze, neue Strukturen, neue Praxis?, Forum Verlag Godesberg Mönchengladbach, Alemanha, 2007, pp. 55-76; SONNEN, Bernd-Rüdeger, Gesetzliche Regelungen zum Jugendstrafvollzug auf dem Prüfstand, In: GOERDELER; WALKENHORST (Orgs.), Jugendstrafvollzug in Deutschland. Neue Gesetze, neue Strukturen, neue Praxis?, Forum Verlag Godesberg Mönchengladbach, Alemanha, 2007, pp.77-99; OSTENDORF, Heribert. Das Ziel des Jugendstrafvollzugs nach zukünftigem Recht. In: GOERDELER; WALKENHORST (Orgs.), Jugendstrafvollzug in Deutschland. Neue Gesetze, neue Strukturen, neue Praxis?. Forum Verlag Godesberg Mönchengladbach. Alemanha. 2007, pp. 100-111. Sobre isso, ver bibliografia supra citada, Capítulo V, “La especialidad del derecho penal (sustantivo)(...)”.

¹² GOERDELER; POLLÄHNE, p. 60.

embora a execução penitenciária, neste tipo de decisões, “também deve considerar os legítimos interesses da coletividade”.¹³

Em contrapartida, vários dos projetos de lei de execução penal de adolescentes preparados pelos *Länder* (estados federados alemães)¹⁴, situaram a proteção da segurança da coletividade como um segundo fim, em seu caso, no mesmo nível que o da ressocialização, tal como o que destaca criticamente Ostendorf¹⁵, fazendo notar um contraste desta visão com a concepção do BVerfG, para o qual há apenas um fim da execução, a ressocialização, que também interessa para a segurança da coletividade.

Cabe enfatizar que desse esclarecimento realizado por Ostendorf deriva-se uma concepção de segurança da coletividade associada não primariamente à prevenção geral, senão mais precisamente à prevenção especial negativa: o fim da inexecução do condenado através de sua reclusão. Ao tratar sobre os critérios para decidir a substituição da sanção, será referido, em particular, o papel que a “periculosidade delitiva” indiretamente poderia ter na adoção dessa decisão, destacando que isso não implica um reconhecimento da prevenção especial negativa como fim da execução. Em todo caso, qualquer seja o papel que se assinale, a decisão é na direção do interesse de evitar que o adolescente liberado preventivamente por meio de uma medida de “relaxamento” cometa novos delitos. Relevante aqui é destacar que, na opinião de Ostendorf – para quem a proteção desse interesse é uma tarefa do Estado na execução –, trata-se de um interesse subordinado à missão de execução penal do adolescente: a integração social dele quando em liberdade.

Na verdade, nas decisões relativas a essas medidas de relaxamento da privação de liberdade, assim como de concessão das “férias” (em liberdade) e das medidas de liberdade condicional, a consideração dos possíveis perigos (para a segurança coletiva) devem ser levadas em conta, mas não chegam ao ponto de se ponderar com a função ressocializadora como fins de igual valor, pois se aquelas decisões são reconhecidamente elementos importantes para a ressocialização, então essas medidas correspondem-se com o fim da execução penal, que inclui dentro de si a tomada de riscos responsáveis e defensíveis (riscos para a segurança coletiva);¹⁶

¹³ GOERDELER; POLLÄHNE, p. 61.

¹⁴ Em cumprimento da exigência que a sentença do BVerfG impôs aos *Länder* (competentes, desde a reforma ao federalismo do mesmo ano 2006, para legislar sobre a execução penal de adultos e dos adolescentes), de promulgar leis de execução penal de adolescentes autônomas, que deviam estar vigentes ao mais tardar no dia 1º de janeiro de 2008, obrigação com a qual efetivamente cumpriram.

¹⁵ OSTENDORF, *op cit.* p. 109.

¹⁶ OSTENDORF, *op cit.* p. 110.

por isso, a formulação de um fim autônomo de proteção da segurança da coletividade oculta ao verdadeiro fim da ressocialização.

No direito internacional dos direitos humanos aplicáveis à justiça penal juvenil, sem chegar a se distinguir em detalhes entre os diversos interesses em jogo, reitera-se esse princípio que exige arriscar em favor da inserção social em liberdade. Assim, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a administração da Justiça de Menores (‘Regras de Beijing’), de 1985, dispõem, em sua Regra 29: “[I]a autoridad pertinente recurrirá **en la mayor medida posible** a la libertad condicional y la concederá **tan pronto como sea posible**” (grifo nosso)¹⁷

1.6 Ressocialização e Legitimação do Estado para uma Educação Coativa

Uma última questão teórica relevante sobre os fins das sanções penais de adolescentes em sede de execução refere-se à legitimidade do Estado para impor o cumprimento forçado dos programas orientados à ressocialização ou integração social, ou se isso choca com a autonomia moral do condenado (adolescente que na internação, na maioria dos casos já se tornou adulto). Relacionada com essa questão está o fato de o condenado estar obrigado a cooperar com sua ressocialização e se é possível sancioná-lo por não o fazer. Ou seja, é relevante refletir o quanto é possível pedir ao adolescente uma aceitação interna do castigo e do tratamento em geral, o que seria demonstrado por meio da “boa atuação” dele, ou se apenas podem obrigar-se ao cumprimento exterior (ainda que por razões táticas) de deveres específicos, sem exigência de uma “adesão” ao plano de intervenção individual.

A esse respeito convém recordar que uma das objeções apresentadas no Direito penal geral contrária às sanções (re)socializadoras alude a um déficit de legitimidade. Para Kant, a pena privativa, em geral, que utilizava o condenado como um meio para fins além dele mesmo, representava uma lesão da dignidade humana. Essa objeção foi plantada especialmente para a pena preventivo-especial, que ademais, em certa forma se direciona a modificar a personalidade do indivíduo por meio da força. A jurisprudência constitucional alemã, reconhecendo essa objeção, nega que o Estado tenha a missão de ‘melhorar os cidadãos’ (ROXIN, 1997). É certo que, tradicionalmente, admite-se que com os menores de idade seriam legítimos os tratamentos

¹⁷ A autoridade pertinente recorrerá em maior medida possível à liberdade condicional e concederá sempre que for possível” (Tradução nossa).

não consentidos no campo do direito penal para os adultos¹⁸, mas também é certo que esse ponto de vista é anterior ao desenvolvimento da doutrina dos direitos das crianças, como um sujeito de direito ao que deve se reconhecer a mesma dignidade e autonomia moral que os adultos.

A resposta à questão fundamentada na obrigação do Estado de educar os adolescentes é insustentável, pois tenta colocar no mesmo lugar o conceito de educação, no sentido da pedagogia, e da “educação através da pena” que impera no Direito penal dos adolescentes, sendo que ambas noções, desde o ponto de vista filosófico, estão em pontos opostos (ALBRECHT, 2000).

Caso admitida a questão da pena preventivo-especial o problema constitucional que afeta aos menores de idade não tem nada a ver com o direito à educação, senão com o direito à autonomia moral, à dignidade e o livre desenvolvimento de personalidade. Portanto, a questão de consentimento do adolescente em tratamento (re)educador e (re)socializador torna-se uma exigência fundamental, tal como o é para o condenado adulto (ROXIN, 1997).

Ademais, essa é a concepção que mais recentemente – também com a citada sentença do BVerfG de 31 de maio de 2006 – esteve presente na matéria de execução penal dos adolescentes submetidos à Lei Judicial Juvenil alemã, cuja missão já não seria alcançar compulsivamente uma educação do adolescente para uma “vida direita e com consciência de sua responsabilidade”, senão apenas lhe oferecer apoio para melhorar suas possibilidades de levar no futuro uma vida sem delitos”.¹⁹

2 QUESTÕES INTERPRETATIVAS BÁSICAS PLANTADAS PELA FACULDADE JUDICIAL DE SUBSTITUIÇÃO E TÉRMINO ANTECIPADO DAS SANÇÕES PENAS DE ADOLESCENTES

O tratamento oferecido acerca da forma em que os fins das sanções penais devem ser levados em conta na fase de execução das sanções, em sede de controle judicial das mesmas, serve de base para examinar algumas das questões interpretativas mais relevantes que podem

¹⁸ É significativo o fato de que o Tribunal Constitucional Federal Alemão, em respeito da pena preventivo-especial, expressamente proibiu a educação compulsiva “en la medida que afecte el núcleo intangible de la personalidad de un adulto” (em ROXIN, Derecho Penal). Porém, como se verá, a própria jurisprudência do BVerfG e da doutrina alemão têm restringido severamente os alcances da intervenção preventivo-especial do Estado sobre os adolescentes (OSTENDORF, pp. 100, 110-111).

¹⁹ OSTENDORF, pp. 100, 110-111.

representar as faculdades judiciais de substituição e término antecipado dessas sanções, sobretudo as privativas de liberdade. Nesta seção abordar-se-á essa análise.

2.1 Prevenção especial positiva, prevenção geral e retribuição nas decisões sobre substituição. Perspectivas oferecidas pelo direito comparado

Diante do exposto na seção anterior, pode depreender-se que a decisões de substituição de sanções de internação ou de “relaxamento” da forma de execução, adotadas em sede de controle da execução, perseguem um objetivo de prevenção especial positiva (ou de redução dos efeitos dessocializantes), mas reconhecem como limite a necessidade de assegurar um mínimo de “retribuição”, ou um mínimo efeito preventivo-geral, geralmente através do estabelecimento, já pelo próprio legislador, da exigência de um determinado tempo ou porção do cumprimento, antes que se possa recorrer àquelas medidas²⁰. Um breve exame do direito comparado pode resolver, em sede de substituição de sanções, o conflito entre interesses preventivo-gerais (ou retributivos) e preventivo-especiais.

Na Alemanha, no §88 da Lei de Tribunais Juvenis (JGG) alemã, cumpridos certos pressupostos, permite-se a suspensão da pena remanescente, que poderia comparar-se à substituição de uma sanção de internação em regime fechado por uma de liberdade assistida (que, igualmente àquela, submete o condenado a certas condições de controle). Um desses pressupostos é precisamente que se tenha cumprido com um tempo (seis meses) e uma fração (um terço) da pena imposta pela condenação. Se nessa condição – que para Roxin seria expressão da exigência de um “mínimo preventivo-geral” – pode ver-se a exigência de um “mínimo de retribuição”²¹, em qualquer caso, é uma exigência proporcionalmente inferior à que rege para a suspensão do resto da pena da sentença aplicável aos maiores de idade (dois terços, calculados sobre penas que ademais há são mais extensas que as dos adolescentes), o que dá conta de que os interesses defendidos pelo princípio retributivo “devem ponderar-se com exigências educativas que sempre devem ser consideradas de forma prioritária”,²² o de que “a

²⁰ No caso da legislação brasileira, não há limite temporal como requisito estabelecido em Lei, para a substituição de uma medida de internação por uma medida em meio aberto. Porém, observa-se que na prática do processo de execução muitos juizes consideram tempos mínimos que consideram proporcionais para a execução nomeio fechado, com maior ou menor atenção aos objetivos individuais das medidas socioeducativas, estabelecidos no plano individual de atendimento.

²¹ Como parece o fazer EISENBERG, *Jugendgerichtsgesetz*.

²² EISENBERG, *Jugendgerichtsgesetz*.

fase de desenvolvimento da adolescência está sujeita a um especial princípio de proteção, de modo que precisamente exige um tratamento desigual *a favor* do adolescente²³ (ALBRECHT, 2000).

Cumpridos esses limites mínimos de execução, a suspensão da pena remanescente aplica-se, de acordo com o § 88 da JG, quando essa medida “pode ser justificada em atenção ao desenvolvimento do adolescente, tendo em conta também os interesses de segurança da coletividade”. A doutrina alemã entende majoritariamente que esse último critério de decisão implica uma valoração do perigo de que o condenado, uma vez posto em liberdade, siga cometendo delitos, o que faz alusão a um certo fim de prevenção especial negativa, da execução penitenciária.

Sem prejuízo dessa interpretação majoritária, a apelação aos “interesses de segurança da coletividade” tem sido entendida também de forma minoritária, como uma justificativa para que o juiz alemão rechace, em certos casos, a suspensão do remanescente da pena, ainda quando já se tenha cumprido o prazo (e a fração) mínima de execução, “a partir do princípio de compensação da culpabilidade, no caso de penas que foram impostas à causa da gravidade da culpabilidade”²⁴. Uma expressão extrema dessa tese está representada por certa tendência dos tribunais a exigir 2/3 do cumprimento (supostamente por razões retributivas), tratando na prática os adolescentes como os adultos, o que precisamente tem sido criticado pela doutrina que destaca como a menor culpabilidade do adolescente, ou a necessidade de externalizar os resguardos preventivo-especiais em seu favor, justificando que a suspensão da pena remanescente do JGG se conceda, em princípio, cumprido apenas 1/3 da pena²⁵. Para além desse limite, “apenas nos casos extremos” poderia-se rechaçar, por razões retributivas, uma

²³ Nesse documento Jaime Couso traduz *Jugendliche* como “adolescente” considerando que, desde o ponto de vista normativo, o sujeito designado por ambos termos é o mesmo, respectivamente, na JGG alemã e na LRPA chilena (o maior de 14 e menor de 18 anos, ao quem se aplica um direito penal especial), ou no sistema brasileiro (maiores de 12 e menores de 18 anos). Em contrapartida, à JGG não denomino “Ley de Tribunales de Adolescentes”, pois sua identificação como “Ley de Tribunales Juveniles” já é algo conhecido entre nós (embora na Espanha também seja designada como “Ley de Tribunales de Menores”, o que é coerente com a nomenclatura empregada nesse país). O próprio justifica que se conserve a denominação de “pena juvenil” (e não se fale de “pena de adolescentes”) para a *Jugendstrafe*.

²⁴ BRUNNER; DOLLING, citados em ALBRECHT, *Jugendstrafrecht*, p. 268.

²⁵ ALBRECHT, *Jugendstrafrecht*, p. 269; EISENBERG, *Jugendgerichtsgesetz*.

solicitação de suspensão que vem indicada pelas realizações educacionais alcançadas²⁶, pois “no Direito Penal Juvenil, ao princípio educativo atribui-se um peso especial”.²⁷

O feito de que sejam a retribuição ou prevenção geral os critérios que legalmente impedem (antes de cumpridos os mínimos de cumprimento) o que judicialmente se invoca²⁸ (uma vez cumpridos aqueles mínimos), para opor-se à suspensão da pena remanescente e, em contrapartida, a prevenção especial positiva apareça (quase) sempre no lugar das razões invocadas a favor de conceder a dita medida (e não contrária a ela), permite descartar uma tese, teoricamente imaginável, mas que não tem base na realidade da execução penitenciária: a pretensão de que a prevenção especial positiva (o propósito de promover a integração social do adolescente através da intervenção do Estado sobre ele, por meio de tratamento penitenciário) pode ser uma razão não apenas para conceder essa medida – quando o adolescente precisa inserir-se no meio livre – senão outras vezes, também para rechaçá-la – quando o adolescente supostamente precisa um tempo a mais de tratamento ou intervenção no centro privativo de liberdade em regime fechado para poder integrar-se à sociedade. Levando-se em conta que o efeito da privação nos centros carcerários é claramente dessocializador e não precisamente ressocializador (COUSO, 2006; 2009), “apenas se pode imaginar um caso em que uma privação de liberdade de maior duração poderia favorecer o desenvolvimento de um jovem” (ALBRECHT, 2000).

Resumindo-se, portanto, o tratamento dado na Alemanha à suspensão da pena remanescente do jovem, depreende-se que:

1º o legislador tem preferido assegurar diretamente “o mínimo preventivo geral” (ou o ‘mínimo de retribuição’), através dos prazos e frações mínimas de cumprimento, os quais são proporcionalmente inferiores aos do Direito penal de adultos (mesmo quando as penas de adolescentes já são mais extensas que as de adultos), atendo-se a menor culpabilidade de adolescente e à necessidade de proteger sua fase de desenvolvimento;

2º Sem haver prejuízo da questão elencada, a decisão judicial de conceder ou não essa medida se entende como a resolução de um conflito entre razões preventivo-especial positivas

²⁶ Isso poderia ocorrer, por exemplo, no caso de uma solicitação de suspensão de uma pena de 10 anos, formulado aos 3 anos e meio e que vem indicada pelas conquistas educacionais realizadas “quando em atenção à gravidade do feito e à comoção que ele causou na opinião pública, um cumprimento de pena de apenas 3 anos e meio não aparece como uma suficiente expiação” SCHAFFSTEIN, Friedrich; BEULKE, Werner, *Jugendstrafrecht. Eine systematische Darstellung*, Alemanha: Kohlhammer, Stuttgart, 14º ed., 2002, p. 166.

²⁷ SCHAFFSTEIN / BEULKE, *Jugendstrafrecht. Eine*, p. 166.

²⁸ Neste caso, junto com a prevenção especial negativa.

(‘educativas’) a favor e razões (preventivo-especial negativas e preventivo-gerais ou retributivas, em contrapartida. Este conflito, que em *prima facie* pesa claramente mais as primeiras razões (de instâncias que não sejam a última, pois o sinal dado pelo legislador é que, cumpridos esses mínimos, o interesse preventivo-geral ou retributivo perde claramente sua importância), de modo que, apenas em casos extremos, se justificaria dar-lhes precedência acima dos interesses em favor da prevenção especial positiva.

Na Espanha, o art. 13 da LO 5/2000 define que ao Juiz compete a execução da faculdade de deixar sem efeito, reduzir a duração ou substituir a medida imposta, quando isso “resulte no interesse do adolescente”, critério que bem poderia se ler em termos de conveniência preventivo-especial positiva. Essa faculdade, contudo, está sujeita a certas limitações no caso de delitos graves cometidos por menores que tivessem dezesseis ou dezessete anos: se a medida é de internamento e “o ato é de extrema gravidade”, deve ao menos ter cumprido um ano; se a medida de internação se impôs por um dos pressupostos que o legislador considera mais grave, é necessário que o adolescente tenha cumprido pelo menos a metade da medida de internação imposta (ORNOZA FERNÁNDEZ, 2007). A doutrina não analisa majoritariamente o fundamento desses limites e não tem dificuldade em ver neles o propósito do legislador de garantir diretamente um “mínimo efeito preventivo-geral”.

Sem prejuízo desses mínimos, em respeito aos casos assinalados, a modificação da medida imposta ao adolescente procede “sempre que (...) se expresse suficiente a este a censura merecida pela sua conduta”. Embora se tenha entendido que com isso “parece fazer-se referência à necessidade de que o Juiz realize, em todo caso, uma espécie de aviso ao adolescente” (ORNOZA FERNÁNDEZ, 2007), é perfeitamente possível ver nessa expressão a exigência de um mínimo efeito “retributivo” ou preventivo-geral, aplicável sobretudo para as sanções que não estão submetidas àqueles limites mínimos de cumprimento”.

Na Costa Rica, o art. 136 da Lei de Justiça Penal Juvenil permite ao juiz de execução modificar as sanções ou “substituí-las por outras menos gravosas, quando não cumpram com os objetivos para os que foram impostos ou por serem contrários ao processo de reinserção social do menor de idade”.

No caso desta legislação, diferentemente do caso alemão e espanhol, não se estabelece como exigência o prévio cumprimento de um tempo ou fração de pena mínimos para garantir um certo efeito preventivo geral (ou retributivo). Entretanto, conta-se com referências doutrinárias sobre a necessidade de levar em conta tais mínimos a nível das decisões judiciais.

Mas a doutrina mais qualificada nesse país admite que na fase de execução – ou na fase de fixação de sanções – existe uma relação conflitante de interesses”, que adquire “uma relevância também de primeira ordem” (TIFFER, LLOBERT, DÜNKEL, 2002).

Esses interesses em conflito são precisamente a prevenção especial positiva (que é o interesse fundamental, como se desprende da primazia do princípio educativo) e – com “caráter secundário” – “outros critérios preventivos” (TIFFER, LLOBERT, DÜNKEL, 2002), especialmente a prevenção geral²⁹. Assim, esse conflito de interesses, que ocorre também na fase da “fixação” das sanções, exige a ponderação por meio do princípio de proporcionalidade (TIFFER, LLOBERT, DÜNKEL, 2002).

Nessa ponderação, o interesse fundamental será a prevenção especial positiva, critério que, tratando-se a sanção de internação em centro especializado, regularmente será uma razão a favor da substituição (TIFFER, XXXX),³⁰ enquanto que a prevenção geral seria um interesse que jogaria contra a modificação ou substituição. No entanto, “o que significa, em uma decisão de substituição de uma sanção de internação no centro especializado – a qual foi adotada conforme o princípio da proporcionalidade – considerar como “interesse fundamental” a prevenção especial positiva, mas ao mesmo tempo, ter em conta na ponderação, “com caráter secundário”, a prevenção geral?

Na prática, algo não muito diferente da ideia do “mínimo preventivogeral” modulado (especialmente de modo mais restritivo que o Direito penal de adultos) a partir da necessidade de protegê-lo na fase vital da menoridade: apenas cabe negar a concessão da liberdade antecipada se a necessidade preventivo geral é ainda muito alta (pelo escasso tempo de execução cumprido) e o cumprimento de uma porção (razoável) de tempo adicional não prejudicará de forma excessiva ao interesse na prevenção especial positiva ou, em geral, o desenvolvimento do adolescente. .³¹

²⁹ Vejam-se as referências da prevenção geral na doutrina da Costa Rica, supra, na primeira seção deste capítulo (“I. Excepcionalidade...”, Apartado “1. Razões que poderiam justificar justificar...”).

³⁰ TIFFER, *Ley*, p. 224.

³¹ Um entendimento alternativo dos critérios que na Costa Rica devem presidir as decisões de modificação ou substituição das sanções para ter o Ministério Público da Costa Rica. Aparentemente, a presença de uma forte retórica na Costa Rica a favor do peso (virtualmente) exclusivo da prevenção especial positiva na fase da execução, tem levado ao Ministério Público a buscar argumentos desse tipo (preventivo-especiais) para opor-se às decisões judiciais de modificação ou substituição de sanções:

“De acuerdo con el artículo 5 inciso 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el 51 del Código Penal, así como la Ley de Justicia Penal Juvenil, artículos, 7, 44, 123 el fin fundamental de la pena lo constituye la resocialización, es decir, la prevención especial. De ahí que el Estado no puede renunciar a ese poder-deber la adecuación la imposibilidad del “incumplimiento de dicho fin” para ejecutar la ejecución de una pena determinada.

A partir da análise acima, é possível chegar às seguintes conclusões parciais:

1º Em uma legislação penal de adolescentes cujo sistema de determinação judicial de sanções, no momento de decidir a possível aplicação de sanções privativas de liberdade em regime fechado, é preciso ponderar fins de prevenção geral com fins (ou limites) preventivo-especial-positivos (da decisão de antecipar a essas sanções, substituindo-as em seu caso por uma pena não fechada), devendo considerar em uma medida mínima aqueles interesses preventivo-gerais e não apenas esses.

2º Algumas legislações asseguram a atenção a esses interesses preventivo-gerais mediante o estabelecimento de frações mínimas de cumprimento. Nesses casos, uma vez satisfeitos esses mínimos legais, as razões preventivo-especiais pesam favoravelmente à substituição; porém, ainda assim, no direito comparado (Alemanha e Espanha) se contempla a possibilidade de não dar lugar a essa em atenção aos interesses preventivo-gerais ou retributivos, possibilidade que deveria reservar-se para casos extremos.

3º Nas legislações que não consideram esses mínimos legais, a decisão judicial acerca da substituição de penas, orientada fundamentalmente até objetivos de prevenção especial positiva, inevitavelmente deve observar também os interesses preventivo-gerais (ou retributivos), considerados ao determinar a pena – mesmo quando os princípios que regem a tais legislações cabem a esses interesses apenas de forma muito secundária (como na Costa Rica) – devido ao grande peso atribuído àquela finalidade de prevenção especial positiva.

24

Por ello, se establece como directriz de acatamiento obligatorio que los fiscales no soliciten ni apoyen ninguna cesación anticipada de pena, aun cuando la persona sentenciada tenga penas juveniles pendientes, o a la inversa, si está descontando pena juvenil y tiene pendiente otras sanciones como adulto.

“En razón de lo anterior, debe tenerse en cuenta que todas las penas, sean privativas de libertad o no, pese a su carácter aflictivo, tienen un propósito: cumplir con la incorporación del sujeto a la sociedad, por lo que en razón de ello, ante una cesación anticipada por “considerar que la finalidad pedagógica no se va a cumplir” se roza con lo establecido por el bloque de constitucionalidad señalado, por lo que el Ministerio Público debe recurrir ante el Tribunal de Sentencia correspondiente.” (Circular 07/2004 de la Fiscalía General de la República, Ministerio Público, Poder Judicial, Costa Rica, pp. 5-6, en: http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/circulares_directrices/circulares_fiscalia/2004/CIRCULAR%2007-2004.pdf, {visitado el 27.07.2012}).

Resumindo, a partir da alocação de uma finalidade preventivo-especial positiva às sanções penais juvenis, o Ministério Público de Costa Rica assume uma suposta idoneidade inquestionável das penas (também as do cárcere) para alcançar essa finalidade, deduzindo disso uma espécie de “dever de execução íntegro” da pena, para conseguir a mesma finalidade. Como consequência disso, dito órgão qualifica a substituição da sanção original, fundada na inconveniência preventivo-especial (educativa) de mantê-la, como uma “renúncia antecipada” por parte do Estado ao cumprimento do dever de buscar a inserção social por meio de sua execução íntegra, renúncia que seria ilícita. Assim, pode apreciar-se a falta de argumentos preventivo-gerais (ou retributivos), o Ministério Público de Costa Rica pretende desqualificar a prevenção especial positiva como razão *prima facie* para preferir às sanções ambulatorias em detrimento das privativas de liberdade.

4º Nos casos elencados, se poderia entender que estamos diante de uma espécie de delegação legislativa ao juiz da tarefa de resguardar o “mínimo preventivo geral”, sempre que isso não se refletir na exigência de uma magnitude ou fração definida rigidamente. A falta de limites legislativos ou interesse em preservar um “mínimo preventivo geral” deve sempre se submeter caso a caso às exigências de proporcionalidade, ponderando como seu devido peso os demais interesses em jogo. Ademais, não se pode permitir que em certos casos, antes de que se cumpram esses mínimos aparentemente razoáveis para a generalidade deles, a decisão de seguir executando a sanção pareça desproporcional ou excessiva, pois acarretaria graves consequências para a prevenção especial positiva ou, em geral, para os direitos do adolescente privado de liberdade. As legislações que não fixaram expressamente tempos de cumprimento mínimos são caracterizadas por permitirem proferir decisão sem declarar inconstitucionalidade da aplicação de um mínimo legal.

2.2 Critérios Preventivo-especiais Relevantes para as Decisões de Substituição e Término Antecipado de Penas

25

Uma segunda problemática que surge pelas faculdades judiciais de substituição ou término antecipado da sanção é se o exercício dessas faculdades judiciais de substituição e término antecipado da pena devem atender às conquistas que o adolescente tenha atingido durante a execução da medida. Isso diz respeito ao âmbito de inserção social, que lhe traria benefícios pela substituição ou pelo término antecipado (avaliação retrospectiva) ou, caso mais conveniente, futuramente adotar essa decisão para promover de melhor forma a inserção social de adolescentes (avaliação prospectiva)³².

³² Nesses termos, evidencia-se a questão interpretativa sobre o tipo de evolução que deve presidir a aplicação da “substituição” das sanções e a “remissão” do resto da pena, estabelecidas, respectivamente, nos Arts. 53 e 55 da LRPA. Ver em: COUSO, J. Sustitución y remisión de sanciones penales de adolescentes. Criterios y límites para las decisiones en sede de control judicial. In: Estudios de Derecho Penal Juvenil II, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública. Santiago, 2011. pp. 309 e ss. e *infra*, Capítulo VII, “Los adolescentes ante el derecho penal en Chile...”.

3 DIREITO INTERNACIONAL

Sobre a questão relativa à valoração prospectiva ou retrospectiva das necessidades/conquistas preventivo especial positivas, observada ao decidir sobre uma substituição de penas, o direito internacional também contempla a necessidade de medidas de liberdade antecipada do menor de idade, adotadas em função de promover (e não de “premiar”) sua inserção social.

Conforme supramencionado, a Regra 28.1 das Regras de Beijing especifica o princípio da brevidade (do art. 37, b, da CDC), com a prescrição de que se recorrerá à “liberdade condicional” (equivalente, para esses efeitos, à substituição) “assim que [...] possível”, sem condicionar essa medida à realização prévia dos fins da pena. Mais claramente, a Regra 79 das Regras das Nações Unidas para a Proteção de Menores Privados de Liberdade dispõe que: “[t]odos los menores deberán beneficiarse de **medidas concebidas para ayudarles a reintegrarse en la sociedad** [...] A tal fin se deberán establecer procedimientos, inclusive la libertad anticipada”³³ (Grifo nosso).

A saída antecipada é, portanto, uma medida para reintegrar socialmente o adolescente e – considerando a finalidade das Regras³⁴ – uma proteção contra os efeitos prejudiciais da reclusão. Portanto, não se trata de uma medida de economia penal destinada a salvar uma pena que já não é necessária por ter cumprido com suas finalidades, mas sim do ímpeto de socializador. E, apesar dos progressos alcançados nos interesses da reabilitação serem considerados requisitos na concessão da liberdade condicional, o comentário da Regra 28 das Regras de Beijing dispõe: “Cuando se tengan pruebas de un progreso satisfactorio hacia la rehabilitación, siempre que sea posible podrá concederse la libertad condicional”³⁵

É claro que não se espera que esses progressos sejam terminativos, pois essa medida deve ser acompanhada de um tratamento em liberdade, equivalente à “liberdade assistida” da lei brasileira e da lei chilena, para continuar (ou iniciar) o processo de inserção social. Ainda de acordo com o comentário oficial:

³³ Todos os menores deverão se beneficiar de medidas concebidas para ayudá-los a reintegrar-se na sociedade (...) a tal fim deber-se-ão establecer procedimientos, inclusive, a libertad anticipada (Tradução livre)

³⁴ “El objeto de las presentes Reglas es establecer normas mínimas [...] con miras a contrarrestar los efectos perjudiciales de todo tipo de detención y fomentar la integración en la sociedad” (Regra 3 das Regras de Beijing).

³⁵ “Quando se tenham provas de um progresso satisfatória para a reabilitação, sempre que for possível poderá se conceder a liberdade condicional.” (Tradução nossa).

Cuando se conceda la libertad condicional a un delincuente se deberá designar a un agente de libertad vigilada o a otro funcionario para que supervise su comportamiento y le preste asistencia (en particular si aún no se ha implantado el régimen de libertad vigilada), y estimular el apoyo de la comunidad.³⁶

Por último, o Comentário oficial da Regra 28 das Regras de Beijing também faz referência, no contexto da decisão de conceder uma “liberdade condicional”, à “boa conduta” do internado.

Al igual que la libertad vigilada, la libertad condicional podrá supeditarse al cumplimiento satisfactorio de los requisitos especificados por las autoridades pertinentes durante un período de tiempo estipulado en la orden, por ejemplo, el relativo al "buen comportamiento" del delincuente, la participación en programas comunitarios, su residencia en establecimientos de transición, etc.^{37 38}

Em relação aos critérios preventivo-especiais decisivos para a substituição do término antecipado das penas, ainda se sugere uma segunda questão: se, por acaso, a existência de antecedentes é um obstáculo para a concessão, pois se teme que o adolescente volte a cometer um ato infracional, implicitamente está se dizendo que o critério de o “mais favorável para a integração social do adolescente” supõe um diagnóstico de não-reiteração.

Portanto, quem segue a primeira das teses interpretativas identificadas, defende que a substituição procede (apenas) quando já se conquistaram os objetivos preventivo-especial

27

³⁶ “Quando for concedida a liberdade condicional a um adolescente que cometeu uma infração, se deverá designar a um agente de liberdade vigiada ou a outro funcionário para que supervise o seu comportamento e lhe preste assistência (em particular se ainda não se tenha implantado o regime de liberdade assistida) e estimular o apoio da comunidade.” (Tradução nossa).

³⁷ “Assim como a liberdade assistida, a liberdade condicional poderá estar sujeito ao cumprimento satisfatório dos requisitos especificados pelas autoridades pertinentes durante um período de tempo estipulado na ordem, por exemplo, o relativo ao “bom comportamento” do delinquente, a participação em programas comunitários, sua residência em estabelecimentos de transição, etc” (Tradução nossa).

³⁸ Contudo, conforme se adverte em COUSO, J. Sustitución y remisión de sanciones penales de adolescentes. Criterios y límites para las decisiones en sede de control judicial. In: Estudios de Derecho Penal Juvenil II, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública. Santiago, 2011. pp. 318-319. “é necessário fazer duas considerações relevantes para precisar o sentido e alcance desta referência no contexto da LRPA chilena. Primeiro, que a “boa conduta” é tão somente um dos critérios de decisão, sugeridos a título exemplificativo, dentro de um rol não taxativo, e que se encontra no contexto de uma medida orientada a promover a reinserção social do condenado, contexto no qual o critério fundamental será a necessidade de antecipar a liberdade para alcançar esse objetivo. Segundo porque, o fundamnetal para esta regra é que a liberdade condicional pode ficar sujeita a certos requisitos, que “as autoridades pertinentes” devem definir, podendo abrir mão dos critérios assinalados naqueles listados no rol não taxativo, ou de outros critérios diferentes. E a questão é que a LRPA não considera explicitamente como um requisito para conceder a substituição a boa conduta, e tampouco pode se depreender tal exigência do contexto do art. 53 da LRPA. Ademais, no sistema de execução de sanções em regime fechado da LRPA, a boa conduta, como se verá, é um requisito de outro tipo de medida: os benefícios do Regulamento da LRPA que, junto com constituir outro tipo de instrumentos para favorecer a integração social, tem uma função de incentivar a convivência pacífica, mediante prêmios de boa conduta. Uma observada à história da Lei 20.084 permitirá esclarecer mais acerca desta questão” (Tradução nossa).



positivos buscados e que “(...) o perigo fundado de reiteração é um obstáculo para substituir ou colocar o término antecipado da pena.

No entanto, a segunda tese mostra-se muito mais indicada, ao defender que a substituição do término antecipado procede sem ter sido alcançados (completamente) os objetivos preventivo-especiais sempre que a sanção substituta (ou a própria liberdade) ofereça condições mais favoráveis para alcançá-los. Ou seja, obviamente quase qualquer decisão de substituir ou terminar a pena pode ser acompanhada de um certo receio fundado de reiteração, pois na personalidade do adolescente ou mesmo no ambiente em que ele vive ainda haverá condições favoráveis à reiteração criminosa. No entanto, tais situações devem ser justamente intervindas pela a sanção substituta (ou as medidas de apoio que, eventualmente, acompanhem o término antecipado), para que o adolescente possa integrar-se socialmente levando uma vida sem delitos.

Entretanto, questiona-se: se o medo fundado de reiteração se apresenta com um alto grau de probabilidade, ou seja, com a denominada “periculosidade (pós) delitual”, seria esse temor um obstáculo para substituir o cárcere por uma sanção ambulatoria que, não obstante, é mais favorável para oferecer ao adolescente condições para uma vida futura sem delitos? A resposta é negativa, pois a “periculosidade delictual” não é, por si só, um obstáculo para a substituição se existem precedentes a favor dessa medida que indicam ser ela a mais favorável para se alcançar a integração social do infrator.

Caso esse “mínimo preventivogeral” já esteja satisfeito (tenha transcorrido, por exemplo, um terço do tempo da execução) e existam antecedentes que dão à pena substituída solicitada (ou às medidas de apoio ao adolescente posto em liberdade) melhores chances de êxito no cumprimento de um plano que aparece como necessário para integrar socialmente o adolescente, então, o mero medo fundado (por mais alto que seja) de reiteração delitiva não basta para negar ao adolescente uma medida que servirá melhor à finalidade de integrá-lo socialmente. Ainda, não deve ser a prevenção especial negativa utilizada para a manutenção da medida de internação com a mera finalidade de deixar o adolescente “fora de circulação” para que não venha a cometer um delito. A manutenção da medida apenas deve ocorrer se o jovem não puder cumprir com o plano individualizado que busca inseri-lo socialmente.

Ademais, afirmar que a pena substituta ou as medidas de apoio ao adolescente posto em liberdade não servirão para inserir socialmente o adolescente não pode se basear simplesmente

nos seus antecedentes prévios ao ingresso no centro de internação. O comentário oficial da Regra 28.1 das Regras de Beijing dispõe:

Cuando se tengan pruebas de un progreso satisfactorio hacia la rehabilitación, siempre que sea posible podrá concederse la libertad condicional, **incluso a delincuentes que se consideraron peligrosos en el momento de su confinamiento en un establecimiento penitenciario** (Grifo nosso).³⁹

Ademais, conforme supramencionado, uma decisão que faça prevalecer um diagnóstico negativo acima da preferência *prima facie* das leis penais de adolescentes a favor de uma intervenção preventivo-especial no meio livre deve ser extremamente argumentado. O estandarte internacional é no sentido da proteção especial da criança e em seu interesse. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança defende a imprescindibilidade de confiar *prima facie* na possibilidade de o adolescente se inserir socialmente através de uma pena ambulatoria. Obviamente que se pode frustrar com tal confiança, mas ela não pode se tratar de confiança empírica (que cada juiz decidirá arbitrariamente se mantém ou não), senão de uma confiança normativa, expressa no princípio de que a privação de liberdade se utilizará “apenas como medida de último recurso e durante o período mais breve possível”⁴⁰.

Por isso, o mero receio da reincidência em razão dos antecedentes como fundamento para rejeição da substituição da liberdade do adolescente não leva a sério a opção político-criminal fundamentada e ratificada pelo Brasil e pelo Chile, os quais se obrigaram internacionalmente, entre outras questões, a fazer uma aposta pela integração social dos adolescentes que tenham cometido ato infracional e não se resignar com o discurso de “eles já estão perdidos” e sacrificá-los a uma execução penitenciária reduzida a uma função de mantê-los “fora de circulação pelo maior tempo possível”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conflito resolvido ao decidir acerca da substituição ou término antecipado da medida de internação é diferente do conflito acerca da determinação da natureza e da quantia da sanção.

³⁹ “Quando se tenham provas de que um progresso satisfatório para a reabilitação, sempre que for possível, poder-se-á conceder a liberdade condicional, inclusive aos delinquentes que se consideraram perigosos no momento de sua internação em um estabelecimento penitenciário” (Tradução nossa).

⁴⁰ Art. 37, b, CDN.



Isso porque, o primeiro envolve a situação mais favorável para o objetivo da prevenção especial positiva: a inserção social do adolescente. Em contrapartida, na decisão judicial acerca da natureza e da quantia da sanção, embora também seja regida por uma prioridade *prima facie* da prevenção especial positiva (idoneidade da sanção para a inserção social), os fins associados à gravidade do injusto culpável cometido são tão relevantes quanto.

Sem prejuízo dessa clara centralidade da prevenção especial positiva nas decisões sobre substituição, não se podem ignorar a necessidade de assegurar um “mínimo efetivo preventivo geral”. Uma vez cumprido este dito “mínimo preventivo geral”, a decisão sobre substituição ou término antecipado da sanção deve seguir critérios puramente preventivo-especiais, sendo essencial que se conte com um “bom diagnóstico” sobre o efeito que teria, nas possibilidades de inserção social do adolescente, a substituição da sanção. Contudo, quando se trata de terminar antecipadamente a pena, a consideração retrospectiva de que se tenham cumpridos os objetivos preventivo especiais (e preventivo-gerais) pode desempenhar algum papel⁴¹.

A existência de um “bom diagnóstico” supõe um juízo relativo (não absoluto) que implica comparar o efeito que seguramente teria, sobre as possibilidades de integração social do adolescente, continuar com a execução da sanção de reclusão ou substituir a sanção/terminá-la antecipadamente. Em ambos os casos, a antecipação do cenário deve considerar as condições reais dos centros e programas, as particularidades em que se encontra o adolescente no centro penitenciário, assim como as possibilidades concretas que efetivamente lhe são oferecidas em tal centro para alcançar a integração social. Em contrapartida, para denegar uma substituição ou o término antecipado, não basta fundamentar acerca da capacidade hipotética do centro de privação de liberdade para reinserir socialmente, a qual é suposta a partir de uma definição legal e regulamentária da sanção (que pode incluir uma referência a que tais centros se orientam na reinserção social).

Devido ao seu caráter relativo, o “bom diagnóstico” sobre o efeito que teria a substituição ou o término antecipado não apenas se dará quando o possível novo cenário oferece claras vantagens frente à manutenção da sanção de reclusão, no que tange à integração social

⁴¹ Assim ocorria, por exemplo, para decidir, no caso da LRPA chilena, a remição do resto da pena, conforme o art. 55 dessa lei. Ver: COUSO, J. Sustitución y remisión de sanciones penales de adolescentes. Criterios y límites para las decisiones en sede de control judicial. In: Estudios de Derecho Penal Juvenil II, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública. Santiago, 2011, p. 344 e ss.

do adolescente, senão também quando esta sanção apresente claras desvantagens (por exemplo, efeitos improdutivos) frente ao cenário projetado.

Importante mencionar, ainda, que a fundamentação acerca da decisão sobre a substituição ou o término antecipado é fundamentalmente prospectivo, de modo que não se refere diretamente ao comportamento passado do adolescente nem ao avanço que foi alcançado no cumprimento de seu plano durante a reclusão, senão aos feitos que se espera que sobre sua integração social terá (no futuro imediato e mediano e longo prazo) a decisão de manter ou não a execução da sanção.

Não obstante, indiretamente, como antecedentes para realizar o diagnóstico (prospectivo por definição), os avanços no plano e a conduta do adolescente poderiam ser indícios relevantes. Por sua vez, o medo fundado (ou diagnóstico) de reiteração delitiva não é um critério autônomo (ou direto) capaz de fundamentar a rejeição da substituição ou do término antecipado das penas, assim como a prevenção especial negativa não é um fim imediato das sanções privativas de liberdade – mas sim um indicador de que a substituição não será “favorável para a integração social” porque seguramente o adolescente não sairá a se integrar à sociedade em uma vida sem delitos.

Porém, o diagnóstico de reiteração não pode basear-se simplesmente nos antecedentes do adolescente, o qual é imodificável por ele, senão nos antecedentes concretos sobre atos cometidos durante a execução da medida. A prioridade a favor de uma aposta pela inserção social na liberdade e o critério da brevidade da internação (garantido pela CDC) e da liberdade antecipada concedida o mais rápido possível (assegurada pelas Regras de Beijing), obrigam os países que ratificaram tais documentos internacionais a adotarem maiores riscos e apostarem mais na possibilidade do adolescente em liberdade.

REFERÊNCIAS

ALBRECHT. *Jugendstrafrecht, Ein Studienbuch*. Buch, Lehrbuch/Studienliteratur, 2000.

COUSO, Jaime. *Derecho penal de adolescentes: ¿educación, ayuda o sanción?* Santiago: Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile – UNICEF, 1999.

_____. *Fundamentos del Derecho penal de culpabilidad. Historia, teoría y metodología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

_____. *Principio Educativo y (re)socialización principio educativo y (re)socialización en el Derecho penal juvenil*. 2006.

_____. Sustitución y remisión de sanciones penales de adolescentes. Criterios y límites para las decisiones en sede de control judicial. *Estudios de Derecho Penal Juvenil II*, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, Santiago, 2011, pp. 269-355.

_____. Límites a la imposición de sanciones privativas de libertad en el Art. 26 de la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente. *AAVV, Estudios de Derecho Penal Juvenil I*, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública. Santiago, 2009, pp. 173-229.

DÜNKEL, Frieder; GENG, Bernd. Jugendstrafvollzug in Deutschland – aktuelle rechtstatsächliche Befunde. In: GOERDELER; WALKENHORST (Orgs.). *Jugendstrafvollzug in Deutschland. Neue Gesetze, neue Strukturen, neue Praxis?* Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, 2007.

GOERDELER, Jochen; POLLÄHNE, Helmut. Das Urteil des Bundesverfassungsgericht vom 31. Mai 2006 als Prüfmaßstab für die neuen (Jugend-) Strafvollzugsgesetze der Länder. In: GOERDELER; WALKENHORST (Orgs.). *Jugendstrafvollzug in Deutschland. Neue Gesetze, neue Strukturen, neue Praxis?* Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, 2007, p. 55-76.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*. Trad. LUZÓN, (et. al). Madrid: Civitas, 1997.

OSTENDORF, Heribert. Das Ziel des Jugendstrafvollzugs nach zukünftigem Recht. In: GOERDELER; WALKENHORST (Orgs.). *Jugendstrafvollzug in Deutschland. Neue Gesetze, neue Strukturen, neue Praxis?* Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, 2007, p. 100-111.

ORNOZA FERNÁNDEZ, María Rosario. *Derecho Penal de Menores*. 4. ed. Barcelona: Bosch, 2007.

SCHAFFSTEIN, Friedrich; BEULKE, Werner. *Jugendstrafrecht. Eine systematische Darstellung*. 14. ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2002.

SONNEN, Bernd-Rüdeger. Gesetzliche Regelungen zum Jugendstrafvollzug auf dem Prüfstand. In: GOERDELER; WALKENHORST (Org.). *Jugendstrafvollzug in Deutschland. Neue Gesetze, neue Strukturen, neue Praxis?* Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, 2007.

STROBEL. *Verhängung und Bemessung der Jugendstrafe - eine Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Strafzwecke*, 2007.

TIFFER, Carlos; LLOBET, Javier; DÜNKEL, Frieder. Conclusiones. In: TIFFER; LLOBET; DÜNKEL. *Derecho Penal Juvenil*. Costa Rica: 2002.

Submissão: 31/12/2018
Aceito para Publicação: 31/12/2018



A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS MENINAS NA JUSTIÇA JUVENIL * **

THE PROTECTION OF GIRLS' RIGHTS IN THE JUVENILE JUSTICE

Mary Beloff ***

RESUMO: Este trabalho trata da situação de meninas que entram em contato, como acusadas, vítimas ou testemunhas, com o sistema penal. Aponta o déficit de um robusto *corpus juris* de proteção específica dos direitos das meninas, bem como as dificuldades na consolidação e fortalecimento de práticas sensíveis às suas características, particularidades e vulnerabilidades a partir de uma perspectiva de idade e gênero.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos das meninas. Direitos humanos. *Corpus juris*. Proteção especial. Vulnerabilidade. Invisibilidade. Acesso à justiça/Proteção judicial. Justiça juvenil.

ABSTRACT: This work deals with the situation of girls who come into contact, as accused, victims or witnesses, with the penal system. It points out the deficit of a robust *corpus juris* of specific protection of the rights of girls, as well as the difficulties in the consolidation and strengthening of practices sensitive to their characteristics, particularities and vulnerabilities from an age and gender perspective.

KEYWORDS: Girls' rights. Human rights. *Corpus juris*. Special protection. Vulnerability. Invisibility. Access to justice/Judicial protection. Juvenile justice.

34

Nas últimas décadas, o movimento das mulheres conquistou avanços extraordinários em, pelo menos, três ordens: i. visibilizar a violência e a discriminação baseada em razões de gênero, ii. desenvolver normas orientadas à prevenção e à sanção da violência de gênero, e iii. criar mecanismos para tornar efetivos os dois primeiros. O pressuposto de tão intensa atividade política, normativa e social é um acordo universal de que qualquer forma de violência contra mulheres e meninas constitui a forma mais ultrajante de discriminação contra as mulheres, a qual permeia todos os setores sociais, culturais, econômicos e educacionais, para mencionar alguns¹. No entanto, quando se coloca o foco nas meninas, nota-se que essa enorme mobilização

* Artigo originalmente publicado em espanhol, sob o título *La protección de los derechos de las niñas en la justicia juvenil*, na *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, Número 19, 2017, Buenos Aires, Argentina. Tradução para o português por Gabriela Favretto Guimarães, mestranda do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, bolsista CAPES.

** Este trabalho reproduz a exposição feita no Seminário "*Sistemas de supervisión y monitoreo de condiciones de privación de libertad de niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal*", organizado pelo Escritório da Representante para a violência contra a criança, do Secretário Geral da Organização das Nações Unidas, em conjunto com a UNICEF, em Buenos Aires, de 19 a 20 de maio de 2016. Virginia Deymonnaz contribuiu pacientemente com a edição do texto, pelo que sou muito grata. Este mantém, não obstante, o tom coloquial da apresentação original.

*** Professora Catedrática de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires.

¹ Nesse sentido, a Corte IDH sustentou que: "A violência contra as mulheres não constitui apenas uma violação dos direitos humanos, mas é uma 'ofensa à dignidade humana e uma manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens', que 'transcende todos os setores da sociedade, independentemente de sua classe, raça ou grupo étnico, nível de renda, cultura, nível educacional, idade ou religião



e o vastíssimo *corpus juris* de proteção dos direitos humanos, ao qual a primeira deu origem tanto na ordem universal quanto na ordem regional, referem-se a elas apenas de forma tangencial, mínima, como uma derivação dos direitos das mulheres (em geral), ou das crianças (em geral)².

A virtual ausência de meninas nas normas internacionais para a proteção dos direitos humanos pode ser explicada por diferentes motivos, os quais não podem ser desenvolvidos nesta ocasião por razões de espaço. Pretendo apenas enfatizar que essa falta de reconhecimento explícito é particularmente notável, porque as obrigações de garantia do Estado adquirem uma intensidade especial quando as vítimas são meninas, portanto a vulnerabilidade própria da infância³ é potencializada pela condição de pertencer ao sexo feminino. É por isso que as meninas são particularmente vulneráveis à violência⁴, uma condição da qual surge um dever

e afeta negativamente suas próprias bases’.” (tradução do espanhol), Cf. Corte IDH, *Caso “Rosendo Cantú y otra vs. México”*, *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C n° 216, párrafo 108*. Em sentido similar, o Comitê para a Eliminação da Discriminação Contra a Mulher, em sua Recomendação Geral n°19 “A violência contra a mulher” – 11° período de sessões, 29 de janeiro de 1992 – sustentou que: “a violência baseada no gênero é uma forma de discriminação que inibe a capacidade das mulheres de gozarem os direitos e liberdades numa base de igualdade com os homens.” Entre os instrumentos internacionais que refletem essa perspectiva, a *Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher* - aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua Resolução n° 48/104, de 20 de dezembro de 1993 - estabelece em seu artigo 1° que “a expressão “violência contra as mulheres” significa qualquer acto de violência baseado no gênero do qual resulte, ou possa resultar, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico para as mulheres, incluindo as ameaças de tais actos, a coacção ou a privação arbitrária de liberdade, que ocorra, quer na vida pública, quer na vida privada.”. Por sua vez, a *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres* (CEDAW) - adotada e aberta à assinatura e ratificação pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua Resolução 34/180, de 18 de dezembro de 1979 – dispõe em seu artigo 1° que “a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo”.

² Nota-se, entre outras, a *Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra a Mulher* (conhecida como a *Convenção de Belém do Pará*) - adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos em 9 de junho de 1994. Esta Convenção entrou em vigência em 5 de março de 1995, de acordo com o artigo 21-; e a *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres* (CEDAW) - adotada e aberta à assinatura e ratificação pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua Resolução 34/180, de 18 de dezembro de 1979. Esta Convenção entrou em vigência em 3 de setembro de 1981, de acordo com o artigo 27 (1) -.

³ O Comitê dos Direitos da Criança afirmou que: “a nível universal, todas as crianças de até 18 anos são consideradas vulneráveis, pois seu crescimento e desenvolvimento neurológico, psicológico, social e físico ainda não foram concluídos (...)” (tradução do espanhol), Comitê dos Direitos da Criança, *Comentário Geral n° 13 “El derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”* (2011), parágrafo 72.f).

⁴ A respeito, a Corte de IDH, no *Caso “González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, sustentou que: “a violência contra as crianças se apresenta em várias formas e depende de uma ampla gama de fatores, desde as características pessoais da vítima e do agressor até seus ambientes culturais e físicos’. O grau de desenvolvimento econômico, o nível social, a idade, o sexo e o gênero são alguns dos muitos fatores relacionados ao risco de violência letal. Além disso, (...) ‘a violência sexual afeta principalmente aqueles que atingiram a puberdade ou a adolescência’, sendo as meninas as mais expostas a sofrer esse tipo de violência”. (tradução do espanhol, grifos

estatal maior de agir com a mais estrita diligência para proteger e garantir o exercício e gozo de seus direitos diante da circunstância - ou a mera possibilidade - de sua violação por atos que, em forma real ou potencial, impliquem violência por razões de gênero ou que possam derivar em tal violência⁵.

Essa característica, que chamaremos de invisibilidade, expressa-se de várias formas. Sua primeira versão é bastante geral e está relacionada ao fato de a problemática das meninas não ter sido, até recentemente, levantada como um tema em si mesmo ou reconhecido em sua fenomenologia singular, mas sim que o tenha sido como um coletivo definido pela minoridade dentro do universo das mulheres. Trata-se de um fato sociológico e cultural sobre o qual não é possível aprofundar-se nesta ocasião, mas que implica sérios problemas de diferentes pontos de vista, sobretudo sob a perspectiva dos direitos⁶.

A segunda versão é a invisibilidade da violência sofrida pelas meninas. Ela pode ser considerada a partir de dois pontos de vista diferentes. Por um lado, há *uma invisibilidade geral* da violência sofrida por meninas em todos os âmbitos da vida⁷. Mesmo do ponto de vista

36

acrescidos pela autora), Corte IDH, *Caso González y otras ("Campo algodonero") vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párrafo 404.*

⁵ A esse respeito, entre outras, Corte IDH, *Caso González y Otras ("Campo Algodonero") vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, cit. supra nota 6, párrafo 252;* e Corte IDH, *Caso "Véliz Franco y otros vs. Guatemala", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de mayo de 2014, Serie C n° 277, párrafo 134.*

⁶ Com este fundamento, o *Tribunal Oral en lo Criminal n° 23 (Causa n° 4566, de 2 de julio de 2015)*, em processo motivado em razão de abuso sexual cometido repetidamente contra uma menina com menos de 13 anos, escandalosamente atenuou a condenação do abusador com base na sua equiparação com uma mulher adulta, a partir de argumentos que desconhecem a vulnerabilidade e imaturidade de uma menina para, entre muitas outras coisas, consentir e compreender a extensão de uma relação sexual.

⁷ Lentamente, o problema começa a ser abordado pelo direito internacional: "A menina de hoje é a mulher de amanhã. Os conhecimentos, as idéias e as energias das meninas são cruciais para o pleno êxito dos objetivos de igualdade, desenvolvimento e paz. Para que uma menina desenvolva plenamente suas potencialidades é preciso que ela cresça em um meio propício, onde possam ser satisfeitas suas necessidades: espirituais, intelectuais e materiais de sobrevivência, a proteção e o desenvolvimento e sejam salvaguardados seus direitos em condições de igualdade. Para que as mulheres participem das atividades em condições de igualdade com os homens, em todos os aspectos da vida e do desenvolvimento, está na hora de reconhecer a dignidade humana e o valor da menina, e de assegurar-lhe o pleno usufruto de seus direitos humanos e liberdades fundamentais (...) é evidente em todo o mundo que a discriminação e a violência contra as meninas começam nas primeiras fases da vida e persistem até a morte. Frequentemente, as meninas têm menos acesso à nutrição, aos serviços de saúde física e mental e à educação e desfrutam de menos direitos, oportunidades e benefícios na infância e na adolescência que os meninos. São vítimas frequentemente de diversas formas de exploração sexual e econômica, pedofilia, prostituição forçada e possivelmente venda de seus órgãos e tecidos, violência e práticas nocivas como o infanticídio feminino e a seleção pré-natal de sexo, incesto, mutilação genital e casamento prematuro, inclusive casamento infantil (...) As meninas são frequentemente tratadas como inferiores e culturalmente são ensinadas a se colocarem em último lugar, o que vai lhes diminuindo a auto-estima. A discriminação e a negligência de que são vítimas na infância podem dar lugar a uma espiral descendente que durará toda a vida, submetendo a mulher a privações e exclusão da vida social em geral. Devem ser adotadas iniciativas para preparar a menina a participar ativa e eficazmente, em igualdade com os meninos, em todos os níveis de liderança nas áreas econômica, política e cultural.", Cf.

regional, ainda que a América Latina não compartilhe com outras regiões do mundo algumas das características de práticas ancestrais abusivas contra as meninas, esta conserva muitas formas de violência sistemática e tradicionalmente aceita contra elas.

Por outro lado, pode-se identificar uma *invisibilidade da condição das meninas dentro da justiça juvenil*.

A seguir, vou me referir a este último aspecto, isto é, ao que acontece com as meninas na justiça juvenil latino-americana, âmbito caracterizado pela violência.

II. Nesta seção, abordarei os aspectos normativos do assunto analisado, tanto a partir do quadro regional quanto do universal. Em resumo, pode-se afirmar que não existem normas especificamente relacionadas às meninas na justiça penal de caráter convencional; sim, existem algumas normas dentro do direito internacional não convencional relacionadas a mulheres e meninas na justiça penal. Por esta razão, os argumentos sobre a exigibilidade dos direitos das meninas no sistema penal devem ser construídos com base em normas que reconhecem os direitos das crianças e das mulheres, tal como tem feito a Corte IDH em sua jurisprudência da última década.

a) No âmbito regional, três artigos da *Convenção Americana* são centrais quando se trata de analisar os direitos das meninas no sistema interamericano⁸.

Por um lado, o artigo 19 (Direitos da criança) da referida *Convenção* que estabelece que "Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado".

Este direito das crianças à sua proteção especial foi reconhecido e consagrado normativamente pelo direito internacional praticamente desde suas origens. É um "direito dos direitos", o qual faz possível e habilita todos os demais. Do ponto de vista normativo, traduz o que Ernesto Garzón Valdéz (1994) denominou "*coto vedado*" ou núcleo duro do paternalismo justificado direcionado à infância.

A Corte IDH, pelo conhecido caso dos "*Ninõs de Calle (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala)*", tentou dar conteúdo ao direito das crianças, à sua proteção especial, a partir do desenvolvimento da conexão entre vulnerabilidade (no caso das crianças, essencial em razão

Declaração e Plataforma de Ação de Beijing, aprovadas na Quarta Conferência Conferencia Mundial sobre a Mulher, Beijing, 4 a 15 de setembro de 1995.

⁸ O direito das crianças e sua proteção especial são extensamente analisados em Beloff (2017).

de sua idade) e "condições que garantam uma existência digna"⁹. O dever estatal consiste em garantir o direito à proteção especial para todas as crianças, o que significa garantir "condições de existência digna", as quais adquirem um significado específico e, eventualmente, cumulativo, em função das diversas vulnerabilidades que podem caracterizar um menino ou menina, entre outras, a condição de gênero¹⁰, encontrar-se sob a custódia do Estado¹¹, a origem étnica¹², as necessidades especiais¹³, etc.

O outro artigo é o 25 (direito à proteção judicial), que se refere ao acesso à justiça. Em particular, as meninas infratoras, vítimas e testemunhas, enfrentam diversas dificuldades ao acessar a justiça por diferentes razões (quer pela própria lei e/ou com a legislação inadequada, devido a procedimentos ou práticas incompatíveis com a proteção dos seus direitos, à falta de capacitação dos operadores, à falta de acompanhamento e apoio, à ausente ou precária engenharia institucional, entre outros)¹⁴.

Finalmente, o artigo 5.5. da *Convenção Americana* expressa o direito à proteção especial na justiça juvenil, nos seguintes termos: "Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível,

38

⁹ Corte IDH, *Caso de los "Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala"*, Fondo, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C n° 63, párrafo 144.

¹⁰ A esse respeito, entre outros, Corte IDH, *Caso "Rosendo Cantú y otra vs. México"*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, cit. supra nota 3; Corte IDH, *Caso González y Otras ("Campo Algodonero") vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, cit. supra nota 6; e Corte IDH, *Caso "Véliz Franco y otros vs. Guatemala"*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cit. supra nota 7.

¹¹ A esse respeito, entre outros, Corte IDH, *Caso "Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay"*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C n° 112, párrafo 176; Corte IDH, Resoluções sobre medidas provisórias contra o Brasil na questão de crianças e adolescentes privados de liberdade no "Complexo do Tatuapé" da Fundação Casa, 4 de julho de 2006, considerando 12; e Resolução de 3 de julho de 2007, do considerando 10, entre outros. Uma análise do tema em Beloff e Clérico (2016).

¹² A esse respeito, entre outros, a Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de las "Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana"*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C n° 130; e Corte IDH, *Caso de Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de agosto de 2014, Serie C n° 282.

¹³ A esse respeito, entre outros, Corte IDH, *Caso "Furlan y familiares vs. Argentina"*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2012, Serie C n° 246; e Corte IDH, *Caso Gonzales Lluy y Otros vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Serie C n° 298.

¹⁴ "Lamentavelmente, enquanto milhões de meninas em todo o mundo são expostas à violência em muitas formas, a maioria dos casos passa despercebida, não é abordada ou, às vezes, é ignorada pelo sistema de justiça criminal. E muitas das meninas que se encontram em contato com este sistema correm o risco de ser estigmatizadas, punidas e revitimizadas, em vez de receber a assistência e o apoio que requerem. Uma vez que entram no sistema de justiça criminal, existe uma possibilidade real de serem expostas a níveis de violência ainda maiores do que os abusos que sofreram em suas casas e comunidades." (tradução do inglês), Cf. *Safeguarding the rights of girls in the criminal justice system Preventing violence, stigmatization and deprivation of liberty*, preparada pelo Escritório da Representante Especial do Secretário Geral sobre Violência contra as crianças, Nova Iorque, 2015, p. 3-4.

para seu tratamento". Esta separação, quando se trata de meninas, inclui a separação entre meninas e meninos, além da separação entre mulheres e meninas.

Por outro lado, em relação à abordagem de gênero dentro das normas regionais, a *Convenção de Belém do Pará* estabelece que os Estados deverão adotar políticas voltadas a prevenir, punir e erradicar a violência, para o que devem levar especialmente em conta a situação de vulnerabilidade à violência que possam sofrer as mulheres em razão, entre outras, da sua idade¹⁵.

Se tivesse que resumir os dois grandes problemas que as meninas enfrentam nos sistemas de justiça na América Latina, eu me concentraria na garantia destes direitos: o direito à proteção especial para meninas e seu acesso à justiça.

b) No âmbito universal, há uma série de instrumentos e relatórios que consideram a questão das mulheres no sistema penal, entre outras, as *Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras* (conhecidos como Regras de Bangkok)¹⁶, a *Declaração e Plataforma de Ação de Beijing*¹⁷; bem como dois documentos das Nações Unidas relativamente novos: *Estratégias e medidas práticas modelo das Nações Unidas para a eliminação da violência contra as crianças na área da prevenção do delito e da justiça penal*¹⁸ e *Fortalecimento das respostas em matéria de prevenção do delito e justiça penal à violência contra a mulher*¹⁹. Nenhum desses documentos e instrumentos, pela razão destacada no início, refere-se especificamente às meninas, embora já se tenha sido apontado que o conceito de "mulher" incluía o de menina²⁰.

No entanto, as normas e os documentos mencionados não são convencionais. Eles pertencem à ordem chamada *soft law* e, por essa razão, não são vinculantes para os Estados.

¹⁵ Cf. *Convenção de Belém do Pará*, artigo 9.

¹⁶ *Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras* (Regras de Bangkok), aprovadas pela Assembleia Geral por Resolução 65/229, de 16 de março de 2001.

¹⁷ *Declaração e Plataforma de Ação de Beijing*, aprovada pela Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher, 16ª sessão plenária, de 15 de setembro de 1995. Neste documento há um capítulo dedicado para "A Menina" em geral (parágrafos 259-285).

¹⁸ *Estratégias e medidas práticas modelo das Nações Unidas para a eliminação da violência contra as crianças na área da prevenção do delito e da justiça penal*, elaboradas pelo Conselho Econômico e Social, maio de 2014.

¹⁹ *Fortalecimento das respostas em matéria de prevenção do delito e justiça penal à violência contra a mulher*, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua Resolução 25/228 de 21 de dezembro de 2010.

²⁰ Cf. Relatório *Fortalecimento das respostas em matéria de prevenção do delito e justiça penal à violência contra a mulher*: "Exceto quando se especifique o contrário, o termo 'mulher' abarca o de 'menina'."

c) Uma consequência do que poderíamos chamar de "proliferação bem-intencionada" e confusão teórica que sempre ocorre nas primeiras etapas dos processos de reconhecimento de direitos, é que *não é possível afirmar que exista um corpus iuris robusto para a proteção dos direitos humanos das meninas*, como existe em relação às crianças em geral²¹. Esta debilidade normativa tem algumas consequências na hora de avaliar o impacto concreto das meninas no sistema penal e, em particular, daquelas que se encontram privadas de sua liberdade, as quais em que pese serem numericamente inferiores aos meninos, estão expostas a sofrer maior violência devido, precisamente, à sua condição de gênero.

Por outro lado, para ser eficaz na redução da violência, deveria se contar com um *marco teórico mais claro a respeito do tema*²². A realidade mostra a necessidade de uma maior precisão e clareza na apresentação de relatórios e normas internacionais, em como se abordam os diferentes âmbitos da socialização das mulheres, e no estudo específico do controle social quando se trata de meninas. Isso requer distinguir duas situações substancialmente diferentes nas quais uma garota pode se encontrar perante a justiça penal: como infratora, e como testemunha ou vítima.

III. Quanto à análise criminológica, um fato central que deve ser considerado se refere à particularidade de como o controle social sobre o coletivo feminino se transformou,

²¹ Cf. Corte IDH, *Caso de los "Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala"*, Fondo, cit. supra nota 12, párrafo 194.

²² "A literatura sobre a relação das mulheres e da justiça penal (...) documenta o modo em que as decisões judiciais, de acordo com os princípios da igualdade formal, reforçam um tratamento diferenciado da mulher, confirmando a sua condição de minoria, [mas] tem dificuldades em evitar o dilema entre, por um lado, as exigências de uma igualdade 'plena' e, por outro lado, as exigências de reconhecimento legal da diferença e da diversidade. A razão para esta alternativa é o fato de que a própria diversidade é o ponto de partida não apenas para a discriminação negativa, mas também, às vezes, para a discriminação positiva. Este dilema não é diferente daquele levantado no caso de outros sujeitos definidos como "débeis" (menores, doentes, etc). Da mesma forma como acontece com estes últimos, a demanda de reconhecimento pleno do status de 'pessoas' pode se tornar, na prática (...) em um agravamento da situação real em matéria de procedimentos e sentenças judiciais (...) Em relação às mulheres "é a diferença sexual que serve como ponto de referência quando se sustenta a racionalidade do fato de levar em conta as 'diferenças' de idade, de cultura ou de condições sociais (...) a diferença sexual é interpretada como uma diferença de condição, uma desigualdade que deve ser, quer eliminada por medidas reparadoras e políticas redistributivas como a discriminação positiva, ou ser preservada por meio de medidas de proteção (...) [que] incluem (...) uma reinterpretação da igualdade como igualdade de oportunidades; como discriminação inversa para compensar as injustiças do passado; como igualdade de resultados; como a igualdade complexa (...) Essas estratégias produzem tensões e conflitos com relação a uma igualdade definida como a irrelevância das diferenças pessoais no gozo dos direitos civis e, também, faz surgir problemas concernentes à escolha de quais tipos de desigualdades privilegiar (...) Não há dúvidas, no entanto, de que o resultado é a confirmação das diferenças como desigualdades, tanto no gozo dos direitos civis quanto no acesso e no uso dos direitos sociais." (tradução do espanhol), Pitch, T. (1989), *Responsabilità limitate. Attori, conflitti, giustizia penale*. Milano: Feltrinelli. [em espanhol, (2003) *Responsabilidades limitadas*. Buenos Aires: UBA/UNL/Ad Hoc], p. 296-297.

particularmente desde a década de 1980²³ quando as estatísticas começam a mostrar uma entrada sistemática de mulheres e meninas nos sistemas penais de todo o mundo²⁴. Esse é um tema que começou a ser estudado²⁵, mas que ainda não possui - na maioria dos países - a densidade e a profundidade dos estudos referentes à população masculina, maior ou menor de idade, no sistema penal.

Para mencionar um exemplo, entre os anos de 1991 e 2003 o número de meninas que ingressou nas instituições de internação nos Estados Unidos aumentou em 98%, comparado a um aumento de 29% de meninos, o que significa uma razão de 1 para 4²⁶. De acordo com as estatísticas da *Criminal Justice Information Services Division* do Departamento de Justiça do FBI, a partir de 2001 e até 2010 se verificou uma tendência de queda em relação às taxas de detenção de meninos e meninas, em menor proporção no caso das últimas. Nesse sentido, a porcentagem de meninos diminuiu em 26,5%, enquanto as detenções de meninas caíram apenas 15,5%²⁷. Especificamente, entre os anos 2003 e 2012, as detenções de meninos por roubo simples diminuíram em 32%, enquanto as prisões de meninas pelo mesmo crime diminuíram

²³ Uma análise completa sobre a relação entre a justiça penal e as mulheres, assim como sobre sua interação com outras formas de controle social se encontra em Pitch, T. (1989); e Pitch, T. (1998). *Un diritto per due*. Milán: il Saggiatore [em espanhol] (2003) *Un derecho para dos*. Madrid: Trotta].

²⁴ Em relação a estudos estatísticos pode-se consultar, entre outros: *Criminal Justice Information Services Division*, Department of Justice- Federal Bureau of Investigation (FBI); (2009) *Getting the Facts Straight About Girls in the Juvenile Justice System 2*. Nat'l Council on Crime & Delinquency. http://www.nccdglobal.org/sites/default/files/publication_pdf/fact-sheet-girls-in-juvenile-justice.pdf.

²⁵ Uma análise das causas e tipos de delitos cometidos por meninas se encontra em Zahn, M. ed. (2009). *The delinquent girl*. Temple University Press; y Zahn, M.A., e outros (2008). *Violence by Teenage Girls: Trends and Context*, Washington: U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, entre outros.

²⁶ Chesney-Lind M., Morash, M. y Stevens, T. (2008). "Girls' Troubles, Girls' Delinquency and Gender Responsive Programming: A Review". *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*. Vol. 41(1), p. 162-189. "Parte desse aumento provavelmente está relacionada ao aumento das taxas de detenção por incidentes não graves e incidentes domésticos. Mas também pode sinalizar a falta de alternativas para a detenção e unidades residenciais para meninas e jovens mulheres localizadas na comunidade." (tradução do inglês), Watson, L., y Edelman, P. (2012). *Improving the Juvenile Justice System for Girls: Lessons from the States*. Georgetown Center on Poverty Inequality and Public Policy, página 1. Também, Sherman, F. (2005). *Pathways to juvenile detention reform — Detention reform and girls*. Baltimore: Annie E. Casey Foundation; Puzanchera, C. (2009). "Juvenile Arrests 2008". *Juvenile Justice Bulletin*. Washington: Office of Juvenile Justice & Delinquency Prevention; Zavlek S. e Maniglia R.. (2007) "Developing Correctional Facilities for Female Juvenile Offenders: Design and Programmatic Considerations". Em *Corrections Today*. American Correctional Association.

²⁷ FBI, Uniform Crime Report: Crime in the United States, 2010 tbl. 35 (2011), <https://ucr.fbi.gov/crime-in-the-u.s/2010/crime-in-the-u.s.-2010/tables/10tbl35.xls> Neste sentido, também pode-se consultar, entre outros, o seguinte relatório estatístico: Office of Justice and Delinquency Prevention. Statistical Briefing Book, "Juvenile Arrest Rate Trends, 1980-2012". http://www.ojjdp.gov/ojstatbb/crime/JAR_Display.asp?ID=qa05230



em 19%. Em relação aos crimes contra a propriedade, as detenções de meninos diminuíram em 39%, mas apenas em 29% em relação às meninas²⁸.

Esses indicadores mostram que há cerca de trinta e cinco anos, de forma gradual, produziu-se uma mudança nos mecanismos de controle social direcionados às meninas, motivada pelas diferentes transformações que sofreram as sociedades contemporâneas em todo o mundo. As meninas, que tradicionalmente interagiam e eram socializadas dentro dos mecanismos informais (a escola, a religião, a família e a comunidade), começaram a sê-lo também através de sistemas formais de controle social.

A transformação mencionada permite explicar também as diferentes formas que a violência contra as mulheres e as meninas adquire hoje, uma vez que se poderia argumentar que o modelo anterior era mais eficaz em termos de socialização, uma vez que impedia que as meninas ingressassem nos sistemas penais; no entanto, como se sabe, tal aparente eficácia do mecanismo informal mantinha ou ocultava a violência que as meninas sofriam nos procedimentos disciplinares informais dentro das famílias, da comunidade, das instituições escolares e não penais. Em outras palavras, mecanismos tradicionais de controle social eram ineficazes em termos de garantir às meninas vidas livres de violência.

42

²⁸ Puzzanchera, C. (2014). “Claramente, as forças que estão reduzindo as taxas de prisão para os meninos não estão afetando as meninas de maneira equitativa. A prisão geralmente leva ao encaminhamento ao tribunal, e várias acusações podem se originar de um único incidente. As meninas representaram 28 por cento dos encaminhamentos judiciais por delinquência em 2013 e 24 por cento dos casos de judiciais por delinquência formalmente peticionados. A taxa relativa de processamento formal para meninas aumentou 32% (11 pontos percentuais) de 1985 a 2013. O início do processamento formal limita as opções das meninas por programas comunitários que podem ajudar a lidar com seus ambientes e comportamentos fora do sistema de justiça juvenil, e em vez disso movimenta um processo judicial muitas vezes longo e complicado. Uma vez que as meninas se desvinculam do sistema, elas geralmente saem com um registro juvenil, oportunidades mais limitadas para o sucesso e poucos recursos para mudar suas respostas comportamentais a contextos sociais nocivos e insalubres. Meninas de cor são especialmente vulneráveis a serem formalmente acusadas: em 2013, as meninas negras e as nativo-americanas/nativas do Alasca eram 20% mais propensas que as meninas brancas a serem formalmente peticionadas. A polícia, os promotores, os juízes e a equipe de liberdade condicional são os tomadores de decisão críticos quanto à detenção e à acusação, decidindo quem é presa e se ela deve ser formalmente acusada ou desviada do sistema.” (tradução do inglês), Sherman, F. y Balck, A. (2015). *Gender Injustice: System-Level Juvenile Justice Reforms for Girls*. The National Crittenton Foundation, p. 7. Também pode-se consultar os diversos relatórios do Departamento de Justiça (entre outros, “Juvenile Arrest Rate Trends, 1980-2012”. *Statistical Briefing Book*. http://www.ojjdp.gov/ojstatbb/crime/JAR_Display.asp?ID=qa05230; Puzzanchera, C. (2014), “Juvenil arrests 2012”. *Juvenile Offenders and victims: National Report Series Bulletin*. Washington: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention Programs e Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention; Sickmund, M., Sladky, A. e Kang, W. (2015), “Easy Access to Juvenile Court Statistics: 1985-2013”). <http://www.ojjdp.gov/ojstatbb/ezajcs/>.

IV.a) Diante do fracasso dos mecanismos informais de controle social, meninas e adolescentes ingressam nos sistemas formais de controle social, isto é, os sistemas de justiça juvenil. As meninas entram em contato com a justiça juvenil por razões diferentes dos meninos (em geral, elas sofreram atos de violência familiar, pertencem a famílias que não podem cumprir suas funções básicas, muitas vezes com um de seus genitores privados de liberdade, etc.)²⁹. Não são, *prima facie* e em geral, violentas. Eles entram no sistema com importantes e urgentes necessidades pessoais (como traumas, violência, negligência, problemas físico-psíquicos, conflitos familiares, instabilidade acadêmica e fracasso escolar)³⁰, portanto requerem tratamento específico, assim como uma estrutura institucional adequada a suas particularidades. As meninas têm necessidades concretas, e problemas característicos de saúde física e mental³¹. Além disso, elas experienciam a justiça juvenil de maneira diferente dos meninos devido a dois fatores: por um lado, a forma pela qual as delinquentes femininas diferem dos delinquentes masculinos, e, por outro lado, pela forma como a sociedade vê as meninas³². O contato com a justiça penal, em qualquer caráter, agrava esses problemas, dado que esta não intervém (nem surge) com um enfoque orientado à resolução dessas dificuldades e violações de direitos, mas o faz do mesmo modo como reage aos ofensores do sexo masculino, dentro de um padrão que, em regra, reproduz a violência³³.

²⁹ “Para meninas, brigar dentro dos seus lares pode ser uma maneira de ganhar algum controle em suas casas e pode ser uma reação ao caos familiar ou ao abuso físico e sexual. Não surpreendentemente, a vitimização prévia no lar é comum entre meninas que se comportam violentamente (...) essas histórias de vitimização doméstica ajudam a explicar a violência doméstica das meninas e, porque elas são vítimas, reduzem sua culpabilidade. Essa culpabilidade reduzida, por sua vez, argumenta contra a prisão, a detenção e outros envolvimento no sistema de justiça juvenil que tragam consequências prejudiciais de curto e longo prazo. A prisão, detenção e processamento na justiça juvenil de um número desproporcional de meninas por violência domiciliar é um problema sistêmico presente em muitos estados que exige uma solução sistêmica. Uma abordagem informada sobre desenvolvimento exige a redefinição estatutária de casos de lesões corporais e ameaças domésticas para excluir casos de violência intrafamiliar por menores, eliminando provisões de prisão obrigatória e detenção para violência doméstica por menores, ou criando a presunção de que a violência doméstica por menores seja tratada primeiramente por meio do sistema de serviços familiares, antes que um jovem seja acusado. Tratando-se do programa, apela para melhores parcerias entre sistemas de justiça juvenil e serviços e redes relacionados à violência doméstica, incluindo abordagens informadas sobre trauma e modelos de empoderamento de aconselhamento, bem como melhor triagem de casos da justiça juvenil para identificar aqueles que são centralmente casos de caos familiar e desviá-los do sistema de justiça juvenil para serviços familiares. Esses tipos de abordagens estatutárias e programáticas eliminariam, ou restringiriam severamente, a resposta da justiça criminal e encorajariam uma resposta para o trauma domiciliar adequada ao desenvolvimento, em vez revitimizar as meninas.” (tradução do inglês), SHERMAN, F. (2012), p. 1604-1605.

³⁰ SHERMAN, F. (2005), *Pathways to Juvenile Detention Reform: Detention Reform and Girls, Challenges and Solutions*.

³¹ *Supra* nota 27.

³² EDWARDS, J. (2010), p. 232.

³³ WATSON, L. e EDELMAN, p. (2012).

Dentro da justiça juvenil, a garantia derivada do direito à proteção especial de meninos e meninas é o chamado princípio da especialidade (TERRAGNI, 2015). Assim, a dificuldade teórica fundamental que se coloca nos sistemas penais juvenis contemporâneos é o alcance que têm os direitos e garantias penais materiais e processuais, em termos de reconhecimento ao princípio da especialidade³⁴.

Nesse sentido, ainda não se conseguiu avançar com o conteúdo do reconhecimento da singularidade da participação de uma menina ou um menino em um processo, apesar da insistência da Corte IDH e do Comitê dos Direitos da Criança, de que esta circunstância desencadeia uma série de garantias diferenciadas. Na prática, os sistemas penais juvenis atribuem, sobretudo às garantias derivadas do devido processo legal, o mesmo alcance que se atribui nos processos movidos contra adultos.

Em relação às meninas, ao princípio da especialidade se agrega outra garantia, derivada do ajuste adicional que deve ser feito ao princípio da especialidade em função de sua condição de gênero. Se o desenvolvimento que até o momento teve o princípio da especialidade em matéria processual em geral já é escasso, no caso das meninas, o maior alcance das garantias em função do gênero nem sequer começou a ser discutido.

IV.b) Em relação às instituições, conforme indicado, as estatísticas (embora escassas) mostram que são poucas as meninas que se encontram nos sistemas de justiça juvenil. No caso particular da República Argentina, a quantidade de meninas nos diferentes estabelecimentos dos sistemas de justiça juvenil é ínfima³⁵.

³⁴ A este respeito, entre outros, Corte IDH, *Caso del “Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, cit. supra nota 14; e Corte IDH, *Caso “Mendoza y otros vs. Argentina”, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 14 de mayo de 2013, Serie C n° 260*.

³⁵ Segundo o último relatório da Secretaria Nacional da Infância, Adolescência e Família, com o apoio do Fundo das Nações Unidas para a Infância “*Relevamiento nacional sobre adolescentes en conflicto con la ley penal*” (2015): “Do total da população incluída nos programas de supervisão no território, 94,2% são meninos e 5,8% meninas (329 meninas em oposição a 5,372 meninos). Ou seja, para cada 16 meninos incluídos em programas de supervisão no território, em cumprimento de uma medida judicial de caráter penal, existe apenas uma menina. Nos estabelecimentos de restrição de liberdade, a mesma tendência é observada: uma grande maioria de meninos (91,9%). A quantidade de meninos é de 158, enquanto a de meninas é de apenas 14. Em outras palavras, há apenas uma menina para cada 11 meninos alojados nesses estabelecimentos. Por último, da população total alojada em estabelecimentos de privação de liberdade, 97,3% são meninos (1.270 meninos em oposição a 35 meninas). Nesse caso, a proporção é de uma menina para cada 36 meninos. Em resumo, nos três tipos de estabelecimentos penais juvenis, quase toda a população pesquisada é do sexo masculino. No entanto, observa-se - em termos relativos - uma maior presença de meninas nos estabelecimentos de restrição de liberdade.”, p. 19.

Um problema que se coloca é que não existem lugares específicos para alojar meninas para as quais se ordenam medidas privativas de liberdade cautelares ou sancionatórias (o que existia na Cidade Autônoma de Buenos Aires foi fechado em 2012); mas, ao mesmo tempo, como o número de meninas que se encontram nessa situação é tão baixo, não se justifica a criação de instituições especificamente dedicadas a elas³⁶. Na verdade, isso implica que, ou elas são alojadas em conjunto com mulheres adultas - expostas ao que significa estar nessas instituições destinadas a pessoas maiores de idade - ou são colocadas nos mesmos lugares que os adolescentes do sexo masculino, mas em espaços separados, ou, como terceira opção, elas são alojadas em lugares distantes de suas famílias e comunidades, o que dificulta a possibilidade de reparar as instáveis ou débeis relações familiares, escolares, entre outras³⁷.

Isso evidencia que as instituições do sistema de justiça penal - destinadas a tratar adultos, e as da justiça juvenil, adolescentes do sexo masculino - não são adequadas nem respondem à especificidade da situação das meninas na justiça juvenil³⁸; mas acima de tudo, se o problema é colocado nestes termos (ausência de instalações específicas), perde-se de vista o ponto central que é assegurar, como regra, medidas não privativas de liberdade.

Portanto, para abordar esta questão de forma correta deve-se prestar atenção aos direitos da menina, ao seu interesse superior na administração da justiça, à sua idade, às circunstâncias sociais e às suas necessidades de desenvolvimento e reintegração social. Se a razão pela qual não nos preocupamos com os problemas e necessidades das meninas privadas de liberdade é porque são poucas, só começaríamos a nos preocupar quando houvesse mais meninas presas? Evidentemente, esse é um raciocínio errado. Ainda que sejam poucas, isso não exime do dever de contemplar sua singularidade³⁹.

Mas há uma razão extraordinária vinculada à escassa quantidade de meninas em instituições de privação de liberdade. Embora não se conte com dados precisos (ainda que a

³⁶ Apenas três centros de regime fechado, quatro estabelecimentos de restrição da liberdade e dois alojamentos se dedicam à inclusão de meninas em dispositivos de modalidade residencial em cumprimento de uma medida judicial de caráter penal (Secretaria Nacional da Infância, Adolescência e Família, com o apoio do Fundo das Nações Unidas para a Infância, 2015).

³⁷ WATSON, L., EDELMAN, P. (2012).

³⁸ Cf. *Safeguarding the rights of girls in the criminal justice system Preventing violence, stigmatization and deprivation of liberty*, cit. *supra* nota 18.

³⁹ Uma análise das experiências relacionadas aos processos de adequação de políticas e práticas sensíveis às particularidades e especificidades de meninas e adolescentes que entram em contato com o sistema de justiça nos Estados Unidos, especificamente nos estados de Connecticut, Flórida e Stanislaus County (Califórnia), podem ser encontrados em WATSON, L. e EDELMAN, P. (2012).

informação em si seja um direito da sociedade, bem como uma garantia para as meninas infratoras), em geral, os crimes cometidos por meninas (assim como por meninos) geralmente são de pouca transcendência social. Trata-se de delitos nos quais as consequências para bens jurídicos e terceiros não contam com maior gravidade (principalmente, são crimes contra a propriedade, crimes relacionados a drogas ilícitas e, excepcionalmente, contra pessoas)⁴⁰. Esta circunstância novamente destaca a dependência da lógica penal (ainda que especializada) em relação à privação de liberdade, quando na maioria dos casos de meninos e meninas esta seria uma reação desnecessária tanto em termos de justiça quanto de reintegração social.

Em suma, se se tem em consideração a classe de delito em que as meninas se veem envolvidas, assim como o escasso número que se encontra em estabelecimentos penais juvenis, é imperativo trabalhar no fortalecimento das medidas não privativas de liberdade, na reafirmação da privação de liberdade como medida de *ultima ratio*, na utilização de monitoramentos não custodiais como medidas cautelares ou condenatórias em meio aberto⁴¹, na promoção do uso de medidas alternativas (justiça restaurativa, o que é conhecido como *diversion*⁴², etc.), e no encaminhamento a programas ou serviços comunitários. Entre outras, são necessárias medidas adaptadas ao contexto, às circunstâncias e às características da menina

⁴⁰ SHERMAN, F. e BALCK, A. (2015). *Gender Injustice: System-Level Juvenile Justice Reforms for Girls*. The National Crittenton Foundation; (2013) *Juvenile Detention Alternatives Initiative Juvenile Detention Alternatives Initiative* a project of the Annie E. Casey Foundation. <http://www.aecf.org/m/resourcedoc/AECF-MakingDetentionReformWorkforGirls-2013.pdf>; SHERMAN, F. e MENDEL R., IRVINE A. (2013) *Making Detention Reform Work for Girls*. Juvenile Detention Alternatives Initiative a project of the Annie E. Casey Foundation.

⁴¹ As *Regras de Bangkok* dispõem que: “A institucionalização de adolescentes em conflito com a lei deverá ser evitada tanto quanto possível. A vulnerabilidade de gênero das adolescentes do sexo feminino será tomada em consideração nas decisões.”, Regra 65. Por outro lado, no mencionado *Safeguarding the rights of girls in the criminal justice system Preventing violence, stigmatization and deprivation of liberty* se sustentou: “Estudos indicam que as meninas que estão envolvidas no sistema de justiça têm taxas mais altas de depressão e distúrbios de saúde mental do que os meninos. Nos Estados Unidos, um estudo descobriu que aproximadamente 80% das meninas no sistema de justiça juvenil preenchem os critérios para pelo menos um distúrbio de saúde mental, comparadas a 67% dos meninos. Outro descobriu que a depressão grave é de quatro a cinco vezes mais comum em meninas alojadas em estabelecimentos de detenção e correccionais do que na comunidade geral, em comparação com duas vezes mais comum em meninos detidos do que na comunidade geral.” (tradução do inglês), p. 8.

⁴² “*Diversion* – identificada há tempo como prática promissora no sistema de justiça juvenil - refere-se a oportunidades para tirar os jovens do processo formal de justiça juvenil no *front-end*: em vez de ficarem atolados no processo judicial completo, os jovens são encaminhados para programas de curto prazo ou serviços comunitários que são direcionados para sua ofensa e comportamento. A *diversion* focada nos contextos e comportamentos sociais das meninas, como toda *diversion* efetiva, deve ser pré-petição, de curto prazo, e oferecer uma oportunidade realista de abordar a questão imediata levantada pela ofensa - impedindo um registro juvenil e um envolvimento mais profundo na justiça juvenil, e apoiando o desenvolvimento contínuo das meninas. Na maioria das jurisdições, há oportunidades pré-petição de *diversion* informal e formal de meninas que são subutilizadas.” (tradução do inglês), SHERMAN, F. e BALCK, A. (2015). *Gender Injustice: System-Level Juvenile Justice Reforms for Girls*. The National Crittenton Foundation, p. 48.

(por exemplo, em razão de sua condição cultural ou socioeconômica), e que permitam abordar seus problemas de forma imediata, assim como contribuam para o seu desenvolvimento⁴³.

b) De qualquer forma, além da necessidade de implementar respostas não privativas de liberdade, é conveniente recordar algumas regras que os Estados devem observar em relação às meninas privadas de liberdade, que são especialmente vulneráveis devido a uma série de fatores: idade, gênero, por se encontrar sob a custódia do Estado, etc.

Nesse sentido, as *Regras de Bangkok* indicam que as meninas privadas de liberdade constituem um grupo vulnerável que tem necessidades específicas, que não representam um risco para a sociedade e que seu encarceramento pode dificultar sua reintegração social, razão pela qual promovem a adoção de medidas como o encarceramento próximo ao seu lar, ambiente ou local de reabilitação social, a provisão de programas e serviços apropriados e o reconhecimento das necessidades específicas da mulher ou da menina (por exemplo, em questões de saúde⁴⁴, treinamento do pessoal de custódia⁴⁵, programas, entre outros)⁴⁶.

⁴³ “Em muitas partes do mundo não há medidas substitutivas de privação de liberdade nem programas comunitários adaptados às necessidades de desenvolvimento das meninas. As abordagens de justiça restaurativa são escassas e falta investimento em programas que promovam a saúde e a educação das meninas e sua reintegração a longo prazo (...) Como resultado, uma grande quantidade de meninas acaba sendo privada de sua liberdade longe de seu lar e sem visitas de familiares, e reclusa em pavilhões junto com as mulheres adultas. Pode se encontrar em condições extremamente penosas, em celas superlotadas ou em regime de confinamento. Pode se ver exposta a violência sexual, assédio, revistas corporais invasivas e tratamento humilhante por parte do pessoal dos centros de detenção. (...)” (tradução do espanhol), Cf. *Informe anual de la Representante Especial del Secretario General sobre la Violencia contra los Niños*, A/HRC/28/55, 30 de dezembro de 2014, parágrafos 129 e 130.

⁴⁴ *Regras de Bangkok*, Regras 10-18.

⁴⁵ *Regras de Bangkok*, Regras 29-35.

⁴⁶ “A partir de 2008, apenas 2,6% dos condenados à prisão perpétua enquanto jovens eram do sexo feminino (...) De fato, a maioria das meninas no sistema juvenil está ali por *status offenses* e contravenções, e violações de condicional. No entanto, as descobertas sobre desenvolvimento da Suprema Corte e o movimento para incorporar o desenvolvimento infantil nas políticas e práticas da justiça juvenil têm uma aplicação particular às meninas no sistema de justiça. Tanto os comportamentos que resultam em prisões de meninas quanto os mecanismos estruturais que as levam para o sistema de justiça a partir desses comportamentos estão relacionados ao desenvolvimento infantil. O comportamento das meninas deve ser entendido ecologicamente, como reação e em tensão com os círculos concêntricos da família, comunidade e sociedade na vida das meninas, e é esse enquadramento ecológico que fornece respostas com mais nuances e mais informadas sobre desenvolvimento. Fugir é um exemplo de um comportamento relativamente comum entre as meninas envolvidas no sistema. Meninas geralmente exibem esse comportamento em resposta aos seus ambientes, mas mesmo assim ele leva muitas meninas a entrar nos sistemas juvenis. Tanto meninos quanto meninas fogem de casa, mas estudos mostram que 75% dos fugitivos são meninas e que, para as meninas, fugir é desproporcionalmente um gatilho para o envolvimento do sistema. Em 2009, as meninas representavam 55% dos jovens presos por fugir; a prostituição era o único outro crime pelo qual as meninas constituíam a maioria das prisões. Além disso, as estatísticas de prisão subcontam a incidência de fugas porque as estatísticas sobre fugitivos podem não incluir meninas presas ou levadas sob custódia por *absconding*, violações de condicional ou por mandados de prisão, mas essas meninas frequentemente também estão fugindo. Nacionalmente, os sistemas de justiça juvenil lutam para elaborar estratégias sensíveis ao gênero para lidar com garotas fugitivas. Sanções duras para meninas fugitivas refletem medo de que elas se tornem vítimas, consciência da conexão entre fugir de casa e exploração sexual comercial, e frustração quando as meninas desobedecem as regras impostas pelo tribunal. Embora os temores sobre a segurança

As *Regras* mencionadas estabelecem que "autoridades prisionais deverão colocar em prática medidas para atender às necessidades de proteção das adolescentes privadas de liberdade" (regra 36), que: i. deverão contar com o mesmo acesso à educação e à formação profissional que os adolescentes internados (regra 37); ii. terão acesso a programas e serviços correspondentes a sua idade e gênero (por exemplo, orientação sobre os problemas do abuso sexual ou da violência, educação sobre cuidados da saúde para mulheres); iii. terão o mesmo acesso permanente aos serviços de ginecologia que as reclusas adultas (regra 38); e iv. as adolescentes grávidas receberão apoio e atenção médicos equivalentes aos fornecidos às reclusas adultas, e o seu estado de saúde será sujeito à vigilância de um médico especialista, uma vez que, pela sua idade, podem estar em maior risco de complicações durante a gravidez (regra 39).

V. Outro ponto a abordar é o das *meninas testemunhas e vítimas*⁴⁷. Nas normas internacionais assimila-se a situação da menina testemunha à da menina vítima⁴⁸. Em rigor, processualmente a vítima é testemunha⁴⁹; é aqui que as considerações de cuidado de todas as meninas testemunhas e vítimas são assimiladas. No entanto, essa assimilação pode levar a políticas e práticas pouco precisas no tema.

Por outro lado, de acordo com o artigo 25 da *Convenção Americana*, a menina tem um direito reforçado de acesso à justiça – a uma justiça rápida, devida, eficiente⁵⁰. Muitas meninas

das meninas fugitivas sejam legítimos, a detenção e o encarceramento não são um remédio, e a possibilidade de detenção pode servir como um desincentivo para as meninas que, de outra forma, poderiam querer voltar para casa." (tradução do inglês. *Status offense*: em casos juvenis, refere-se a uma conduta que não seria crime se realizada por um adulto. Em outras palavras, ações consideradas uma violação da lei apenas em razão do status do jovem como menor de idade. *Absconding*: ir de forma clandestina para fora da jurisdição dos tribunais, ou se manter escondido a fim de evitar o processo judicial.), SHERMAN, F. (2012), p. 1598-1600.

⁴⁷ "Crianças vítimas ou testemunhas" designa crianças e adolescentes menores de 18 anos vítimas de crime ou testemunhas de crimes, independentemente do seu papel na infração ou no julgamento do suposto infrator ou de grupos de delinquentes; (...)", *Diretrizes para a justiça em assuntos envolvendo crianças vítimas ou testemunhas de crimes*, – aprovadas Pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas em sua Resolução 2005/20 de 22 de julho de 2005—, Diretriz 9.a).

⁴⁸ *Diretrizes para a justiça em assuntos envolvendo crianças vítimas ou testemunhas de crimes*.

⁴⁹ No caso mencionado *Caso "Rosendo Cantú y otra vs. México"*, a Corte IDH sustentou que: "(...) é evidente que a violação sexual é um tipo particular de agressão que, em geral, caracteriza-se por ocorrer na ausência de outras pessoas além da vítima e do agressor ou dos agressores. Dada a natureza desta forma de violência, não pode se esperar a existência de provas gráficas ou documentais e, portanto, a declaração da vítima constitui uma prova fundamental sobre o fato." (tradução do espanhol), *párrafo 89*.

⁵⁰ "Para meninas que são vítimas ou testemunhas de violência ou abuso, ou que supostamente são ofensoras, policiais geralmente são seu primeiro ponto de contato. As atitudes e o comportamento da polícia são, portanto, decisivos para moldar a primeira impressão de uma menina sobre o sistema de justiça criminal, e para determinar se ela pode esperar receber o apoio adequado. No entanto, os encontros com a polícia na rua ou em delegacias de

não têm consciência, ou bem diretamente não conhecem seus direitos. Além das dificuldades envolvidas em participar de um processo penal, a situação torna-se mais difícil quando os autores são pessoas próximas e conhecidas, ou os encarregados pela sua proteção⁵¹.

De acordo com as *Diretrizes para a justiça em assuntos envolvendo crianças vítimas ou testemunhas de crimes*: "as meninas são particularmente vulneráveis e podem ser vítimas de discriminação em todas as fases do sistema de justiça;" (diretriz 7.c). Às vezes, os crimes que envolvem violência sexual são considerados social ou culturalmente como um "tabu", o que agrega estigmatização e vergonha ao sofrimento de que a menina sofreu, e por essa razão dificulta ainda mais o seu direito à justiça⁵².

Por isso é necessário integrar um enfoque sensível ao gênero e à infância em todas as etapas do processo penal, desde o primeiro contato da menina com o operador judicial ou com a polícia, até a etapa de execução da sanção ou medida. Todos os operadores devem garantir que nas investigações e processos judiciais não apenas não se revitimiza as meninas nem se empreguem estereótipos baseados em seu gênero, mas que se garanta a proteção especial a que têm direito como menores de idade e como meninas, dever que é acentuado porque o âmbito da justiça penal (mesmo especializada) é um ambiente especialmente intimidante para elas.

Um fator adicional a considerar é a notável ausência de uma engenharia institucional que garanta que no processo iniciado em razão de um delito cometido contra uma menina (sobretudo em casos de crimes graves que envolvem violência), tome-se em consideração sua

polícia ou centros de detenção podem colocar as meninas em risco de intimidação verbal, assédio, abuso sexual, estupro, espancamento e outras formas de tortura." (tradução do inglês), Cf. *Safeguarding the rights of girls in the criminal justice system Preventing violence, stigmatization and deprivation of liberty*, cit. *supra* nota 17, p. 4.

⁵¹ "Conforme os padrões internacionais e regionais, a vítima menor é titular de dupla proteção jurídica: enquanto vítima e enquanto menino ou menina (...) Há um elemento adicional importante: em todas as normas relacionadas à proteção da infância e em particular às crianças vítimas (como em todas as normas internacionais de proteção à vítima), um componente central refere-se aos deveres de prestação positiva do Estado para com a vítima de um delito e, uma vez mais, intensificado se se trata de uma vítima menor de idade." (tradução do espanhol), BELOFF M., (2010), p. 26.

⁵² "A violência sexual não é excepcional, é frequente e comum. Mesmo quando as mulheres não o diziam, a literatura, a história e a própria história das proibições contra o estupro afirmam esse fato. Seus efeitos demonstram: o medo de mulheres, a internalização de atitudes e a clara adoção de tipos de comportamentos (não sair sozinhas, não falar com estranhos, não responder quando são perturbadas) que são implicitamente submissos e defensivos; ou uma dependência *a priori* (ele é meu marido, meu companheiro, meu empregador). É isso que contribui para a cumplicidade (talvez eu tenha provocado isso?), uma cumplicidade fortalecida pela presença de uma relação, talvez, afetiva. Mas não há dúvidas de que o que é considerado violência sexual, a percepção de ações e eventos como constituindo violência, mudou com o desenvolvimento de uma cultura feminista e isso é – e era – um poderoso fator de aumento da credibilidade da mulher, dando às mulheres maiores possibilidades de reconhecer, perceber, nomear a violência e sentir que acreditariam nelas quando a denunciasses" (tradução do espanhol), PITCH, T. (1989), p. 254.

condição singular, uma nuance que, ao menos no direito argentino, não foi abordada até o momento⁵³.

VI. a) Outro tema que deve ser considerado nesta análise e que começa a aparecer nos diferentes relatórios é a necessidade de que os Estados trabalhem, por um lado, na prevenção do delito das meninas, questão que nos remete ao ponto de transformações do controle social já mencionado⁵⁴. As características das meninas com as quais a proteção falha, e que ingressam no sistema de justiça penal como vítimas ou perpetradoras foram estudadas e documentadas⁵⁵.

⁵³ “V. Direito a um tratamento digno e abrangente: 10. Crianças vítimas e testemunhas de crimes devem ser tratadas com tato e sensibilidade durante todo o processo de justiça, levando em consideração sua situação pessoal e suas necessidades imediatas, sua idade, sexo, impedimentos físicos e nível de maturidade e respeitando plenamente sua integridade física, mental e moral. 11. Toda criança deve ser tratada como uma pessoa com suas próprias necessidades, desejos e sentimentos pessoais. 12. A interferência na vida privada da criança deve ser limitada ao mínimo necessário, mantendo-se ao mesmo tempo normas exigentes na coleta de evidências, a fim de garantir um resultado justo e equitativo do processo de justiça. 13. A fim de evitar maiores sofrimentos para a criança, as entrevistas, exames e outros tipos de investigação devem ser realizados por profissionais capacitados que atuem com tato, respeito e rigor. 14. Todas as interações descritas nas presentes Diretrizes devem ser realizadas de maneira adaptada à criança, em um ambiente adequado às suas necessidades especiais e segundo suas aptidões, sua idade, maturidade intelectual e a evolução de sua capacidade. Além disso, devem ser realizados em uma língua que a criança fale e entenda.” (tradução do espanhol), Diretrizes sobre Justiça em questões relativas a crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de crimes. Por sua parte, a Corte Interamericana sustentou que: “os meninos e meninas têm direitos especiais aos quais correspondem deveres específicos da parte da família, da sociedade e do Estado. Além disso, sua condição exige uma proteção especial que deve ser entendida como um direito adicional e complementar aos demais direitos que a Convenção reconhece para cada pessoa. A prevalência do melhor interesse da criança deve ser entendida como a necessidade de satisfazer todos os direitos da infância e da adolescência, que obriga o Estado e irradia efeitos na interpretação de todos os demais direitos da Convenção quando o caso se refere a menores de idade. Da mesma forma, o Estado deve prestar especial atenção às necessidades e direitos das presumidas vítimas, considerando sua condição de meninas, como mulheres que pertencem a um grupo em situação de vulnerabilidade.” (tradução do espanhol), Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo algodonero”) vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas cit. supra nota 6, párrafo 408.*

⁵⁴ “(...) os Estados devem adotar medidas integrais para cumprir com a devida diligência em casos de violência contra as mulheres. Em particular, devem contar com um marco jurídico adequado para a proteção, com uma aplicação efetiva do mesmo e com políticas de prevenção e práticas que permitam atuar de forma eficaz diante das denúncias. A estratégia de prevenção deve ser integral, ou seja, deve prevenir os fatores de risco e, ao mesmo tempo, fortalecer as instituições para que possam oferecer uma resposta efetiva aos casos de violência contra a mulher. Da mesma forma, os Estados devem adotar medidas preventivas em casos específicos, nos quais é evidente que determinadas mulheres e meninas podem ser vítimas de violência. (...)” (tradução do espanhol), *Ibidem*, parágrafo 258.

⁵⁵ A *Convenção de Belém do Pará* dispõe que: “Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em: b. agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;”, artigo 7.b). Por sua vez, a Corte IDH sustentou que “O dever de prevenção tem sido especificamente apontado em relação às mulheres, inclusive as meninas, desde antes de 2001 e mediante instrumentos que não a Convenção de Belém do Pará, tratado que expressamente o contempla no mencionado artigo 7.b). Por outro lado, as meninas, entre elas, as adolescentes, requerem medidas especiais de proteção (...) a estratégia de prevenção deve ser integral, ou seja, deve prevenir os fatores de risco e, ao mesmo tempo, fortalecer as instituições para que possam proporcionar uma resposta efetiva em casos de violência contra a mulher. Da mesma forma, os Estados devem adotar medidas preventivas em casos específicos, nos quais é evidente que

Os perfis, como notado, são semelhantes em todos os países e abrangem histórias de vida marcadas pelo abuso, a violência, o abandono e a opressão⁵⁶. Em concreto, é apontado que todas elas pertencem a ambientes familiares instáveis que se caracterizam por padrões intergeracionais de vício e cometimento de delitos, que sofrem o impacto da violência e do abuso, que apresentam déficits cognitivos ou de seus coeficientes intelectuais, que padecem os efeitos danosos da pobreza, que abandonam os sistemas escolares, que têm afetada sua saúde física e mental⁵⁷, que são criminalizadas como resultado de sua própria vulnerabilidade, e que sofrem discriminação (com maiores índices entre as minorias sexuais e étnicas)⁵⁸.

determinadas mulheres e meninas podem ser vítimas de violência.” (tradução do espanhol), Corte IDH, *Caso “Véliz Franco y otros vs. Guatemala”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cit. supra nota 7, párrafo 136.*

⁵⁶ “Meninas acusadas de ameaças e lesões corporais domésticas decorrentes da violência familiar são, na verdade, o novo *status offender*, cujas situações familiares caóticas e necessidades de serviços humanos formam o pano de fundo para a entrada no sistema de justiça juvenil. Houve uma conscientização significativamente maior desde 1992 de que as meninas são uma subpopulação dentro da justiça juvenil que requer pesquisas, políticas e programas específicos. No entanto, a liderança federal tem sido inconsistente e focada em problemas específicos; concentrou-se, por exemplo, em *status offenders* ou na exploração sexual comercial, permitindo que as questões sistêmicas e sociais mais amplas permaneçam, apesar de um aumento significativo na pesquisa e compreensão das necessidades das meninas e do tipo de intervenções que provavelmente terão êxito.” (tradução do inglês), SHERMAN, F. (2012), p. 1594-1595. Também, SHERMAN, F., MENDEL, R., IRVINE, A. (2013).

⁵⁷ “Meninas que sofreram traumas na infância podem sofrer de transtorno de estresse pós-traumático e outros transtornos mentais, como ansiedade ou depressão, e estudos mostram que até 81% das meninas no sistema de justiça juvenil sofrem de um ou mais distúrbios mentais em comparação com até 68,5 por cento dos meninos. Um histórico de trauma não é apenas um fator de fundo para as meninas no sistema de justiça juvenil, mas pode de fato levar as meninas para dentro do sistema. Como resultado de seus históricos de trauma, as meninas nos sistemas de justiça juvenil são tipicamente conhecidas pelos serviços de proteção à criança, familiares ou sistema de saúde mental muito antes de estarem envolvidas com delinquência. Meninas em lares temporários são mais propensas a entrar no sistema de detenção do que as fora de lares temporários, como resultado dos históricos de múltiplos lares temporários, políticas do sistema de proteção à criança que penalizam as meninas por fugir e comunicação inadequada nos sistemas de justiça juvenil e de proteção à criança. Todas essas coisas contribuem para uma história pessoal fragmentada e para o trauma que deriva de consistentes rupturas. Além disso, a prática de acusar meninas de pequenas delinquências quando elas são consideradas muito difíceis de lidar no sistema de proteção à criança é antiga. Diante de tudo isso, muitas meninas no sistema de delinquência são essencialmente formadas pelo sistema de proteção à criança. Dois dos maiores fatores que atualmente levam as meninas à detenção e ao encarceramento - violência doméstica e exploração sexual comercial - estão intimamente ligadas ao trauma e precisam ser entendidas e enquadradas legalmente com um olho no desenvolvimento infantil. O fracasso em abordar estas questões com uma moldura sobre desenvolvimento resultou em muitas meninas sendo levadas para o sistema de justiça em seu detrimento. Colocar meninas que são vítimas de violência doméstica e exploração sexual comercial em detenção e encarceramento é um exemplo moderno do preconceito de gênero que anima o sistema de justiça juvenil desde o seu início.” (tradução do inglês), SHERMAN, F. (2012), p. 1601-1602.

⁵⁸ Cf. *Safeguarding the rights of girls in the criminal justice system Preventing violence, stigmatization and deprivation of liberty*, cit. supra nota 17, p. 6. “Como os jovens de cor, as meninas do sistema de justiça também experienciaram preconceitos resultantes do exercício incontestável da discricção dos tomadores de decisão em todo o processo de justiça juvenil. Para meninas, tratamento diferenciado resultou na sua prisão, acusação, detenção, condicional, e até disposições para *status offenses*, contravenções e violações técnicas da liberdade vigiada e condicional. Todos os dias, meninas são detidas por ofensas que não resultariam em detenção para um menino. Esse uso excessivo de confinamento seguro tem sido atribuído a (1) paternalismo entre os tomadores de decisão que tentam proteger as meninas de danos; (2) um esforço para usar o sistema de justiça para obter serviços para meninas de alta necessidade; (3) um esforço para proteger as meninas da vitimização sexual; (4) medo da gravidez

Como indicado, as soluções propostas pelos padrões internacionais dependem das normas das mulheres e, em algumas ocasiões, contêm algumas considerações sobre as meninas. Em todos eles, insiste-se no problema do acesso à justiça mencionado a seguir.

b) Em relação à prevenção de crimes que vitimizam as meninas, pode-se formular alguns apontamentos. Por um lado, uma séria dificuldade é encontrada nos *estereótipos de gênero e culturais* que levam os operadores e a comunidade a considerar que as meninas são mais dispostas a ter problemas psiquiátricos e a interpretar – em tom justificatório – que, muitas vezes, o próprio comportamento desordenado da menina é o que desencadeia a conduta do perpetrador⁵⁹.

Nesta dinâmica baseada em preconceitos, várias dificuldades são geradas: o medo das meninas de que não acreditem nelas por considerá-las fabulosas ou mentirosas; o medo provocado pelas ameaças que recebem e que determinam que uma vez feita a denúncia, elas a

na adolescência e de seus custos sociais; (5) medo das expressões de sexualidade das meninas; e (6) intolerância contra meninas que não são prontamente cooperativas e complacentes. Discriminabilidade sistêmica, com sua oportunidade para discriminação, atingiu meninas de cor de modo particularmente forte, e as meninas negras têm sido o grupo de meninas encaminhadas para os tribunais juvenis e que entram na detenção que mais rápido cresce. Em 1992, as meninas negras representavam 30% das meninas encaminhadas para os tribunais juvenis, e em 2008, os encaminhamentos de meninas negras aumentaram 72% em relação ao nível de 1992, representando 35% dos encaminhamentos de todas as meninas. O padrão foi ainda mais pronunciado na detenção. Em 1992, as meninas negras representavam 35% das meninas detidas - um total de 15.237. Em 2002, o número de meninas negras detidas havia quase dobrado para 30.009. Em 2008, o número de meninas negras havia diminuído, como no geral para as meninas, mas ainda assim permaneceu 75% acima do nível de 1992. A proporção de meninas negras no sistema de justiça juvenil é particularmente dramática porque elas representam apenas 8% da população de jovens dos EUA entre dez e dezessete anos.” (tradução do inglês), SHERMAN, F. (2012), p. 1617. Uma análise sobre a relação da justiça juvenil e das meninas afroamericanas pode ser encontrada em NANDA, J. (2012) “Blind Discretion: Girls of Color & Delinquency in the Juvenile Justice System”. *UCLA Law Review* 59 (6): p. 1503-1539.

⁵⁹ “Estudos sugerem que o papel das próprias famílias das meninas tem sido particularmente importante na abordagem do comportamento das meninas, com as meninas sendo sujeitas a um escrutínio e regulação social mais fortes do que os meninos. Ao mesmo tempo, meninas são consideradas mais propensas a distúrbios psiquiátricos do que meninos, o que pode influenciar a maneira como o comportamento de mulheres e meninas é definido. Oficiais do sistema de justiça criminal estão longe de serem imunes a percepções equivocadas baseadas em gênero e à influência de atitudes sociais. Isso é agravado pelo fato de que muitas vezes não têm consciência e treinamento sobre a igualdade de gênero, os direitos das crianças e meios efetivos de assegurar sua proteção. Em contextos onde a discriminação e o estigma associados à violência sexual são prevalentes, e o risco de ser tratada com desrespeito, sujeita à violência ou mesmo culpada por sua própria sorte é alto, muito poucas meninas e mulheres recorrem a delegacias ou tribunais para buscar justiça. Um exemplo comum desse preconceito entrincheirado é o do policial que descarta um crime sexual porque a menina vítima estava vestindo roupas "provocativas" e, assim, parecia estar desafiando uma norma estereotípica de modéstia. Além disso, a existência de crenças preconceituosas ou falsas que retratam força e coerção como meios legítimos de obter a concordância das mulheres em situações íntimas e sexuais, muitas vezes leva à aceitação de mitos sobre estupro e à atribuição de culpa a meninas e mulheres por sua própria vitimização. Como resultado, as meninas sentem que sua credibilidade é prejudicada e passam a temer não apenas a estigmatização e as represálias dos membros da família ou da comunidade, mas também a revitimização em qualquer fase do processo de justiça criminal. (...)” (tradução do inglês), Cf. *Safeguarding the rights of girls in the criminal justice system Preventing violence, stigmatization and deprivation of liberty*, cit. *supra* nota 17, p. 10.

retirem; ou, em relação ao ponto anterior, o medo de não se sentir protegidas em caso denunciar ou acusar, pois não há mecanismos de proteção para aquelas que se animam a fazer uma denúncia⁶⁰. Essas dificuldades poderiam ser corrigidas sem maiores dificuldades, particularmente aquelas relacionadas à ausência de medidas de proteção. Na medida em que as meninas se sintam protegidas e confiem no sistema de justiça, poder-se-á avançar também na ordem social e cultural para adotar todas as medidas necessárias para modificar e eliminar os preconceitos sociais e as práticas consuetudinárias ou de outra índole baseadas na ideia de inferioridade ou superioridade de um dos sexos, que explicam os mencionados preconceitos de que padecem as meninas⁶¹.

Outro ponto relacionado ao anterior é o da má práxis dos operadores e, mais especificamente, o da corrupção, que são mais simples de abordar e modificar com decisões políticas. Em razão da condição vulnerável em que se encontra uma menina testemunha ou uma menina vítima de um crime, o Estado deve oferecer uma resposta multidisciplinar e coordenada dos operadores, deve capacitar especialmente a polícia, os promotores, os magistrados e os serviços de apoio e acompanhamento⁶², deve garantir o acesso a uma representação legal adequada⁶³, deve assegurar os meios adequados que facilitem o testemunho, onde se proteja sua intimidade⁶⁴, deve criar escritórios ou unidades especiais que se ocupem em dar seguimento e

⁶⁰ “Existem, no entanto, desafios consideráveis à implementação do padrão de *due diligence*. Em muitas situações, lidar com incidentes de violência sexual continua a ser considerado um tabu social, cercado de estigma e vergonha. Como resultado, tais incidentes são frequentemente ocultados e, portanto, não são reportados. Da mesma forma, o medo e a falta de confiança no sistema de justiça criminal inibem as meninas e suas famílias de se pronunciar e denunciar a violência sexual, reforçando, assim, essa cultura do silêncio. Isso, por sua vez, contribui para um forte senso de impunidade (...) A retirada de depoimentos de vítimas e testemunhas devido à falta de proteção representa outro desafio comum no sistema de justiça criminal. Meninas particularmente têm medo de aparecer no tribunal, face a face com seu agressor ou estuprador.”(tradução do inglês). *Ibidem*, p. 9-11.

⁶¹ Em relação aos estereótipos, a Corte IDH, no *Caso "Véliz Franco y otros vs. Guatemala"*, estabeleceu que o dever de não discriminação havia sido afetado pelo fato de que os funcionários encarregados da investigação fizeram declarações que denotavam a existência de preconceitos e estereótipos sobre o papel social das mulheres: “No presente caso, os estereótipos de gênero exerceram influência negativa na investigação do caso, na medida em que transferiram a culpa pelo que aconteceu à vítima e seus familiares, fechando outras possíveis linhas de investigação sobre as circunstâncias do caso e identificação dos autores. A este respeito, o Tribunal já teve ocasião de salientar que a criação e utilização de estereótipos torna-se uma das causas e consequências da violência baseada no gênero contra a mulher.”, (tradução do espanhol), parágrafo 213.

⁶² “O processo de justiça e os serviços de proteção disponíveis às crianças vítimas ou testemunhas e às suas famílias devem ser sensíveis à idade, aos desejos, à compreensão, ao gênero, à orientação sexual, ao contexto étnico, cultural, religioso, linguístico e origem social, à casta, à situação socioeconômica, condição e imigração ou status de refugiado, bem como às necessidades especiais da criança, incluindo saúde, habilidades e capacidades. Os profissionais devem ser formados e treinados sobre tais diferenças.”, *Diretrizes para a justiça em assuntos envolvendo crianças vítimas ou testemunhas de crimes*, Diretriz 16.

⁶³ *Diretrizes para a justiça em assuntos envolvendo crianças vítimas ou testemunhas de crimes*, Diretrizes 22-25.

⁶⁴ *Diretrizes para a justiça em assuntos envolvendo crianças vítimas ou testemunhas de crimes*, Diretrizes, 26-28.

acompanhamento real às vítimas nestes casos, deve proteger sua identidade e dignidade, e deve garantir a segurança durante o procedimento, a fim de contribuir para o seu bem-estar, de acordo com as necessidades e respeito de seus direitos, assim como impedir ou minimizar a sua revitimização.

Deve-se ter presente que as testemunhas e vítimas meninas muitas vezes se tornam tal pela violência que sofrem quando se encontram em estabelecimentos penais juvenis em que originalmente ingressaram como imputadas, de modo que a intervenção estatal original em vez de assegurar sua reintegração social, agravou sua situação de vulnerabilidade.

Em síntese, os Estados devem garantir às meninas testemunhas e vítimas mecanismos judiciais adequados e eficazes, pronto acesso à justiça, medidas de proteção, assistência e acompanhamento que lhes assegurem a justiça no caso e lhes permitam reparação do dano sofrido⁶⁵.

As propostas oferecidas pelos documentos internacionais baseiam-se, em geral, no fortalecimento da educação, no empoderamento das meninas e em campanhas de monitoramento e conscientização para mudar os estereótipos de gênero prejudiciais, de modo a gerar maior *accountability*; especificamente, em matéria penal, eles propõem implementar programas de treinamento e unidades especializadas, assegurar mecanismos de justiça restaurativa e programas nas comunidades juntamente com sistemas de justiça informal (que por sua vez levantam uma série de problemas que não podem ser examinados aqui), acabar com a impunidade nos casos que sejam claramente identificáveis⁶⁶, e estabelecer mecanismos para denúncias e queixas.

⁶⁵ A Corte IDH sustentou que a obrigação de proteger os melhores interesses da criança nos processos em que os menores estejam envolvidos implica várias medidas, tais como: "(...) i) fornecer a informação e implementar os procedimentos adequados adaptando-os às suas necessidades particulares, garantindo que elas contem com assistência legal e de outra natureza em todos os momentos, de acordo com suas necessidades; ii) assegurar especialmente nos casos em que meninos ou meninas tenham sido vítimas de delitos como abusos sexuais ou outras formas de maus-tratos, seu direito a ser ouvidos se exerça garantindo sua proteção plena, assegurando que a equipe esteja capacitada para atendê-los e que as salas de entrevista representem um ambiente seguro e não intimidante, hostil, insensível ou inadequado; e iii) procurar que os meninos e meninas não sejam interrogados em mais ocasiões do que as necessárias para evitar, na medida do possível, a revitimização ou um impacto traumático na criança." (tradução do espanhol), Cf. Corte IDH, *Caso "Rosendo Cantú y otra vs. México"*, *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, cit. supra nota 3, párrafo 201.

⁶⁶ "quando se investiga este tipo de violência, foi estabelecido que algumas autoridades mencionaram que as vítimas foram 'avoadas' ou que 'fugiram com o namorado', o que, somado à inação estatal no início da investigação, permite concluir que esta indiferença, por suas consequências relativas à impunidade do caso, reproduz a violência que se pretende atacar, sem prejuízo de constituir em si mesma uma discriminação no acesso à justiça. A impunidade pelos delitos cometidos envia a mensagem de que a violência contra a mulher é tolerada, o que favorece sua perpetuação e aceitação social do fenômeno, a sensação e o sentimento de insegurança nas mulheres, bem como uma desconfiança persistente destas no sistema de administração da justiça. A este respeito,



A violência das meninas dentro da justiça juvenil não é um território invisível nem impossível de se abordar em razão de suas dificuldades. Quando uma garota se anima a fazer uma denúncia, já saiu do ostracismo e da escuridão. Empoderou-se, razão pela qual o dever do Estado de hiperintensiva, não só porque até o momento não se ocupou de evitar que a menina sofresse violência, mas também porque a partir de sua denúncia, paradoxalmente, tem a oportunidade, pelo menos, de repará-la minimamente e acompanhá-la em um processo que lhe devolva as oportunidades às quais ela sempre teve direito, mas com as quais ela talvez nunca tenha contado.

VII. Reformas legais e institucionais destinadas a garantir os direitos humanos são processos permanentes. Na América Latina aprendemos essa lição. Não bastou mudar a lei para modificar a realidade dos direitos das crianças. Entendemos que a lei não é um ponto de chegada, mas é uma ferramenta importante para visibilizar os temas, modificar os enfoques, assegurar a sustentabilidade das políticas e garantir a exigibilidade dos direitos.

Bem, além do fato de que a vigência e garantia dos direitos requer um constante ajuste legislativo dadas as mudanças sociais, culturais, tecnológicas e políticas que caracterizam as sociedades contemporâneas, não se trata de fazer leis pelo simples fato de aprová-las ou de gerar a ilusão de que algo é feito para dar resposta a uma problemática social. No longo prazo, esta prática de "fogo de artifício" não só é ineficaz como uma solução, mas também debilita a reivindicação por direitos e a confiança da sociedade na lei como ferramenta central para assegurar a melhor convivência possível.

o Tribunal ressalta o apontado pela Comissão Interamericana no seu relatório temático sobre 'Acesso à Justiça para as Mulheres Vítimas de Violência', no sentido de que a influência de padrões socioculturais discriminatórios pode resultar em desqualificação da credibilidade da vítima durante o processo penal em casos de violência e uma suposição tácita de responsabilidade delas pelos fatos, seja por sua forma de se vestir, sua ocupação laboral, conduta sexual, relação ou parentesco com o agressor, o que se traduz em inação por parte dos procuradores, policiais e juízes diante de denúncias de atos violentos. Essa influência também pode afetar de forma negativa a investigação de casos e a valoração posterior da prova, que pode se ver marcada por noções estereotipadas sobre qual deve ser o comportamento das mulheres em suas relações." (tradução do espanhol), Corte IDH, *Caso González y otras ("Campo algodonero") vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones Y Costas cit. Supra nota, párrafo 400*. A este respeito, acrescentou que: "(...) o estereótipo de gênero refere-se a uma preconceção de atributos ou características possuídas ou papéis que são ou deveriam ser executados por homens e mulheres respectivamente. Tendo em conta as manifestações realizadas pelo Estado (...), é possível associar a subordinação das mulheres a práticas baseadas em estereótipos de gênero socialmente dominantes e socialmente persistentes, condições que se agravam quando os estereótipos são refletidos, implícita ou explicitamente, em políticas e práticas, particularmente no raciocínio e linguagem das autoridades da polícia judicial, como ocorreu no presente caso. A criação e uso de estereótipos se torna uma das causas e consequências da violência de gênero contra a mulher." (tradução do espanhol), *Ibidem, párrafo 401*.

Nesse sentido, em alguns países, para evitar a proliferação legislativa injustificada, são feitas medições de impacto eventual sobre os destinatários das normas, neste caso, os meninos e meninas. Em outras palavras, antes de aprovar uma lei, estudos empíricos são realizados para avaliar qual lei é necessária e com quais características. Além da repetição de teorias em que a região parece ser uma especialista, a América Latina poderia avançar notavelmente se iniciasse o caminho da avaliação empírica como pressuposto de qualquer reforma legal.

No tema que analisamos, é claro que existe uma dificuldade no sistema internacional de proteção dos direitos humanos que impede afirmar que exista um *corpus juris* robusto de proteção de direitos das meninas, porque, como indicado, as normas vinculadas com sua proteção derivam de normas de proteção para crianças ou mulheres. Não fomos capazes de pensar o *status* ontológico da menina como menina, a qual, por definição, é diferente da mulher e do menino, e, conseqüentemente, mais vulnerável a diferentes formas de violência, de maus tratos e de opressão. Embora se tenha avançado, permanece a dificuldade de que as sociedades ainda mantêm muitas características atávicas e preconceitos, que atrasam, na minha opinião, a produção de fortes normas de garantias dos direitos das meninas.

Esta ausência ou vazio de normas e regulações específicas sobre meninas, incluindo meninas em sistemas penais juvenis, contribui para a invisibilização dos problemas desse grupo especialmente vulnerável e complica as reivindicações fundamentadas na condição de menina (não apenas como menores de idade ou como parte do coletivo feminino).

A esse respeito, para concluir, permito-me sugerir que os organismos encarregados de propor iniciativas frente à Assembleia Geral avaliem a necessidade de elaborar um *Quarto Protocolo à Convenção sobre os Direitos da Criança* que trate exclusivamente sobre os direitos das meninas.

REFERÊNCIAS

BELOFF, M. El menor de edad víctima en el proceso judicial: garantías procesales y deberes de prestación positiva del Estado. AA. VV., *Acceso a la justicia de niños/as víctimas*. Protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia. Buenos Aires: JUFEJUS, ADC, UNICEF, 2010.

_____. *El derecho de los niños a su protección especial en el sistema interamericano*. Buenos Aires: Hammurabi, 2017.

_____. *¿Qué hacer con la justicia juvenil?* Buenos Aires: Ad Hoc, 2016.

BELOFF, M., e CLÉRICO, M. Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la argumentación de la Corte Interamericana. *Revista Estudios Constitucionales*, 14, 1, p. 139-178, 2016.

CHESNEY-LIND M., MORASH, M. e STEVENS, T. Girls' Troubles, Girls' Delinquency and Gender Responsive Programming: A Review. *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*. Vol. 41(1): p. 162-189, 2008.

EDWARDS, J. *A lesson in unintended consequences: How juvenile justice and domestic violence reforms harm girls in violent family situations (and how to help them)*. Legal Scholarship Repository, 2010.

GARZÓN VALDEZ, E. Desde la modesta propuesta de J. Swift a las casas de engorde. Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 15-16, II, 1994.

NANDA, J. Blind Discretion: Girls of Color & Delinquency in the Juvenile Justice System. *UCLA Law Review* 59 (6): p. 1503-1539, 2012.

PASKO, L. Damaged Daughters: The History of Girls ' Sexuality and the Juvenile Justice System. *Journal of Criminal Law and Criminology* (1099). V. 100, 2010.

PITCH, T. *Un diritto per due*. Milán: il Saggiatore [em espanhol (2003) Un derecho para dos. Madrid: Trotta.], 1998.

PITCH, T. *Responsabilita limitate. Attori, conflitti, giustizia penale*. Milano: Feltrinelli. [em espanhol, (2003) Responsabilidades limitadas. Buenos Aires: UBA/UNL/Ad Hoc], 1989.

PUZZANCHERA, C. Juvenile Arrests 2008. *Juvenile Justice Bulletin*. Washington: Office of Juvenile Justice & Delinquency Prevention, 2009.

PUZZANCHERA, C. *Juvenil arrests 2012*. Juvenile Offenders and victims: National Report Series Bulletin. Washington: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention Programs e Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, 2014.

SECRETARÍA NACIONAL DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA CON EL APOYO DEL FONDO DE NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA. *Relevamiento nacional sobre adolescentes en conflicto con la ley penal*, 2015.

SHERMAN, F. *Pathways to juvenile detention reform — Detention reform and girls*. Baltimore: Annie E. Casey Foundation, 2005.

SHERMAN, F. Justice for Girls: Are We Making Progress? *U.C.L.A. Law Review* 59 (6): p. 1584-1628, 2012.



SHERMAN, F., MENDEL, R., e IRVINE, A. *Making Detention Reform Work for Girls*. Juvenile Detention Alternatives Initiative a project of the Annie E. Casey Foundation, 2013.

SHERMAN, F. e BALCK, A. *Gender Injustice: System-Level Juvenile Justice Reforms for Girls*. The National Crittenton Foundation, 2015.

SICKMUND, M., SLADKY, A. e KANG, W., *Easy Access to Juvenile Court Statistics: 1985-2013*. 2015. Disponível em: <<http://www.ojjdp.gov/ojstatbb/ezajcs/>>. Acesso em: 31 dez. 2018

TERRAGNI, M. *El principio de especialidad en la justicia de menores a través de la jurisprudencia*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2015.

WATSON, L., e EDELMAN, P. *Improving the Juvenile Justice System for Girls: Lessons from the States*. Georgetown Center on Poverty Inequality and Public Policy, 2012.

ZAVLEK S., e MANIGLIA R. Developing Correctional Facilities for Female Juvenile Offenders: Design and Programmatic Considerations. *Corrections Today*. American Correctional Association. Agosto, 2007.

ZAHN, M.A., et. al. *Violence by Teenage Girls: Trends and Context*. Washington, DC: U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, 2008.

ZAHN, M. (ed.). *The delinquent girl*. Temple University Press, 2009.

58

Submissão: 31/12/2018

Aceito para Publicação: 31/12/2018



EL FEMINISMO: UN NUEVO PARADIGMA A LA LUZ DE LA FRATERNIDAD

*O FEMINISMO: UM NOVO PARADIGMA À LUZ DA FRATERNIDADE**FEMINISM: A NEW PARADIGM IN THE LIGHT OF THE FRATERNITY*

Sandra Regina Martini*

Silvia López Safi**

RESUMEN: El presente artículo es fruto de investigaciones conjuntas entre las profesoras Sandra Regina Martini (Brasil) y Silvia Lopez Safi (Paraguay). El objetivo del texto es debatir sobre el feminismo como un nuevo paradigma a la luz del presupuesto de la Meteoría del Derecho Fraternal, enriquecido con otros presupuestos teóricos. El problema del estudio está vinculado al lugar de las mujeres en la construcción de una sociedad más fraterna, donde el lugar ocupado por las mujeres todavía necesita ser ampliado, aun reconociendo los avances de los movimientos feministas todavía es necesario pensar en formas más adecuadas de inclusión de todos, en el caso de estas reflexiones, el lugar que las mujeres ocupan en la sociedad compleja.

RESUMO: O presente artigo é fruto de pesquisas conjuntas entre as professoras Sandra Regina Martini (Brasil) e Silvia Lopez Safi (Paraguai). O objetivo do texto é debater sobre o feminismo como um novo paradigma a luz do pressuposto da Metateoria do Direito Fraternal, enriquecido com outros pressupostos teóricos. O problema do estudo está vinculado ao lugar das mulheres na construção de uma sociedade mais fraterna, onde o lugar ocupado pelas mulheres ainda precisa ser ampliado, mesmo reconhecendo os avanços dos movimentos feministas ainda é necessário pensar em formas mais adequadas de inclusão de todos, no caso destas reflexões, o lugar que as mulheres ocupam na sociedade complexa.

ABSTRACT: This article is the result of joint researches between the professors Sandra Regina Martini (Brazil) and Silvia Lopez Safi (Paraguay). The aim of the text is to discuss feminism as a new paradigm in the light of the presupposition of the Fraternal Law Metatheory, enriched with other theoretical presuppositions. The problem of the study is linked to the place of women in the construction of a more fraternal society, where the place occupied by women still needs to be expanded, even recognizing the advances of feminist movements, it is still necessary to think of more adequate ways of including, in the case of these thoughts, the place that women occupy in complex society.

PALABRAS CLAVE: Derecho. Feminismo. Metateoría del Derecho Fraternal. Paradigma.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Feminismo. Metateoria do Direito Fraternal. Paradigma.

KEYWORDS: Law. Feminism. Fraternal Law Metatheory. Paradigm.

INDICE: Introducción. 1 La Fraternidad como apuesta en la diferencia. 2 El feminismo como un nuevo paradigma Consideraciones finales: presupuestos para una nueva forma de cooperación interinstitucional nacional e internacional para la transversalización de género. Referencias.

* Pós-doctora en Derecho por la Università degli studi di Roma Tre, Italia. Doctora en Derecho, Evoluzione dei Sistemi Giuridici e Nuovi Diritti, por la Università Degli Studi di Lecce, Italia. Docente del Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter), Rio Grande do Sul, Brasil. Docente invitada del Programa de Postgrado en Derecho de la Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Brasil. Miembro del Conselho Superior da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (FAPERGS). Evaluadora del Basis del Ministerio de Educación y Cultura del Brasil e del Basis do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. Investigadora de Productividad del CNPq, Brasil.

** Doctora en Derecho por la Universidad Pablo De Olavide de Sevilla, España. Abogada, Notaria y Escribana Pública por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, Paraguay. Egresada de la Escuela Judicial del Paraguay. Especialista en Didáctica Universitaria y en Metodología de la Investigación Aplicada por el Rectorado de la Universidad Nacional de Asunción, Paraguay. Docente de la Escuela Judicial en la materia Cuestiones de Género. Docente Universitaria en la Cátedra de Derecho de la Niñez y la Adolescencia de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, Paraguay. Docente de Posgrado de Universidad Americana. Secretaria Ejecutiva de Género del Poder Judicial, dependiente de la Corte Suprema de Justicia. Presidenta de la Fundación Justicia y Género Paraguay, Cono Sur.



INTRODUCCIÓN

Il diritto parla di un corpo solo, quello femminile. Il corpo maschile appare soltanto quando debole, malato, minacciato. Il corpo maschile adulto e sano non è normato, perché esso è la norma, lo standard di riferimento.¹

Vivimos un momento peculiar y altamente complejo en todos los ámbitos de la vida social. En ese contexto, discutir el derecho de las mujeres significa discutir el nivel de democracia que tenemos o no tenemos. No podemos olvidar que el proceso democrático es construido cotidianamente. El derecho, así como la política, la economía y los demás sistemas sociales, son fundamentales para que las mujeres ejerzan plenamente sus derechos a tener derechos, para lo que es necesario y urgente que se comprenda que el movimiento feminista viene sosteniendo por más de dos siglos: que el cuerpo y la vida de las mujeres tienen que ser entendidos en iguales condiciones a la de los hombres, el derecho en particular durante muchos años (para no decir desde siempre) se preocupó, como afirma Tamar Pitich en regular el cuerpo femenino.

Asimismo, el artículo abordará las posibilidades de que las mujeres sean vistas de otro modo, nada nuevo, pero es siempre necesario repetir y repetir que el derecho precisa operar del mismo modo tanto con hombres como con mujeres. En esta posición, todavía hay mucho que analizar y discutir, especialmente en el contexto de una sociedad que no está fundada en la fraternidad, una sociedad paradójica donde el avance de la protección no ha generado una efectivización de derechos, por eso, si tenemos una sociedad no construida en la fraternidad, es por ello que al mismo tiempo la podemos construir. Lo que no significa que no podamos construir otras formas de vida en la sociedad, al contrario. El marco teórico para este análisis está basado en cuatro autores y autoras: Tamar Pitich, Alain Touraine, Eligio Resta y Alda Facio Montejó. Como fundamento teórico-metodológico utilizaremos la Metateoría del Derecho Fraternal.

Siguiendo este hilo conductor, se puede afirmar que la conquista de los derechos de las mujeres en el mundo, siempre ha partido de la lucha por el reconocimiento de su calidad de ciudadanas como puerta de acceso para la obtención de los demás derechos, como los civiles,

¹ PITCH, Tamar. *Un diritto per due*. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità. Milano: Il Saggiatore, 1998. p. 11.



económicos, sociales y culturales, en el entendido que la carta de ciudadanía se adquiere a partir del reconocimiento de los derechos políticos. Esta afirmación nos remonta al derecho romano, donde la *capitis diminutio* máxima equivalía a la cosificación de la persona ya que perdía todos sus derechos e incluso era pasible de la pena de destierro, *ergo* su destino, era la muerte ya que no podría sobrevivir en las afueras de la ciudad. Sin embargo, y aunque pareciera de otra época la referencia a la cosificación del cuerpo humano, sin embargo, la objetivación del cuerpo de las mujeres sigue tan latente como otrora, al punto que en algunos sitios el mero hecho de caminar solas por las calles equivale a una “invitación” a efectos de disponer de sus cuerpos.

El principio de igualdad se presenta como herramienta principal para el análisis de la anhelada efectivización de los derechos de las mujeres. Este principio debe ser entendido desde la igualdad en la diferencia, tal como afirma Alda Facio Montejo en su obra “Cuando el Género suena cambios trae” en el que la autora crea una metodología para el análisis de género del fenómeno legal. Nunca mejor dicho por la señora Facio Montejo para la comprensión del término sororidad cuando trae a colación lo expresado por Kraemarae C. I Treichler P.A. Feminist Dictionary Londres, Pandora. 3, 1985. *“Entiendo que muchas mujeres hoy en día trabajan por obtener una mayor tajada de la torta, pero yo no lo voy a hacer... porque prefiero trabajar para cambiar la receta”*.²

Las reflexiones de este artículo hacen parte de discusiones continuas entre investigadoras de dos países diferentes: Brasil y Paraguay, cuyas realidades son diferentes y al mismo tiempo cercanas, realidades donde las violaciones constantes de los derechos siguen siendo violadas. Cabe también destacar que estas reflexiones hacen parte de un proyecto conjunto apoyado por el CNPq /FAPERGS sobre el derecho y la salud en el Mercosur. Las autoras trabajan como investigadoras en conjunto desde el año 2007.

1 LA FRATERNIDAD COMO APUESTA EN LA DIFERENCIA

La Metateoría del derecho tiene en el centro de sus hipótesis la idea de la fraternidad como algo que puede unir a las personas, como una necesidad constante de establecer pactos, acuerdos, convenios. La fraternidad se presenta como un potente instrumento para develar

² FACIO MONTEJO, Alda. *Cuando el Género suena cambios trae* (Una metodología para el análisis del género del fenómeno legal). 1ª edición. San José: ILANUD, 1992. p.4

paradojas, pues ella propone ver al otro como otro yo. Se sabe que esta postura teórica enfrenta dificultades, pero en nuestras investigaciones vemos que es una nueva forma de enfrentar desafíos. Conforme Resta:

Interessa invece capire come e perché, di quelle grandi narrazioni, la fraternità, accennata allora ma rimasta inedita e irrisolta rispetto agli altri temi dell'uguaglianza e della libertà, ritorni prepotentemente oggi, quanto più il presente impone, con le sue giacobine accelerazioni, la questione del globale, della dipendenza di tutto da tutto.³

El olvido del presupuesto de la fraternidad es exactamente lo que nos demuestra la necesidad de recordarla, en los tiempos de crisis en los que vivimos. Resta cuestiona también: *Possiamo fare tutto quello che possiamo fare?*⁴. A partir de esta cuestión, nos focalizaremos en la importancia de la paradoja y la técnica y, siguiendo siempre los presupuestos de la metateoría del derecho fraterno, observaremos que la misma técnica que salva es la que mata. Hablar de técnica significa, necesariamente, en la sociedad actual, discutir la organización. De hecho, no solo la técnica y la organización son temas “extraños al mundo sociojurídico”; también la fraternidad no aparece en el centro de las discusiones. Retomaremos el *olvido/recuerdo* de la fraternidad: el lugar de ésta no fue llenado por otros supuestos, quedó dudoso, pero ahora retorna con fuerza, ya que los demás supuestos de la revolución iluminista no consiguieron efectivizar políticas públicas capaces de incluir sin excluir. Libertad e igualdad producirán más diferencias y, por lo tanto, más exclusión. La fraternidad propone sobre todo la *condición*:

(...) Va aggiunto che non si tratta del solito imbròglio degli uomini che si accordano contro e senza le donne. È il contrario: la fraternità rimette in gioco la condivisione di patti tra soggetti concreti, con le loro storie e differenze, non con i poteri e le rendite di posizione che nascondono l'egoismo attraverso l'astrazione (delle procedure neutre, del potere di definizione, della scelta della rilevanza circa i temi della decisione, della cittadinanza)...⁵

Son estos los supuestos teóricos que orientan la idea de que el feminismo⁶ se presenta como un nuevo paradigma. Se trata pues, de vislumbrar la fraternidad como un instrumento

³ RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma: Laterza, 2002, p. v.

⁴ “Podemos fazer tudo aquilo que podemos fazer?” [Tradução Livre]. (RESTA, Eligio. *Diritti umani*. Torino: UTET, 2006. p. 150).

⁵ “Se debe agregar que no se trata de la misma relación entre hombres que establecen acuerdos en contra y sin las mujeres. Es lo opuesto: la fraternidade pone em juego la codivisión de pactos entre sujetos concretos, com sus historias y diferencias, no con los poderes y los favores de las posiciones que esconde el egoísmo a través de la abstracción (de los procedimientos neutros, del poder de la definición, de la escuela de la relevância en relación con los temas de la decisión, de la ciudadanía)...” [Traducción Libre] (RESTA, Eligio. *Diritti umani*. Torino: UTET, 2006. p. 150).

⁶ Son oportunas las observaciones de Tamar Pitch sobre el movimiento feminista: El nuevo feminismo toma un camino distinto, o mejor, más caminos: desde la exigencia del reconocimiento del trabajo doméstico y de cuidado

para desarrollar pactos entre sujetos concretos, considerando sus historias y diferencias no así el egoísmo típico de la sociedad moderna. También estará en el foco de nuestras discusiones la forma como el derecho trata la cuestión de la mujer como sujeto⁷ de derechos.

No obstante, lo antedicho se destaca nuevamente que el análisis de la fraternidad propuesta por Resta, en términos del feminismo puede ser abordado desde la sororidad. También vista la sororidad como una herramienta o instrumento al modo de la fraternidad permite develar paradojas en donde, si bien es acertada la propuesta de ver a la otra persona como una otra yo, sienta la postura teórica todavía más compleja en el afán de resolver las dificultades que presenta una sociedad abrumada por el consumo y, donde como expresáramos en la introducción del presente trabajo, el cuerpo de las mujeres representa un objeto no solo conveniente para el lucro en términos económicos, sino inclusive hasta necesario, para recordar que ellas no tienen el dominio sobre sí mismas más que en función de lo que el sistema patriarcal les reconozca o no.

De allí nos parece interesante la pregunta de Resta acerca de si ¿podemos hacer todo aquello que podemos hacer? Desde un análisis jurídico el derecho reconoce a las mujeres derechos fundamentales contenidos en las cartas políticas y en otros cuerpos normativos desde lo puramente teórico, pero sin embargo al momento de realizar la interpretación de esos cuerpos normativos todavía persiste aquella concepción de la Revolución Francesa en la que la libertad, la igualdad y la fraternidad eran potestativas de los hombres blancos y con poder económico. Es así, que si afirmamos que han cambiado las concepciones de lo que las mujeres pueden hacer o no, se debe poner el acento en la igualdad real o sustancial, que va más allá de la igualdad formal, de lo contrario caeríamos en la misma ilusión que nos han vendido respecto a la concepción del derecho y su eficacia en relación con su ejercicio por parte de las mujeres.

64

como trabajo productivo, a la crítica terminante de la política y del pensamiento como parciales, en cuanto producidos por y para un único sujeto, el macho. El primer paso de este movimiento escandaloso para la época es, en efecto, el de separarse de los lugares mixtos (de hombres y mujeres) de la política tradicional. El segundo es el de inventar una política distinta, la autoconciencia. En los pequeños grupos de mujeres se “parte de sí”, se reconsidera lo “político” a través de “lo personal”, se deconstruye la imagen que la cultura y la sociedad han dado de las mujeres, y por tanto partiendo y a través de sí mismas. Se busca, en suma, “darse por sí mismas el propio sentido”, y al mismo tiempo dar nuevos nombres y por tanto nuevos significados a todo lo que nos rodea. (PITCH, Tamar. Sexo y género de y en el derecho: el feminismo jurídico. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2010, v. 44, p. 435-459. p. 436).

⁷ Parece conveniente decir que no tenemos como objetivo poner en femenino todas las palabras como “sujeto”, entendemos no ser oportuna la preocupación como políticamente correcto, pero sin develar lo que estamos haciendo cuando a través de la utilización de expresiones “políticamente correctas” escondemos diversas discriminaciones.



Las corrientes feministas si bien es cierto presentan como un nuevo paradigma el principio de igualdad, aunque diverso según las corrientes, se erige como modelo que ayuda a discurrir en las distintas teorías, sea desde el iusnaturalismo, el positivismo, la teoría egológica, el funcionalismo, el estructuralismo, o la teoría sistémica, teniendo como centro a las mujeres en su diversidad. Esto es, reconocer que las mujeres no somos todas iguales al modo de las *ciber woman* (mujeres cibernéticas). Es decir, cada mujer con sus propias características e historia de vida según su pertenencia a una clase, etnia, orientación sexual, capacidad o discapacidad psicofísica, psicosocial, nacionalidad, estado civil, edad, entre otros factores condicionantes, permite un análisis crítico acerca de cómo, por ejemplo los juristas androcéntricos, conceptualizan el fenómeno jurídico, lo que en términos de la Alda Facio Montejo, equivale a dar mayor o menor importancia a hechos que dichos juristas no consideran relevantes y, que sin embargo, resultan trascendentes para no incurrir en actos discriminatorios al momento del reconocimiento de los derechos para su ejercicio por parte de las mujeres.

Lo afirmado permite el abordaje de una metodología para las investigadoras, en función a la teorización por parte del feminismo como paradigma, y desde allí tratar de llegar a interpretaciones no sexistas, en el entendido de que la perspectiva de género, no bien comprendida por la mayoría, constituye el marco de referencia que permitirá la interpretación de hechos sociales y, consecuentemente del fenómeno jurídico partiendo del principio de igualdad en la diferencia.

En síntesis, el tratamiento igual a los iguales y diferentes a los desiguales desde una concepción paradójica, no sexista, nos llevaría a reflexionar acerca de que lo biológico, que distingue a hombres y mujeres, no debe ser tomado como fundamento para reconocer la diferencia de trato de las mujeres en relación con los hombres, si ello representa un tratamiento discriminatorio. Esto es, concebir una imposibilidad de tratamiento igualitario, en función de que el concepto de sexo presupone una diferencia mutua. Consecuentemente la igualdad jurídica presupondría semejanza o desigualdad según la relación hombre-hombre, u hombre-mujer, e incluso mujer-mujer, sin considerar que el factor preponderante en la discriminación constituye el poder. En ese juego de relaciones asimétricas es que se presentan circunstancias que requieren consideraciones neutrales, lo que ha llevado al dictado de leyes específicas, en el intento de lograr el reconocimiento de derechos a través de “protecciones especiales”, aunque éstas sean vistas por el sistema patriarcal y androcéntrico como un modo de ejercicio de poder omnímodo por parte de las mujeres. Nada más alejado de la realidad, pues de lo contrario las

mujeres caerían en el mismo error en que ha incurrido el patriarcado; en realidad el mundo está conformado por mujeres y hombres, con lo cual el paradigma de lo humano debe ser construido en función a ambos, con sus semejanzas y diferencias y, en fin, entre las mismas mujeres y los mismos hombres reconocer que ninguna persona es igual a otra en términos de su propia intrahistoria. De ahí que la diversidad debe ser entendida como los distintos aspectos que se presentan en cada persona humana, por lo que el derecho, en la generalidad de los casos, casi nunca puede ser aplicado de modo idéntico, aunque las circunstancias puedan ser semejantes.

Se propone como ejercicio utilizar la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, conocida por sus siglas en inglés como CEDAW, ratificada por Paraguay por Ley 1.215 del año 1986.

Siguiendo a Alda Facio Montejo “lo que la definición de la "CEDAW" nos da es una concepción nueva de la igualdad entre los sexos, que se fundamenta en que mujeres y hombres somos igualmente diferentes. La definición no dice que se debe tratar a la mujer igual que al hombre para eliminar la discriminación. Todo lo contrario, dice que es discriminatorio TODO trato que tenga por RESULTADO la desigualdad, lo que quiere decir que si a una mujer se le da un trato idéntico al del hombre y ese trato la deja en una posición inferior, ese trato en sí es discriminatorio, aunque su objetivo haya sido la igualdad.”⁸

Por su parte la Magistrada María Mercedes Buongermini Palumbo⁹ afirma que la CEDAW “...es la herramienta de interpretación y control más poderosa que se tiene del orden normativo interno legal infraconstitucional. ...” la citada Magistrada expresa que toda norma de derecho interno debiera ser contrastada con el artículo primero de la CEDAW, y verificar si pasa la prueba de “Conforme con CEDAW”. Finalmente, la Magistrada Buongermini Palumbo refiere que, “...Si hay una norma que es autoejecutable en la Convención, sin duda es ésta.”¹⁰

La Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer celebrada en Beijing en 1995, constituye un hito emblemático que ha marcado la agenda de los derechos de las mujeres en los últimos veinte años. A la conferencia asistieron representantes de 189 países y 400 organizaciones de la sociedad civil. “... Las mujeres levantaron sus voces, en sus múltiples lenguas, para afirmar que merecemos y exigimos los mismos derechos, para así construir estados de derechos y

⁸ FACIO MONTEJO, Alda. *Cuando el Género suena cambios trae* (Una metodología para el análisis del género del fenómeno legal). 1ª edición. San José: ILANUD 1992. p. 20

⁹ BUONGERMINI PALUMBO, María Mercedes. CEDAW, Comentarios Inusuales. Secretaría de la Mujer de la Presidencia de la República. Secretaría de Género de la Corte Suprema de Justicia. *Colección la Mujer Paraguaya en el Bicentenario*. Asunción: Servilibro, 2011 p. 14

¹⁰ *Ibíd.*

sociedades democráticas...”¹¹ “... El plan de acción de Beijing con sus doce áreas estratégicas, marchó con muchas de las acciones que los Estados y la sociedad civil implementaron para avanzar en el adelanto de los Derechos de las Mujeres...”¹²

2 EL FEMINISMO COMO UN NUEVO PARADIGMA

Un paradigma no es sólo un instrumento en las manos del orden dominante, sino también la construcción de defensa de críticas y de movimientos de liberación.¹³

Para Rosario Valpuesta Fernández, no mejor hablar de “feminismos” y no de “feminismo”, entendidos los feminismos como “el conjunto de políticas prácticas y teorías sociales desarrolladas por los movimientos feministas que critican las relaciones pasadas y presentes de sometimiento de las mujeres y luchan por ponerles fin y transformar así la sociedad para hacerla más justa.”¹⁴ La autora señala que tienen una clara raíz reivindicativa que se pone de manifiesto en el objetivo de su actividad, y se desenvuelve en un doble plano, el de la acción y el de la teoría; ambos imprescindibles para articular un movimiento de cambio social que reconozca a las mujeres el mismo derecho que a los hombres.

En esta nueva sociedad, donde todos somos incluidos, tenemos formas evidentes de exclusión, la posibilidad de liberación está en la búsqueda de nuevas formas de observación a las actuaciones de movimientos sociales. Vivimos, como dice Touraine, un nuevo paradigma, en este caso, el del nuevo feminismo, que no solo está preocupado por la violencia contra las mujeres, sino en mostrar cómo el mundo cambió desde que las mujeres pudieron ser sujetos de los procesos históricos en primer plano. Por eso, entendemos que el feminismo es un movimiento político que constantemente provoca profundas transformaciones en la sociedad, es decir, es un movimiento de autoconciencia. Las destransformaciones que vivimos también son analizadas por Tamar Pitch:

¹¹ TABORGA, Carolina. Prefacio. In: BAREIRO, Line; SOTO, Clyde (coordinación y edición). Informe de la Sociedad Civil Sobre el Cumplimiento de la Plataforma de Acción de la IV Conferencia Internacional Sobre la Mujer. Paraguay a 20 años de Beijing 1995. Asunción: SV, 2015. p. 7.

¹² *Ibíd*

¹³ TOURAINE, Alain. *Um novo paradigma: para compreender o mundo de hoje*. Tradutor Gentil Avelino Titton. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

¹⁴ VALPUESTA FERNÁNDEZ, Maria Del Rosario. El derecho de familia desde una perspectiva de género. In: NAVAS NAVARRO, Susana (Directora); CAMACHO CLAVIJO, Sandra; DE LAMA AYMÁ, Alejandra (Coordinadoras). *Iguales y Diferentes ante el Derecho Privado*. Valencia: Tirant lo Blanch: España, 2012. p. 322.

Durante más de cien años los movimientos de las mujeres han luchado por la igualdad en el derecho y por la extensión de los derechos —conquistados una y otros, más en unos sitios y menos en otros—, ahora nos preguntamos si el derecho y los derechos no solo no son suficientes para afirmar plenamente la libertad femenina, sino también, y más radicalmente, si el derecho y los derechos son, por su historia y por la lógica que les subyace, estructuralmente incapaces de comprender y dar cuenta de los dos sexos. Nos preguntamos, en suma, por un lado, por la eficacia del derecho y los derechos respecto de las expectativas que ciertos actores sociales, como las mujeres, depositan en los cambios normativos, y por otro por el “poder” que el derecho y los derechos tienen de convertir y traducir estas expectativas en un lenguaje y en unos procedimientos que acaban por traicionarlas o en cualquier caso desatenderlas.¹⁵

El nuevo paradigma de la sociedad tomado de las manos de los movimientos sociales es capaz de producir cambios significativos, antes inimaginables. ¿Quién pudiera imaginar hace 30 años atrás que tendríamos varias mujeres Ministras? ¿Presidentas? ¿Profesoras? ¿Magistradas? Cuando observamos estos cambios podemos entender que el nuevo feminismo tiene ambiciones mayores, no sólo tratar la violencia contra la mujer (no es que este tema no sea relevante, lo es, y mucho!), sino mostrar la integración entre las acciones, porque cuando se discrimina a las mujeres se realizan prácticas negativas que influyen en toda la sociedad.¹⁶

Pero antes hay que decir que el feminismo jurídico tiene ambiciones generales, o sea, no significa “estudiar a las mujeres” o sus problemas e intereses, aunque obviamente estos hayan sido objeto de especial atención. La perspectiva feminista es necesaria y fundamental para analizar cualquier tema, puesto que el mundo está atravesado por el género y organizado por él.

Dicho esto, es superfluo insistir en que “género” no quiere decir “mujeres”...

Pero en esta presentación privilegiaré los estudios feministas que han analizado algunas de las cuestiones tradicionalmente asociadas a las mujeres y algunos de los problemas que,

¹⁵ PITCH, Tamar. Sexo y género de y en el derecho: el feminismo jurídico. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2010, v. 44, p. 435-459. p. 437.

¹⁶ Para Tamar Pitch: “Pero antes hay que decir que el feminismo jurídico tiene ambiciones generales, o sea, no significa “estudiar a las mujeres” o sus problemas e intereses, aunque obviamente estos hayan sido objeto de especial atención. La perspectiva feminista es necesaria y fundamental para analizar cualquier tema, puesto que el mundo está atravesado por el género y organizado por él. Dicho esto, es superfluo insistir en que “género” no quiere decir “mujeres”. Pero en esta presentación privilegiaré los estudios feministas que han analizado algunas de las cuestiones tradicionalmente asociadas a las mujeres y algunos de los problemas que, interesando al universo femenino, han sido desatendidos tanto por el derecho como por la literatura jurídica. Con ello debería quedar claro hasta qué punto son parciales y erróneos todos los estudios que no tienen en cuenta el género, y no son conscientes de ello. (PITCH, Tamar. Sexo y género de y en el derecho: el feminismo jurídico. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2010, v. 44, p. 435-459. p. 444).

interesando al universo femenino, han sido desatendidos tanto por el derecho como por la literatura jurídica. Con ello debería quedar claro hasta qué punto son parciales y erróneos todos los estudios que no tienen en cuenta el género, y no son conscientes de ello.

Obviamente eso no es suficiente para decir que vivimos en un mundo de plena igualdad, tuvimos la liberación del cuerpo pero sabemos que esto no es una condición suficiente para la formación de la PERSONA, por eso, no tenemos dudas de que las desigualdades entre hombres y mujeres todavía existen. Vivimos, sin duda, en un mundo consumista mundo que representa a la MUERTE, a la DESTRUCCIÓN. Este paradigma también precisa ser modificado, junto con la idea de la felicidad y la alegría, para Touraine:

No creo que sea necesario introducir la alegría en la persona, pues pienso que la persona es alegría... no se debe dar una imagen trágica de la persona... la alegría es un atributo de ella... la alegría no viene cuando la persona se integra a la sociedad, sino cuando ella la transforma.¹⁷

Ahora, la posibilidad de transformar y efectivizar este nuevo feminismo está dentro de la sociedad y no fuera de ella. Nosotras las mujeres históricamente construimos los procesos de transformación social, más siempre nos colocamos como “coadyudantes”. En esta nueva sociedad pasamos a ser actrices de esos cambios, de esas nuevas alegrías que son un atributo del ser humano. Podemos citar algunos ejemplos de la evolución de participación de la mujer en el Brasil:

- En 1932, las mujeres brasileñas conquistaron el derecho de participar de las elecciones como electoras y candidatas.
- En 1933, Carlota Pereira de Queirós, se convirtió en la primera diputada federal brasileña.
- En 1979, Eunice Michiles, se convirtió en la primera senadora del Brasil.
- Entre el 24 de agosto de 1982 y el 15 de marzo de 1985, el Brasil tuvo la primera mujer Ministra Esther de Figueredo Ferraz, quien ocupó el puesto en Educación y Cultura.
- En 1989, se presenta la primera candidata mujer para la presidencia de la República Federativa del Brasil. La candidata era María Pío de Abreu, del PN (Partido Nacional).
- En 1995, Roseana Sarney se convirtió en la primera Gobernadora brasileña.

¹⁷ TOURAINE, Alain. *O pós- Socialismo*. Trad. Sinia Goldfeder e Ramon Americo Vasques. São Paulo: Brasilienses, 2004. p. 234.

- El 31 de octubre del 2010, Dilma Rousseff (PT – Partido de los Trabajadores) vencio en las elecciones presidenciales en la segunda vuelta convirtiéndose en la primera mujer presidenta de la República del Brasil.

En la República del Paraguay, según destaca la historiadora Ana Barreto¹⁸, el feminismo, en las mujeres, estaba profundamente arraigado a inicios del siglo XX. El concepto de los derechos como consecuencia de la carta de ciudadanía presentaba una dificultad para las mujeres, pues en la práctica ese derecho era reconocido solo para los hombres, con lo cual el ámbito público era potestativo de los mismos, y las mujeres quedaban relegadas al ámbito privado o esfera doméstica. La citada historiadora Ana Barreto destaca a mujeres Paraguayas como Mercedes Sandoval de Hempel, Line Bareiro, Graziella Corvalán, entre otras quienes crearon la Coordinación de Mujeres del Paraguay en la década de los 80, en busca de la igualdad ante la ley. Es así que se logró la modificación del Código Civil Paraguayo, que entró en vigor en 1987 con la Ley N° 1/1992 de “Reforma parcial del código civil, especialmente en lo referente al nombre, ejercicio de la profesión, de su elección, y en general lo referente a Derechos Civiles y Económicos, que antes les eran negados”.

70

Asimismo, la citada historiadora Ana Barreto recuerda la creación de la Asociación Feminista en 1929, donde ya se discutían las discriminaciones subyacentes en el Código Civil Paraguayo.

La celebración de la "Primera Asamblea de Mujeres Americanas" tuvo por escenario la ciudad de Asunción en 1867, durante el desarrollo de la Guerra de la Triple Alianza. En aquella ocasión mujeres de la Capital y del interior, conocidas como "Las Residentas", entregaron sus joyas y alhajas para colaborar con la defensa nacional, en cuyo frente estaba el Mariscal López. Y el proyecto de ley presentado por la diputada liberal Carmen de Lara Castro en 1974, para declarar el 24 de febrero "Día de la Mujer Paraguaya" tal como se conmemora cada año.

- En 1961, las Mujeres Paraguayas adquirieron el derecho al voto.
- La Señora Serafina Dávalos, primera abogada del Paraguay, se graduó como tal en 1907, siendo la primera egresada universitaria. Su tesis doctoral “Humanismo” “...suscitó gran escándalo pues cuestionaba las bases de opresión de la mujer. Consideraba la igualdad jurídica como determinante del cambio social de la mujer...”. La Dra. Serafina Dávalos promovió la creación del Movimiento Feminista de Asunción, “...coincidiendo con la presentación de un

¹⁸ LÓPEZ, Cinthia. *El feminismo en el Paraguay*. 2011. Disponible en: <http://www.abc.com.py/edicion-impresa/locales/el-feminismo-en-el-paraguay-224203.html>. Acceso en: 08 feb. 2019.



proyecto de Ley sobre Derechos Civiles y Políticos de la Mujer...”. En 1951, fue consejera de las Ligas Paraguayas por los Derechos de la Mujer, donde cumplió una importante labor en la modificación de leyes discriminatorias contra las mujeres, habiendo sido Presidenta honoraria de dicha liga desde 1956.¹⁹ Integró el Tribunal Superior de Justicia de la República del Paraguay, siendo la primera mujer que, si bien no por elección sino por integración ocupó el máximo Órgano de Justicia del País en ese entonces.

- La señora Josefina Pla, escritora, artista plástica y educadora, fue la primera jefa de redacciones de varios diarios paraguayos.²⁰
- Carme Casco de Lara, nació en Concepción, en 1918. Fue una de las más grandes luchadoras a favor de los Derechos Humanos durante la dictadura Stronista, creadora de la Asociación Cultural de Amparo a la mujer en el año 1962, y fundadora de la Comisión Paraguaya de los Derechos Humanos, en 1967.²¹
- Adela y Celsa Speratti, ambas consideradas como ilustres representantes de la Educación Paraguaya, organizaron la educación pública de las mujeres, fundaron la Escuela Graduada de niñas, la Escuela Normal de Maestras y la Escuela Normal de Profesoras.²²

71

Alicia Beatriz Pucheta de Correa fue la primera mujer que integró la Corte Suprema de Justicia del Paraguay por concurso, habiendo accedido a la máxima instancia en el año 2004 en carácter de ministra, y electa Primera Mujer Presidenta de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia en 2007 y, en 2016 nuevamente Presidenta de la Excelentísima Corte Suprema De Justicia.

Con estos pocos ejemplos podemos visibilizar como muy oportunas las palabras de Alain Touraine:

Sólo hay sujeto y exaltación, alegría o fe, cuando nos consideramos responsables y capaces de retomar en manos la sociedad, los recursos y las orientaciones culturales de una sociedad²³.

¹⁹ MUJERES QUE HACEN LA HISTORIA - BREVES BIOGRAFÍAS. Breve biografía de Serafina Dávalos. Disponible en: <https://mujeresquehacenlahistoria.blogspot.com/2009/01/siglo-xix-serafina-davalos.html>. Acceso en: 05 enero 2019.

²⁰ Diario Última Hora: Fecha: 08 de marzo del 2014

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

²³ TOURAINE, Alain. O pós- Socialismo. Tradução Sinia Goldfeder e Ramon Americo Vasques. São Paulo: Brasilienses, 2004. p.237.



Somos responsables no solo “funcionamiento o disfuncionalidad de la familia”, hoy somos, junto a los varones, responsables por la efectivizarían de un nuevo paradigma de la sociedad. Históricamente la “sociedad masculina” atravesó por muchas tensiones que alcanzaron un punto de ruptura pues el foco dominante era la conquista, la producción de la guerra, el polo femenino era el de la inferioridad y el de la dependencia. Aunque la mujer siempre ha tenido participación en la sociedad, hasta hace pocas décadas era el de la sumisión. La mujer aparecía como procreadora. La diferencia que tenemos hoy, con este nuevo paradigma femenino es que, si el varón pierde este poder, no será sometido a la dependencia de la mujer. El nuevo papel de la mujer está en el cuadro de referencia del nuevo feminismo, demostrado por Tamar Pitch:

Cien años de luchas femeninas a través del derecho han producido un patrimonio del que no se puede sino partir. La reflexión feminista ha puesto a la luz problemas, paradojas, consecuencias inesperadas de las mismas conquistas y ha indicado la vía de un debilitamiento del derecho en las estrategias políticas de las mujeres. Haciendo esto, ha producido una rica literatura teórico-política sobre el derecho y los derechos, su historia, su estatuto lógico y filosófico, su impacto social. Sobre todo, ha señalado los límites de la ciudadanía como titularidad de derechos: una reflexión tanto más actual hoy en la medida en que el concepto de ciudadanía adquiere mayor carácter central en la teoría y en la práctica política y cuando, al mismo tiempo, la ciudadanía tradicional, típica de los Estados nación, es puesta en crisis por los procesos de globalización e internacionalización.

72

Lo afirmado por Tamar Pitch es posible apreciar en el modo en que se desenvuelven los relacionamientos entre mujeres, en los que en vez de prevalecer la anhelada sororidad, subyace y se evidencia una rivalidad instalada por el sistema patriarcal, para debilitar lo que el matriarcado ha construido en sus inicios. Esto es, un trabajo articulado y hermanado, con base en el reconocimiento de la congénere como una otra yo, que luego fue debilitado en razón de los intereses en juego: la adquisición de poder para ejercer el dominio masculino, y que las mujeres sean vistas y consideradas como objetos de consumo más que como sujetos de derechos. En ese marco se fue delineando una débil ciudadanía que luego fue tomando fuerza, cuando las mujeres comprendieron que sin los derechos políticos no podrían ser efectivos los derechos civiles, sociales y culturales. Otra puerta de entrada constituyó el justiprecio de la mano de obra femenina, aunque muy por debajo de lo reconocido a la mano de obra masculina; práctica que aún persiste en algunos casos, donde la paga es menor por igual trabajo, al tratarse de mujeres.



Para Touraine, “la sabiduría consiste en reconocer las diferencias profundas que distinguen a la cultura contemporánea de la cultura relativa a un pasado ya distante.”²⁴ En otros términos, la posibilidad de construir una nueva sociedad, que pueda de hecho ofrecer una nueva vida, se da a través de la superación del binomio hombres/mujeres en vez de sustituir la dominación masculina por la femenina. Para ello, es crucial abandonar las visiones siempre y solamente críticas de la condición femenina. Lo más importante es superar –sin olvidar- las denuncias de la condición social de la mujer.

Conforme Alain Touraine,

Son las mujeres las que hacen a nuestra sociedad pasar de una visión conquistadora del mundo a una visión de sí que crea nuevas orientaciones libres, o que corresponden al gran giro que llevo al modelo cultural europeo clásico a evolucionar²⁵.

Este papel puede ser claramente observado cuando vemos que la mujer tiene una vocación de hacer posible y compatible conductas, acciones y actitudes que son separadas o incluso opuestas unas de otras en la actualidad; así las mujeres, más de lo que los hombres lograron hacer hasta hoy, pueden reconstruir una cultura más plural en beneficio de todas y todos. Eso lleva a la idea de que la mujer precisa ser definida en relación a sí misma, y no por referencia a sus papeles sociales ni a sus relaciones con el hombre. En este nuevo paradigma tenemos a la MUJER CON EL PAPEL PRINCIPAL EN LA INNOVACIÓN CULTURAL! Eso puede ser percibido en las nuevas relaciones internacionales, donde las mujeres aparecen como actoras libres y responsables.

73

Usted no puede introducir la idea de persona sin reconocer que hay un eslabón necesario entre igualdad y diferencia, que se verifica ante todo en las relaciones hombres y mujeres, que no son al mismo tiempo diferentes e iguales. La asociación de diferencia y de igualdad es fundamental.²⁶

Podemos constatar que lo que creó la desigualdad no fue el reconocimiento de la diferencia, pero fue su negación. Como podemos observar con los siguientes datos.

²⁴ TOURAINE, Alain. *Um novo paradigma*: para compreender o mundo de hoje. Tradutor Gentil Avelino Titton. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2007. p. faltou página.

²⁵ TOURAINE, Alain. *Um novo paradigma*: para compreender o mundo de hoje. Tradutor Gentil Avelino Titton. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 219.

²⁶ *Ibid.* p. 249.



Este es el nuevo desafío del nuevo paradigma de una sociedad, donde las mujeres de hecho aparecen como actrices principales, lo cual está demostrado cada vez más, hoy tenemos muchas más mujeres en el poder de lo que teníamos poco tiempo atrás, hoy la magistratura pasa por un proceso de feminización, en las carreras académicas observamos también este cambio, pero algunos podrían decir que todavía es poco, es cierto todavía es poco, pero es muy diferente de hace 10 años atrás, hoy todavía tenemos en el mando principalmente hombres, pero el cambio de un paradigma no ocurre de modo abrupto, una transformación es algo más lento y, al mismo tiempo más consistente. Hoy se nota que las mujeres tienen mucha más habilidad para reanudar el sentido de la comunidad. Este sentido viene siendo rescatado a partir de una globalización "masculina" que hasta hoy ha tenido más la función de excluir que de incluir. En ese sentido, Touraine nos advierte que

Un nuevo dinamismo sólo puede surgir a partir de una acción que consiga recomponer lo que el modelo occidental superó, superando todas las polarizaciones. Esta acción ya es evidente, por ejemplo, en los movimientos ecológicos y en los que luchan contra la globalización. Pero las mujeres son las que son y serán las actrices principales de esta acción, ya que fueron constituidas como categoría inferior por la dominación masculina y desarrollan, además de su propia liberación, una acción más general de recomposición de todas las experiencias individuales y colectivas.²⁷

74

*Hoy las mujeres saben mejor cómo conciliar el universo afectivo y el universo cognitivo, y son más receptivas al mestizaje y al cosmopolitismo*²⁸. Hoy, a aquellos o a aquellos que dicen que el reconocimiento de la diferencia va a destruir la igualdad se debe responder primero que la igualdad no está realizada y, en segundo lugar, que la única manera de hacer la igualdad es reconocer las diferencias, es la búsqueda de sí. Una vez más Touraine tiene razón, necesitamos reconocer las diferencias, pero éstas no pueden distanciarse, sino acercarse.

²⁷ TOURAINE, Alain. *Um novo paradigma: para compreender o mundo de hoje*. Tradutor Gentil Avelino Titton. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 242.

²⁸ *Ibid.* p. 244.

CONSIDERACIONES FINALES: PRESUPUESTOS PARA UNA NUEVA FORMA DE COOPERACIÓN INTERINSTITUCIONAL NACIONAL E INTERNACIONAL PARA LA TRANSVERSALIZACIÓN DE GÉNERO

[...]el conocimiento devela misterios, mostrando que nada es, en el fondo, misterioso[...]²⁹

Los desafíos de la sociedad actual ponen en jaque la forma en que las organizaciones públicas y privadas vienen atendiendo, o no, las demandas sociales. Vivimos una situación altamente paradójica en la que morimos de hambre donde tenemos abundancia de alimentos, morimos de sed donde tenemos abundancia de agua. Esta sed y hambre pueden ser vistas bajo los más diversos ángulos simbólicos y reales. La cuestión que seguimos es, colocar quién y cómo se muere en nuestra sociedad y, con ello, cuestionamos cómo vivimos y qué significa vivir. El derecho a la no discriminación aparece como una cuestión fundamental para la vida en sociedad. El derecho a tener derecho implica fundamentalmente en entender que somos sujetos de derecho, que nuestros derechos necesitan ser efectivizados y que la efectividad del derecho se refiere a algunos aspectos tratados en este artículo, tales como definición de la mujer como agente de transformación social.

En este artículo, planteamos *viejas - nuevas* cuestiones, en especial la fraternidad como supuesto para la efectividad de los derechos sociales, en especial los derechos de las mujeres. Este supuesto iluminista no puede seguir *escondido* en las mazmorras de la Revolución Francesa; es necesario hacerlo. Apostar por un mundo mejor significa construirlo a través de nuestras relaciones y actuaciones, y el derecho de las mujeres que aún se presenta como *varias* apuestas: de la universalización, de la integralidad, de la diversidad, entre otros. Pero no podemos dejar de hacer algunas observaciones sobre la situación de la formación de los académicos y cómo estos están preparados para enfrentar el nuevo paradigma del feminismo, que nos lleva a diversos desasosiegos como afirma Boaventura de Sousa Santos:

Hay desasosiegos en el aire. Tenemos la sensación de estar en la orilla del tiempo, entre un presente casi a terminar y un futuro que aún no ha nacido. El desasosiego resulta de una experiencia paradójica: la vivencia simultánea de excesos de determinismo y de excesos de indeterminismo. Los dos excesos suscitan

²⁹ DEMO, Pedro. *Metodologia do conhecimento científico*. São Paulo: Altas, 2000. p. 88.



polarizaciones extremas que, paradójicamente, se tocan. Las rupturas y las discontinuidades, de tan frecuentes, se vuelven rutinas y la rutina, a su vez, se vuelve catastrófica³⁰

Una forma de encarar los desafíos que plantean las cuestiones de género en el Siglo XXI es a través de un trabajo articulado desde la Academia, capaz de hacer comprender a las tomadoras de decisiones la importancia de ver lo que no se ha visto o no se ha querido ver hasta ahora; esto es, las situaciones de desigualdad como resultado de discriminaciones basadas en el ejercicio de un poder distinto al que se presenta como parte de la gobernanza. En efecto, el ejercicio del poder requiere la toma de conciencia de que no se puede hablar de un “estar bien” o de un Estado del Bienestar –en el buen sentido de la palabra–, si todas las personas que integran la sociedad no se sienten protagonistas o incluidas en ella. Si bien la Academia viene realizando esfuerzos desde distintos ámbitos, estamos convencidas de que esa concienciación aún no ha llegado a quienes tienen el poder de decisión para llegar a las masas, de manera que desde las aulas los educandos puedan develar lo que se esconde tras el sistema patriarcal y androcéntrico. Ello es obvio pues en su mayoría a las personas que tienen ese poder tampoco les conviene arrancar el velo que esconde los intereses del patriarcado.

76

Siguiendo a Rosario Valpuesta Fernández, podríamos enfocar este desafío reconociendo –desde el feminismo, que responde a una elaboración teórica que cuestiona el conocimiento dominante y dota de argumentos a los movimientos reivindicativos–, que la reivindicación de los derechos individuales de igualdad y libertad, en cuanto a derechos de las mujeres, si bien se han dado a través de obras de mujeres en todas las épocas, es desde la Revolución burguesa cuando el feminismo activo toma cuerpo.³¹

Durante mucho tiempo las reivindicaciones del feminismo en este ámbito se han desarrollado al margen de la Academia, a extramuros de los estudios y la investigación oficiales que discurrían los cánones de la ortodoxia científica; solo en las postrimerías del siglo pasado entran en la universidad revisando críticamente los saberes acumulados y proponiendo nuevos enfoques y metodologías. Al principio fueron las ciencias sociales y la historia, las que demostraron mayor vitalidad en este sentido para después extenderse a las demás áreas del conocimiento.³²

³⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. *Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2000.

³¹ VALPUESTA FERNÁNDEZ, María Del Rosario. El derecho de familia desde una perspectiva de género. In: NAVAS NAVARRO, Susana (Directora); CAMACHO CLAVIJO, Sandra; DE LAMA AYMÁ, Alejandra (Coordinadoras). *Iguales y Diferentes ante el Derecho Privado*. Valencia: Tirant lo Blanch: España, 2012. p. 323-324.

³² *Ibid.*



No podemos dejar de mencionar la escisión que realiza la autora Valpuesta Fernández al momento de discernir el modo en que se deben enfocar estos estudios, para lograr un acabado conocimiento desde las ciencias. La misma sostiene que distintos son los estudios de género – en puridad– los que refieren a los feminismos, pues si bien los estudios de género tienen su raíz como propuesta liberalizadora de la mujer, “... *su especificidad consiste en que giran en torno a una categoría conceptual que se utiliza para el análisis de la realidad en la que se insertan las mujeres, y sirven igualmente para proponer herramientas para diseccionarla, explicarla y superarla.*”³³

En este caso nos desenvolvemos en un plano eminentemente teórico, aunque su objetivo de estudio es la realidad social y sus prácticas excluyentes de las mujeres. ...Lo que cualifica al género frente a otras propuestas de los estudios feministas es su insistencia en la dimensión relacional de la posición de las mujeres en la sociedad, es decir, su comprensión del fenómeno como una relación social en la que se insertan mujeres y hombres y como una construcción cultural de la diferencia sexual.³⁴

Apuntamos entonces a una cooperación nacional e internacional para la transversalización de las cuestiones de género desde la Academia, en función a análisis que se han de basar en debates epistemológicos, que fomenten estudios teóricos para su aplicación práctica y, de este modo contribuir a la construcción de una sociedad sensible a los problemas sociales con enfoque de derechos, capaces de dar respuestas assertivas desde un análisis multi e transdisciplinar.

77

REFERENCIAS

BUONGERMINI PALUMBO, María Mercedes. CEDAW, Comentarios Inusuales. Secretaría de la Mujer de la Presidencia de la República. Secretaría de Género de la Corte Suprema de Justicia. *Colección la Mujer Paraguaya en el Bicentenario*. Asunción: Servilibro, 2011

DEMO, Pedro. *Metodologia do conhecimento científico*. São Paulo: Altas, 2000.

FACIO MONTEJO, Alda. *Cuando el Género suena cambios trae* (Una metodología para el análisis del género del fenómeno legal). 1ª edición. San José: ILANUD, 1992.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*



LÓPEZ, Cinthia. *El feminismo en el Paraguay*. 2011. Disponible en: <http://www.abc.com.py/edicion-impresa/locales/el-feminismo-en-el-paraguay-224203.html>. Acceso en: 08 feb. 2019.

MUJERES QUE HACEN LA HISTORIA - BREVES BIOGRAFIAS. *Breve biografía de Serafina Dávalos*. Disponible en: <https://mujeresquehacenlahistoria.blogspot.com/2009/01/siglo-xix-serafina-davalos.html>. Acceso en: 05 enero 2019.

PITCH, Tamar. Sexo y género de y en el derecho: el feminismo jurídico. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2010, v. 44, p. 435-459.

PITCH, Tamar. *Un diritto per due*. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità. Milano: Il Saggiatore, 1998.

RESTA, Eligio. *Diritti umani*. Torino: UTET, 2006.

RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma: Laterza, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2000.

TABORGA, Carolina. Prefacio. In: BAREIRO, Line; SOTO, Clyde (coordinación y edición). *Informe de la Sociedad Civil Sobre el Cumplimiento de la Plataforma de Acción de la IV Conferencia Internacional Sobre la Mujer. Paraguay a 20 años de Beijing 1995*. Asunción: SV, 2015.

TOURAINÉ, Alain. *O pós- Socialismo*. Trad. Sinia Goldfeder e Ramon Americo Vasques. São Paulo: Brasilienses, 2004.

TOURAINÉ, Alain. *Um novo paradigma: para compreender o mundo de hoje*. Tradutor Gentil Avelino Tilton. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, Maria Del Rosario. El derecho de familia desde una perspectiva de género. In: NAVAS NAVARRO, Susana (Directora); CAMACHO CLAVIJO, Sandra; DE LAMA AYMÁ, Alejandra (Coordinadoras). *Iguales y Diferentes ante el Derecho Privado*. Valencia: Tirant lo Blanch: España, 2012.

Submissão: 31/12/2018
Aceito para Publicação: 31/12/2018





LA NECESARIA PRESENCIA DE LA ÉTICA EN LA ROBÓTICA: LA ROBOÉTICA Y SU INCIDENCIA EN LOS DERECHOS HUMANOS

THE NECESSARY PRESENCE OF ETHICS IN ROBOTICS: ROBOETHICS AND ITS INCIDENCE IN HUMAN RIGHTS

Nuria Belloso Martín*

RESUMEN: El análisis sobre la robótica y la inteligencia artificial admite varios enfoques. Uno puede ser el de los problemas éticos y jurídicos que plantea la inteligencia artificial (es decir, la IA como materia a regular jurídicamente) y otro, el del impacto de la inteligencia artificial en el pensamiento, la metodología y la práctica jurídica. Por tanto, la interrelación entre Derecho e Inteligencia Artificial es bidireccional. El presente trabajo versa sobre una de las posibles perspectivas de estudio, la necesaria presencia de la ética en la Robótica, sin perjuicio de la imprescindible regulación legal (“Derecho de los robots”) sobre esta materia. La utilización tendenciosa de los algoritmos, la tendencia a configurar un modelo de posthumanismo y, por último, la irrupción de la Roboética constituyen los principales exponentes de las candentes reflexiones que derivan de un avance técnico-científico con una incidencia directa en los derechos humanos.

PALABRAS LLAVE: Robótica. Roboética. Inteligencia artificial. Posthumanismo.

ABSTRACT: *The analysis of robotics and artificial intelligence supports several approaches. One can be that of the ethical and legal problems posed by artificial intelligence (that is, AI as a matter to be legally regulated) and another, that of the impact of artificial intelligence on thought, methodology and legal practice. Therefore, the interrelation between Law and Artificial Intelligence is bidirectional. The present work deals with one of the possible perspectives of study, the necessary presence of ethics in Robotics, without prejudice to the indispensable legal regulation (“Right of robots”) on this matter. The tendentious use of algorithms, the tendency to configure a model of posthumanism and, finally, the irruption of the Roboethics is the main exponents of the burning reflections that derive from a technical-scientific advance with a direct incidence in the human rights.*

KEYWORDS: Robotics. Roboethics. Artificial Intelligence. Posthumanism.

SUMARIO: Introducción. 1 Precisiones Conceptuales: Inteligencia Artificial y Robótica. 2 La Aplicación de la Ética en la Robótica y en la Inteligencia Artificial: La Roboética. 2.1 La Incidencia de los Algoritmos en los Derechos Humanos. 2.2 El Desafío Posthumanista a los Derechos Humanos. 2.3 De la Robótica a la Roboética. Reflexiones Finales. Referencias.

INTRODUCCIÓN

Netflix, el traductor de Google, Spotify, Youtube, Facebook, Instagram –entre muchos otros ejemplos– perfeccionan técnicas de procesamiento de información mediante algoritmos inteligentes. Hoy se habla ya de conducción autónoma de vehículos, drones para servicios de vigilancia y tareas de rescate, de fábricas plenamente automatizadas y de robots para complicadas intervenciones médicas.¹ Los robots y la robótica ya forman parte de nuestra realidad cotidiana. Creados para hacer más fácil la vida humana, los robots –desde nano-robot

* Catedrática de Filosofía del Derecho en la Universidad de Burgos, España.

¹ Desde que Deep Blue ganó al campeón de ajedrez Gary Kasparov en 1997, era cuestión de tiempo que el hardware y el software evolucionaran para ir rivalizando con el ser humano en otras muchas áreas. Lo ha hecho Google con la primera *app* de reconocimiento de voz en 2008, también IBM ganando con Watson al Jeopardy en 2011 y, finalmente, *el bot* Eugene Goostman logrando superar el famoso “Test de Turing” en 2014.

hasta grandes robots- cada uno con su *software*, se han integrado en la asistencia sanitaria, el transporte, la recopilación de información,² la producción industrial o el entretenimiento. Y todos ellos integran un sistema de inteligencia artificial que hace posible que desarrollen sus funciones. El hecho de que en estos dos últimos años se estén promulgando Resoluciones desde el Parlamento Europeo al respecto, se estén celebrando sesiones y debates monográficos sobre el tema³ y las publicaciones sobre la materia –principalmente desde el Área de Derecho Civil y desde la Filosofía del Derecho-⁴ vayan siendo significativas, permite entender que estas innovaciones tecnológicas conllevan nuevos desafíos jurídicos.

La informática jurídica,⁵ la teledemocracia y ciberciudadanía,⁶ los derechos fundamentales en la sociedad tecnológica⁷, los sistemas expertos jurídicos⁸ y, en general, la relación entre Derecho y nuevas tecnologías ha sido objeto de investigación por estudios pioneros en la materia como son los del Profesor Pérez Luño.⁹ Los derechos humanos de tercera generación se configuran como los derechos de la era tecnológica.¹⁰

² Para los operadores jurídicos en general (abogados, funcionarios de la Administración de Justicia), los sistemas de Inteligencia Artificial son de gran ayuda.

³ A modo de ejemplo, citamos la sesión de formación y debate “Los robots y el Derecho” que se celebrará el 27 de septiembre de 2018 en la UCM en la que se presentarán temas tales como: Robots y personas (Carlos Rogel Vide), Potencialidades de los robots y capacidades de las personas (Miguel Lacruz), Robots, derecho de autor y propiedad industrial (Antonio Castán), Robots, datos personales y privacidad (José Luis Piñar), (Robots, daño y responsabilidad (Silvia Díaz), Control de los robots, fallos de los mismos y ataques contra ellos (Antonio Mozo).

⁴ Vid. DE ASÍS ROIG, R., *Una mirada a la robótica desde los derechos humanos*, Madrid, Dykinson, 2014; BARRIO ANDRÉS, M. (Director), *Derecho de los Robots*, Madrid, La Ley, 2018.

⁵ Pérez Luño, A. E., *Manual de informática y derecho*, Barcelona, Ariel, 1996.

⁶ Pérez Luño, A. E., *¿Ciberciudadaní@ o ciudadaní@.com?*, Barcelona, Gedisa, 2004.

⁷ Pérez Luño, A. E., *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, Madrid, Universitas, 2012.

⁸ Pérez Luño, A. E., “Sistemas expertos jurídicos: premisas para un balance”, en Lorenzo Peña, Javier de Lorenzo Martínez, Javier Echeverría Ezponda (Coords.) *Calculamos... Matemáticas y libertad*. Homenaje a Miguel Sánchez-Mazas, 1996, pp. 273-300.

⁹ También en el Área de Filosofía del derecho, el profesor Rafael DE ASÍS ROIG, en 2014 publicó *Una mirada a la robótica desde los derechos humanos*.

¹⁰ Los derechos de primera generación –libertades públicas y participación política- se consideran derechos de defensa de las libertades del individuo, para lo que exigen la no injerencia de los poderes públicos en la esfera privada, limitándose a una actitud pasiva (vigilancia en términos de policía administrativa); los derechos humanos de segunda generación –los derechos económicos, sociales y culturales- se traducen en derechos de participación, requiriendo una política activa de los poderes públicos con la finalidad de garantizar su ejercicio (prestaciones y servicios públicos); los derechos de tercera generación han intentado dar respuesta a los nuevos retos que derivaban para los derechos como resultado de los avances tecnológicos. Y ello porque se ha producido un doble fenómeno: por un lado, las NT y las TIC han hecho posible un desarrollo significativo de las condiciones de vida de los seres humanos; por otro, estos avances también han dado lugar a algunos usos o abusos tecnológicos que han desembocado en amenazas para las libertades y otros derechos humanos, lo que ha impulsado la formulación de esos derechos: desde los derechos del medio ambiente y calidad de vida, derecho a la paz hasta los derechos en el ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) así como los derechos en la esfera de la bioética y de las biotecnologías. (PÉREZ LUÑO, A.E., “Apéndice IV”, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 12ª ed., Madrid, Tecnos, 2018, pp.692-697).

Los interrogantes y desafíos jurídicos y éticos que presentan estos avances tecnológicos forman parte de nuestra realidad cotidiana. Basta tomar en consideración dos recientes noticias aparecidas en prensa, en octubre de 2018. En el primer caso, se parte de un planteamiento dilemático¹¹ publicado en el Diario “ABC”, el 25 octubre 2018:

Un tranvía sin frenos corre fuera de control por una vía que se bifurca en dos caminos. En uno, un filósofo malvado ha atado a cinco personas a los raíles, por lo que si elegimos esta vía, morirán arrollados. Podemos evitar esta tragedia al pulsar un botón que nos desviará por otra vía alternativa, pero en ella también hay una persona atrapada que fallecerá inevitablemente si elegimos esta opción. ¿Pulsaría el botón, aunque signifique la sentencia de muerte para un ser humano? Este es el conocido «dilema del tranvía», creado por la filósofa británica Philippa Foot para comprender cuál es la mejor opción moral para la mayoría de la sociedad en una situación en la que el fatal desenlace es seguro. ¿Cómo elegir entre matar a una embarazada o a una joven? ¿entre matar a un individuo o matar a cuatro? ¿qué criterio debe primar, el de edad, el del número de víctimas u otro?¹²

Se plantea quién y cómo debería decidir/se los parámetros en virtud del cual un vehículo inteligente habría de resolver entre diversas opciones de resultado lesivo en caso de accidente (si los poderes públicos, la propia industria o simplemente los específicos usuarios-propietarios de tales vehículos). Y al hilo de dicha programación habría también que plantearse qué parámetros (de los no técnicos) habrían de marcar el alcance de la IA desde el Derecho (no sólo la vida y la integridad física, claro, sino otros derechos como la libertad física, la intimidad personal, el secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio, etc.).

El segundo caso puede encontrarse en el Diario “El Mundo”, publicado el 11 de octubre de 2018, con el siguiente titular: “Amazon construyó una IA para contratar empleados que discriminaba a las mujeres”:

Imitando el sistema de valoración de productos en su web, la IA de Amazon valoraba a los candidatos con una puntuación entre una y cinco estrellas. Sin embargo, un año después de poner en marcha el proyecto, quienes lo desarrollaron descubrieron que el programa discriminaba sistemáticamente a las mujeres y prefería contratar a los hombres, especialmente en trabajos con un perfil técnico o para el desarrollo de *software*. La razón tras esta discriminación parecía ser que la IA estaba entrenada con los perfiles de antiguos candidatos que habían intentado trabajar en la

¹¹ Sobre los planteamientos dilemáticos, *vid.* PÉREZ LUÑO, A.E., *La Filosofía del derecho como vocación, tarea y circunstancia*, Lección jubilar, Universidad de Sevilla, 2017.

¹² <https://www.abc.es/ciencia/abci-coche-autonomo-quien-debe-salvar-accidente-mortal-inevitable-201810241922_noticia.html>



empresa durante los últimos 10 años, que mostraban un dominio masculino dentro del sector.

Como acertadamente apunta el profesor J.I. Martínez García: “El derecho constituye una de las formas de inteligencia más necesarias y potentes, de la que depende el futuro de la humanidad”.¹³ Pero junto a esa forma de inteligencia, en las últimas décadas se ha instaurado la denominada inteligencia artificial que, a su vez, se interrelaciona con el Derecho.

El análisis sobre la inteligencia artificial admite varios enfoques. Un primer enfoque es el de qué modo la IA influye en el Derecho, en qué y cómo está incidiendo en los juristas (en el pensamiento, la metodología y la práctica jurídica). Un segundo enfoque es el de los problemas éticos y jurídicos –y, por tanto, en los Derechos humanos- que plantea la IA. Por tanto, la interrelación entre Derecho e Inteligencia Artificial es bidireccional.

En relación al primer enfoque: de la aplicación de la IA al trabajo jurídico derivan tres tipos de desafíos como son los teóricos, los prácticos y los relacionados con la deontología profesional y la formación jurídica.

a) Desafíos teóricos de la aplicación de la inteligencia artificial al trabajo jurídico: Creación de sistemas expertos, que, en cuanto a la interpretación y aplicación judicial del Derecho- consiste en elaborar y manejar “razonamientos jurídicos”; El problema teórico de la “indeterminación” o “incertidumbre” consustancial a la interpretación jurídica; La problemática de la “seguridad jurídica”, y más específicamente la debatida cuestión de la predictibilidad de las decisiones judiciales. Así, recientemente hemos asistido al diseño de un algoritmo que, basándose fundamentalmente en una serie de indicadores sobre la conducta previa de los miembros del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, fue capaz de predecir correctamente el 70% de las decisiones de este tribunal o, ya en Europa, de otro modelo basado exclusivamente en el análisis del lenguaje de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que

¹³ Ante el pensamiento jurídico se presenta un nuevo reto como es el de ponerse en relación con el debate contemporáneo sobre la inteligencia y con las distintas formas de inteligencia -tales como la inteligencia artificial, la inteligencia institucional y la inteligencia emocional-. Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., “Derecho inteligente”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº37, 2018, pp.95-114. <<https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/index>>. Pérez Luño plantea explícitamente el problema de la inteligencia. Vid. PEREZ LUÑO, A. E., *Manual de informática y derecho*, Barcelona, Ariel, 1996 pp. 181 y ss; también, vid. DE JULIOS-CAMPUZANO, A., “La ética global de los derechos humanos. Una aproximación prospectiva al impacto de las nuevas tecnologías”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 22, 2011, pp.42-75. <<https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/320/428>>.

ha obtenido un grado de acierto en sus predicciones del 79%. Pero ¿hasta qué punto nos puede aproximar la IA al ideal de la certeza en el Derecho?.

b) Desafíos prácticos de la aplicación de la inteligencia artificial al trabajo jurídico: Habría que dar respuesta a interrogantes tales como: ¿qué áreas de la práctica son susceptibles de ser automatizadas y, en su caso, cómo y en qué medida?, ¿cuáles son las herramientas de IA más apropiadas para realizar cada una de las tareas jurídicas susceptibles de automatización?, ¿se hallan algunos profesionales del derecho en riesgo de ser sustituidos por las nuevas máquinas pensantes?, ¿cómo afectará la introducción de la IA a los métodos y las formas de organización del trabajo del profesional?, E incluso, si una máquina inteligente podría participar en decisiones que afecten a la propia inteligencia artificial de ella misma o de otras.¹⁴

Los cambios en el ámbito de las profesiones jurídicas han sido muy significativos. Baste observar los cambios que ha supuesto pasar de un internet 2.0, el de las redes sociales, a un internet 3.0, el internet de las cosas. Pero en el ámbito del Derecho, se va más allá, hasta configurar el 4.0. Hoy la inteligencia artificial puede leer y procesar millones de datos, detectar la información relevante y proponer una respuesta exacta. El *blockchain*, o cadena de bloques, permite un registro virtual que autentica documentos. Las plataformas de internet y los servicios en línea brindan asesoramiento jurídico y podrían resolver disputas legales. Los contratos inteligentes pueden ser utilizados, entre otras cosas, para la compra de propiedades, bonos o acciones. Estas temáticas, que hasta hace poco se hubieran creído destinadas a ingenieros o expertos en informática, ahora se dictan en las facultades de Derecho. Aprender sobre tecnologías disruptivas, inteligencia artificial, *Blockchain*, criptomonedas, *bigdata*, algoritmos predictivos, ya es cosa de abogados.

¹⁴ RocketLawyer y Legalzoom llevan ya varios años poniendo disposición de individuos y pequeñas empresas documentos legales básicos y asesoramiento legal online a precios muy competitivos. Por su parte, Modria apuesta fuerte por su sistema de resolución de conflictos online, que ha ayudado a Paypal e eBay a solucionar más de 400 millones de casos. Y sin duda, uno de los productos que más interés está despertando es Watson, creado por IBM. Se trata de una tecnología que procesa la información más como un ser humano que como un ordenador tradicional, puesto que es capaz de comprender el lenguaje natural oral y escrito, de generar hipótesis basadas en la evidencia, y de hacerse más inteligente cada vez, aprendiendo de las interacciones previas. Además analiza y procesa datos no estructurados (80 por ciento de la información actual de internet). IBM lo denomina computación cognoscitiva y es un concepto que va más mucho más allá del *big data*. Hay expertos que consideran que es probablemente la tecnología más importante que ha llegado al mundo legal y que permitirá a los abogados pensar y actuar de manera mucho más innovadora. <<http://replicantelegal.com/aspectos-juridicos-de-la-transformacion-digital/>>.

La suma de la información existente, los patrones para elaborar un contrato o dictar una sentencia pueden ser estandarizados y aplicados por los sistemas expertos. Lo que no se reemplaza es la creatividad, la capacidad de pensar más allá, *out of the box*, de proponer formas jurídicas nuevas para un entorno en permanente reinvención, técnica, social y comercial. **El abogado no va a desaparecer. Pero está obligado a adaptarse.**

Una muestra del interés que esta nueva realidad está suscitando entre los profesionales jurídicos en nuestro país nos la suministra el reciente número de febrero de 2018 de la Revista del Consejo General de la Abogacía Española, dedicado monográficamente a dar a conocer esta problemática bajo el expresivo título “*Abogacía e innovación tecnológica: el gran desafío*”.¹⁵

c) Desafíos de la IA en el ámbito de la formación jurídica y la deontología profesional: En muchas de las más prestigiosas Universidades anglosajonas ya se está procediendo a una importante renovación del currículum jurídico en esta dirección. Incluso algunas Universidades han diseñado planes de estudios conjuntos entre Facultades de Derecho e Ingenierías.

En cuanto al segundo enfoque, el de la IA como materia a regular jurídicamente, se presentan dos vertientes. La primera vertiente es la de qué límites establece y diseña el Derecho a la IA, a sus aplicaciones, y a su responsabilidad en caso de que provoque daños. Las cuestiones que están en la agenda jurídica son varias: responsabilidad, consentimiento, seguridad, diseño seguro, trazabilidad. La segunda vertiente es la de la incidencia de la IA en los Derechos humanos. Este último enfoque, el de la Inteligencia Artificial como materia a regular jurídicamente es el que constituye el objeto de análisis del presente estudio.

Una característica común a todos estos artefactos es que tales sistemas presentan cierto grado de autonomía en su funcionamiento, de “impredecibilidad”, y también cuentan con la capacidad de causar daño físico, lo que abre una nueva etapa en la interacción entre los seres humanos y la tecnología, abriendo un nuevo reto normativo.

Como acertadamente advierte Barrio Andrés,¹⁶ hay ciertos rasgos que convierten a la robótica en su conjunto en un campo relevante para los reguladores y los operadores jurídicos. Los interrogantes jurídicos que se plantean son numerosos, ya que se percibe que nuestro

¹⁵ Revista del Consejo General de la Abogacía, nº108, febrero 2018. Disponible en: <<https://docplayer.es/81203020-Revista-del-consejo-general.html>>.

¹⁶ BARRIO ANDRÉS, M., “Del Derecho de Internet al derecho de los robots”, en BARRIO ANDRÉS, M. (Director), *Derecho de los Robots*, cit., pp.63-86.



sistema jurídico no ha contemplado muchas de las situaciones de conflicto que pueden derivar del uso de los robots y de la IA. ¿Son nuestros marcos jurídicos en vigor adecuados para hacer frente a los avances de la robótica? ¿Pueden regularse las nuevas tecnologías robóticas, en particular si se caracterizan por un comportamiento autónomo cada vez mayor, dentro de los marcos legales y éticos existentes o, en caso contrario, deben hacerse más genéricas las normas jurídicas existentes para que incluyan también a las tecnologías robóticas?, o más bien ¿debemos aspirar a una disciplina jurídica autónoma y propia para los robots? A estos interrogantes se pueden añadir otros tales como si los robots pueden ser agente morales, si existe un deber de “cuidado” hacia ellos, u otras tales como: ¿cuál es el grado de autonomía que aspiramos que alcance un robot inteligente? ¿En qué situaciones se podría justificar que un robot no respetara la voluntad humana? Los robots ¿deben crearse con aspecto de personas? ¿Cómo deben relacionarse los robots con seres humanos que sean menos inteligentes que ellos?.

Como explica De Asís Roig, recogiendo unas reflexiones de Sullins, pueden distinguirse diez grandes cuestiones como las que aportan la singularidad ética y jurídica a la robótica: 1) Las aplicaciones militares, cuestionándose las programaciones para tomar decisiones sobre la vida y la muerte; 2) la privacidad: los robots necesitan datos para operar lo que puede acabar colisionando con la voluntad de las personas que no desean compartir tantos datos; 3) La posibilidad de dotar a los robots de una conciencia ética a la hora de tomar decisiones; 4) La robótica social y afectiva que puede llegar a provocar sentimientos en las personas y alterar sus comportamientos; 5) Los robots sexuales, capaces de manipular emociones y comportamientos; 6) Robots cuidadores, diseñados para proporcionar atención primaria a niños, ancianos o enfermos; 7) Los robots médicos, y sus posibilidades; 8) Los vehículos autónomos y su responsabilidad; 8) La responsabilidad moral del robot; 10) La robótica ambiental: el impacto de la fabricación, uso y eliminación de robots así como también la utilización de los robots para recopilar datos sobre el cambio ambiental).¹⁷

En definitiva, se plantea si conviene crear una nueva rama jurídica, el Derecho de los robots que, a la vez adaptará el Derecho general pero que también integrará las especificaciones necesarias a estos instrumentos, para poder dar respuesta a los conflictos que puedan derivar de su uso.

¹⁷ DE ASÍS ROIG, R., *Una mirada a la robótica desde los derechos humanos*, cit., p.71; SULLINS, J. P., “Introduction: Open Questions in Roboethics”, *Philosophy & Technology*, vol.24, 2011, p.233 y ss [cita extraída de R. de Asís, cit.].

El desafío no es exclusivamente normativo sino también ético en orden a crear un Derecho nuevo que haga armónica la convivencia entre seres humanos y máquinas. En este sentido, los expertos en esta materia se enfrentan a cuestiones como las siguientes: ¿Qué reglas deben seguirse para diseñar la inteligencia de estos robots? ¿Qué principios éticos deben aprender? ¿Cómo se evalúa que aplican lo aprendido de forma correcta? ¿Quién y de qué forma regula que el diseño de este tipo de aparatos cumple con un conjunto mínimo de requerimientos que garanticen la seguridad de los humanos? ¿Quién y de qué manera vigila el cumplimiento de lo legislado?

En este estudio vamos a partir de unas precisiones conceptuales para diferenciar la robótica de la inteligencia artificial (IA). Seguidamente mencionaremos uno de los principales retos de la robótica, que no son sólo técnicos, sino también jurídicos y éticos: el diseño, control y límite los algoritmos. A partir de este acercamiento inicial a la robótica y a la IA, se analizará la robótica desde la perspectiva ética (la Roboética) y la jurídica (Derechos humanos y el Derecho de los robots). Se prestará especial atención al marco normativo europeo sobre la robótica y la Inteligencia Artificial para lo que revisaremos tanto la propuesta del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica como el impulso de la Comisión Europea de un nuevo marco regulatorio para la Inteligencia Artificial en la Unión Europea.

Un tema que están adquiriendo protagonismo en la Teoría jurídica y en la teoría de los Derechos Humanos es el de los derechos de los sujetos no – humanos. Bajo esta denominación se engloban estudios y debates que analizan y plantean las posibilidades de que categorías no humanas, tales como que las Generaciones Futuras,¹⁸ la Naturaleza,¹⁹ los animales²⁰ y los robots puedan convertirse en titulares de derechos. En esta línea, analizaremos por último la

¹⁸ La teoría de los derechos debe prestar especial atención a las generaciones futuras haciendo hincapié en la responsabilidad y la previsión, dentro de una responsabilidad dirigida hacia el futuro que nos permite progresar con precaución.

¹⁹ *Id.*, entre otras: STUTZIN, G. “Un imperativo ecológico: reconocer los derechos de la naturaleza” *Revista Atenea*, 2º semestre, 1978, pp. 97-114. <www.opsur.org.ar/blog/wp-content/uploads/2010/10/imperativo-ecologico.pdf>; ACOSTA, A. y MARTÍNEZ, E. (Editores), *Derechos de la Naturaleza – El futuro es ahora*, Abya Yala, Quito, 2009; ACOSTA, A. y MARTÍNEZ, E. (Compiladores), *La Naturaleza con derechos. De la Filosofía a la política*, Abya Yala, Quito, Universidad Politécnica Salesiana, 2011. <<http://www.rosalux.org.ec/es/serie-nuevo-constitucionalismo/254-derechos-naturaleza.html>>. (Acceso 6.11.2017).

²⁰ MOSTERÍN, J. y RIECHMANN, J., *Animales y ciudadanos. Indagación sobre el lugar de los animales en la moral y el derecho de las sociedades industrializadas*, Madrid, Talasa, 1995.

controvertida propuesta del Parlamento Europeo relativa la posibilidad de reconocer personalidad jurídica a los robots.

1 PRECISIONES CONCEPTUALES: INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y ROBÓTICA

Conviene partir de distinguir entre términos como inteligencia artificial (IA) y robótica, que a veces se utilizan indistintamente. La robótica atiende un poco más al cuerpo, un cuerpo mecatrónico, articulado, que resuelve una tarea. Hay movimiento mecánico, articulado. Esa es la definición más clásica. La robótica integra la IA para que los cuerpos robóticos se muevan con inteligencia. García-Prieto Cuesta define un robot como “una máquina, provista de cierta complejidad tanto en sus componentes como en su diseño o comportamiento, y que manipula información acerca de su entorno para así interactuar con él”.²¹

Es decir, bajo el término robot se incluyen aquellos ingenios, tanto androides como otras formas de IA, algunos de ellos con aspecto humanoide, como aquellos otros que se aplican a diversas tareas domésticas. En esta categoría se incluyen los robots asistentes, los drones de uso militar o civil, los automóviles sin conductor, los robots de explotación aeroespacial, determinados aparatos para usos médicos,²² los robots imprimibles para cuyas piezas se utilizan impresoras de 3D, dispositivos para mejora del cuerpo humano (*cyborgs*) o incluso algunos nanorobots que utiliza la nanotecnología para insertarse en el cuerpo humano y combatir determinadas enfermedades.²³ Como se ha señalado, los robots son máquinas que se construyen sobre el paradigma de “sentir-pensar-actuar”. Es decir, están integrados por: a) sensores que vigilan el entorno y detectan cambios en el mismo; b) procesadores o inteligencia artificial que

²¹ GARCÍA-PRIETO CUESTA, J., “¿Qué es un robot?”, en BARRIO ANDRÉS, M. (Director), *Derecho de los Robots*, Madrid, La Ley, 2018, p. 38.

²² Zhu Long, cofundador de la empresa de inteligencia artificial Yitu, avanza una revolución en el sector sanitario. La empresa que dirige, Yitu, ha desarrollado un ambicioso programa -llamado AICare- que ya ha probado su valía en varios hospitales Triple A, los mejores del país. Se trata de un sistema de análisis de pruebas médicas visuales, como rayos X, escáneres, y resonancias magnéticas. Si generalmente, un especialista tarda unos 10 minutos en realizar el informe de esas pruebas, su algoritmo necesitará sólo dos o tres segundos para producir un archivo de texto con toda la información. Por ejemplo, en el caso de que haya un tumor, AICare lo detecta y señala todos los parámetros propios de un informe médico, como la ubicación y el tamaño. Cfr. ALDAMA, Z., “Zhu: “La inteligencia artificial va a redefinir lo que supone ser humano”, Diario *El País*, 17.03.2018. <https://retina.elpais.com/retina/2018/03/15/tendencias/1521130117_627804.html>.

²³ HERNÁNDEZ BONILLA, J.M., “La inteligencia artificial debe diseñarse para el bien de la humanidad”, Diario *El País*, 10.06.2017. <<https://www.elespectador.com/tecnologia/la-inteligencia-artificial-debe-disenarse-para-el-bien-de-la-humanidad-articulo-697779>>.

deciden cómo responder; c) actuadores que operan sobre el entorno de forma que refleje las decisiones anteriores, y que acaban provocando un cambio en el mundo alrededor de un robot.²⁴

Como principales características de la robótica -a juicio de Calo- deben reseñarse tres propiedades: a) corporeidad (frente al software, el robot es material o con una materialidad corpórea); b) impredecibilidad (a diferencia de una simple máquina, el robot piensa y decide con una cierta autonomía); c) impacto social (que en determinados androides da lugar a que haya una preocupación por su situación, e incluso por sus derechos).²⁵

Explicar qué es la inteligencia artificial²⁶ permite recurrir a varias posibilidades. Una definición formal sería aquella en la que una máquina "inteligente" se comporta como un **agente racional flexible que percibe su entorno** y lleva a cabo acciones que maximicen sus posibilidades de éxito en algún objetivo o tarea. Otra definición que podríamos usar tiene que ver con el Test de Turing,²⁷ según el cual se puede considerar que existe verdadera Inteligencia Artificial cuando no podemos determinar si estamos interactuando con un ser humano o con una máquina. Comúnmente también se considera que existe inteligencia artificial cuando una máquina **imita funciones cognitivas de organismos vivo**.²⁸

La Comisión Europea explica que:

el término «inteligencia artificial» (IA) se aplica a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción –con cierto grado de autonomía– con el fin de alcanzar objetivos específicos.

Los sistemas basados en la IA pueden consistir simplemente en un programa informático (p. ej. asistentes de voz, programas de análisis de imágenes, motores de

²⁴ BARRIO ANDRÉS, M., "Del Derecho de Internet al derecho de los robots", en BARRIO ANDRÉS, M. (Director), *Derecho de los Robots*, Madrid, La Ley, 2018, pp.69-70.

²⁵ CALO, R., "Robots and legal metaphores", *Harvard Journal of Law and Technology*, vol.30, nº1, 2016 [cita tomada BARRIO ANDRÉS, M., "Del Derecho de Internet al derecho de los robots", cit., p.73, nota 27].

²⁶ El 3 de mayo de 1997 empezó la partida de ajedrez más emocionante de la historia. Gary Kasparov, campeón mundial entre 1985 y 2001, se enfrentó con *Deep Blue*, la supercomputadora de IBM capaz de calcular 200 millones de posiciones y movimientos por segundo. De los seis juegos, *Deep Blue* ganó tres, Kasparov dos y uno terminó en tablas. El mundo estaba maravillado. Después de muchos años de intentos fallidos, un aparato por fin había sido capaz de doblegar la mente de uno de los hombres más brillantes del siglo. La lejana leyenda de ciencia ficción, en la que el ser humano creaba una máquina capaz de vencerlo, ya era realidad. La clave de la victoria estuvo en la capacidad que la computadora había adquirido de "pensar" por sí misma. Aunque en principio pareciera imposible, nodos, microprocesadores y algoritmos, desarrollados por un equipo *premium* de ingenieros de IBM lograron que la máquina aprendiera de sus errores, resolviera problemas en tiempo real y, lo más difícil, predijera los movimientos de su contrincante. *Deep Blue* simuló con éxito el razonamiento humano en ajedrez y se convirtió en un referente clave para el desarrollo de la inteligencia artificial (IA) en el mundo. Hoy, 20 años después de la épica batalla, las transformaciones y los avances en esta tecnología son aún más sorprendentes.

²⁷ TURING, A., "Computing machinery and intelligence", *Mind*, vol.59, 1950.

²⁸ GARCÍA-PRÍETO CUESTA, J., ¿Qué es un robot?, BARRIO ANDRÉS, M. (Director), *Derecho de los Robots*, Madrid, La Ley, 2018, p. 46.



búsqueda, sistemas de reconocimiento facial y de voz), pero la IA también puede estar incorporada en dispositivos de hardware (p. ej. robots avanzados, automóviles autónomos, drones o aplicaciones del internet de las cosas).²⁹

De la inteligencia artificial preocupan muchos aspectos tales como los fines para los que se puede emplear y los impactos que tendrá en el corto plazo.

Casi todos los grandes nombres de la tecnología, incluyendo Google, Facebook, IBM y Microsoft tienen vastos proyectos de Inteligencia Artificial. Ello ha llevado a que tanto organismos internacionales como prestigiosas Universidades organicen encuentros o impulsen grupos de trabajo para investigar y profundizar.

En esta línea, la Organización de Naciones Unidas (ONU) ha impulsado la Cumbre Mundial de Inteligencia Artificial para el Bien de la Humanidad, celebrada en Ginebra en 2017³⁰.

Asimismo, la Universidad de Stanford invitó a investigadores, especialistas en robótica y otros científicos a predecir los efectos que las máquinas con "funciones cognitivas" podrían tener en la sociedad. Ese grupo de expertos que participa en el *One Hundred Year Study On Artificial Intelligence*, ha publicado un documento titulado *La inteligencia artificial y la vida en 2030 (Artificial Intelligence and Life in 2030)*.³¹ A lo largo del Informe se analiza el **impacto que tendrá la inteligencia artificial en ocho categorías** que van de la salud, la seguridad, el entretenimiento o la educación, a robots de servicio, transportes e impacto en las comunidades de personas desfavorecidas, y también se intenta predecir cómo esta tecnología afectará a la vida urbana.

91

²⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones Inteligencia Artificial para Europa {SWD(2018) 137 final} COM(2018) 237 final. Comisión Europea Bruselas, 25.4.2018.

<ec.europa.eu/transparency/.../2018/.../COM-2018-237-F1-ES-M>.

³⁰ El encuentro, celebrado en Ginebra, Suiza, contó con la participación de científicos, empresarios y políticos en la *Cumbre Mundial AI for Good*, del 7 al 9 de junio de 2017. La cumbre abordó desafíos globales como la pobreza, el hambre, la salud, la educación y medio ambiente y busca democratizar las soluciones de IA en todo el mundo. Una de las iniciativas más interesantes propuestas en la cumbre es utilizar la IA para medir y evaluar con mayor precisión las condiciones de vida de los 3.000 millones de personas que aún viven en la pobreza, y desarrollar políticas públicas acordes con este fin.

³¹ Artificial Intelligence and Life in 2030. *One Hundred Year Study On Artificial Intelligence de la Universidad de Stanford* <https://ai100.stanford.edu/sites/.../ai_100_report_0831fn1.pdf>. El estudio *La inteligencia artificial y la vida en 2030*, publicado por la Universidad de Texas, el Instituto Allen para la Inteligencia Artificial, Microsoft y académicos de Harvard, MIT, Columbia, UC Berkeley, confirma las posibilidades de desarrollo incluyente y sostenible que permitiría la IA. "Estos avances en tecnología pueden hacer más eficiente el desarrollo económico de las comunidades de bajos recursos. La minería de datos podría ayudar a asignar mejor los recursos públicos. Los algoritmos podrían conectar restaurantes a bancos de alimentos y evitar el desperdicio de comida".

Aunque la mayoría imaginó que habría grandes beneficios y grandes problemas, **hay voces que se alzan contra la inteligencia artificial**. Dos de las más prominentes son las de **Stephen Hawking y Elon Musk**, que han advertido sobre los posibles peligros que esta tecnología podría tener.

En el caso del eminente físico, Hawking ha afirmado que "el desarrollo completo de la inteligencia artificial podría **significar el fin de la raza humana**". En una entrevista con la BBC, el científico comentó que aunque hoy por hoy la tecnología no representa ningún peligro tal y como está, en el futuro las máquinas -especialmente los robots- podrían volverse más inteligentes, más grandes y más fuertes que sus desarrolladores humanos. Advierte que: "Despegaría por su cuenta, se rediseñaría a sí misma a un ritmo que nunca dejaría de crecer. Los humanos, que están limitados por una evolución biológica lenta, no podrían competir con ella y serían erradicados".

Por su parte, **Musk**, de Tesla Motors y cofundador de SpaceX, considera que **la inteligencia artificial es una amenaza para la humanidad**. El empresario cree que deberíamos tener "mucho cuidado con la inteligencia artificial". Está profundamente convencido de que son una amenaza a la existencia de nuestra especie, equiparándolo a "invocar a un demonio": el que lo hace cree que puede controlarlo, pero no puede hacerlo.

92

2 LA APLICACIÓN DE LA ÉTICA LA ROBÓTICA Y EN LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

El progreso tecnocientífico y tecnológico conlleva importantes mejoras para el discurrir de la vida humana pero también lleva aparejado algunos riesgos que deben reseñarse. Entre varias posibilidades, se analizarán tres cuestiones: la primera, cómo el diseño y lenguaje de los algoritmos, por su complejidad técnica y oscurantismo planificado, pueden incidir negativamente en los derechos humanos, dando lugar a quiebras del principio de igualdad. En segundo lugar, las posibilidades de mejora tecnológica, cuando se proyectan sobre el ser humano, provocan posibilidades de mejora en los humanos que pueden acabar desembocando en posthumanismos o en transhumanismos. En tercer lugar, la imprescindible incidencia de la ética en la tecnociencia, que debe presidir cualquier avance tecnológico.

2.1 La incidencia de los algoritmos en los derechos humanos

La inteligencia artificial trabaja con algoritmos cuya comprensión no está al alcance de los ciudadanos, por lo que se puede llegar a lo que se ha denominado como la “dictadura del algoritmo”, entendiéndose por tal algoritmo una secuencia de instrucciones secuenciales mediante las cuales pueden llevarse a cabo ciertos procesos y darse respuesta a determinadas necesidades o decisiones. El Derecho trabaja con el lenguaje pero un ordenador no procesa lenguaje natural sino que su funcionamiento se basa en ejecutar un software escrito en un lenguaje de programación, que es una variedad de los lenguajes formales.

Los algoritmos que soportan los servicios de la robótica necesitan gestionar cantidades ingentes de datos personales cuya seguridad y confidencialidad deben quedar garantizadas, así como el compromiso de que sólo se usarán para fines exclusivamente autorizados por el usuario. Los ciudadanos deben poder interpretar los algoritmos que determinan esas decisiones automatizadas por parte de las empresas cuando tengan gran impacto en su vida. Por ejemplo, los que pronostican si alguien es supuestamente apto para un crédito de acuerdo a los requisitos de un banco o para el acceso a una Universidad, y saber si esas entidades podrían estar usando sus sistemas de valoración de forma discriminatoria o no.

No son sólo retos técnicos a los que se debe de dar respuesta sino también jurídicos y éticos. Hay que comprobar que no se están utilizando algoritmos parciales con relación a raza, género y religión ni para favorecer los intereses de determinadas empresas. De este modo, se trata de erradicar desde el principio cualquier atisbo de comportamiento inmoral, como ocurrió en marzo de 2016 con Tay, un *chatbot* creado por Microsoft para hablar por Twitter con jóvenes de entre 18 y 24 años y que tuvo que ser retirado porque “aprendió” a escribir mensajes racistas.³²

Por ello, entre otras cosas, se pide a los fabricantes transparencia en sus desarrollos. ¿Pero qué más es necesario para garantizar este comportamiento ético de la inteligencia

³² PLAZA LÓPEZ, J.A., “Lecciones de ética para máquinas que ‘piensan’ y toman decisiones!”, *Diario El País*, 19.12.2017. <https://retina.elpais.com/retina/2017/12/19/innovacion/1513661054_305253.html RETINA 19/12/2017>. Aplicaciones como el Tay bot de Microsoft ponen de manifiesto el gran desafío del tratamiento los datos sociales. El chatbot Tay, implementado en Twitter a principios de 2016, aprendía de las interacciones del usuario. En su perfil podíamos leer “Cuanto más hablas, más inteligente se vuelve Tay”. Pero esta aplicación terminó llenándose de comentarios racistas, antisemitas y misóginos. Aprendiendo de su entorno, Tay empezó a utilizar una serie de respuestas incendiarias, como “Bush atentó contra las torres gemelas”, o “Hitler habría hecho un trabajo mejor que el mono que tenemos ahora”. Los desarrolladores de Microsoft cerraron la aplicación apenas 16 horas después de su lanzamiento.



artificial? Algunas de las respuestas a esta pregunta son competencia de la Roboética.³³ Según Cortés, uno de los objetivos de esta rama de la ética es afianzar que el diseño de este tipo de máquinas garantiza la seguridad de todos los humanos.

Se debe pensar en un escenario donde los robots de compañía estén preparados para detectar cambios en el estado de ánimo de sus dueños e informar a los cuidadores legales, que a su vez pueden ser humanos o no, para que tomen las decisiones adecuadas. Y en el caso de que una persona opte por no tomar la medicación ¿qué debe hacer el robot? ¿Informar al cuidador humano o guardar el secreto de esa decisión voluntaria? “Además, todo esto implica pasar información privada de un sitio a otro.

Ante la falta de una regulación, algunos gigantes tecnológicos decidieron unirse para tratar conjuntamente las cuestiones morales ante los avances de la robótica y compartir las mejores prácticas en el desarrollo de la inteligencia artificial. Así nació en septiembre de 2016 la asociación *Partnership on AI*, impulsada por Amazon, Apple, Google, IBM y Microsoft y a la que ya se han unido más de 60 entidades. Se trata de una iniciativa inspirada por movimientos anteriores como un manifiesto que en julio de 2015 alertaba de los peligros de la inteligencia artificial, pidiendo su regulación, y que fue firmado por un millar de expertos entre los que se encontraban el físico Stephen Hawking; el cofundador de Apple, Steve Wozniak; el fundador de Tesla, Elon Musk; el lingüista Noam Chomsky; o Demis Hassabis, cofundador de Google DeepMind.

De igual modo, en el ámbito académico destacan proyectos como AI100, de la Universidad de Stanford, liderado por Eric Horvitz, investigador de Microsoft, y que se ha comprometido a elaborar cada cinco años un informe detallado sobre la repercusión de la Inteligencia artificial en la sociedad. El primero de estos informes fue publicado a finales de 2016.³⁴

Más cercana y reciente nos queda la iniciativa que propició un B-Debate, a propuesta de Biocat y la Obra Social “la Caixa”, que derivó en la publicación de la “Declaración de Barcelona para el Uso Apropiado de la Inteligencia Artificial”, celebrado el 8 de marzo de

³³ Una disciplina cuyo origen se remonta al cuento *Círculo vicioso*, publicado en 1942 en el libro *Yo, robot*, de Isaac Asimov.

³⁴ 2016 Report | One Hundred Year Study on Artificial Intelligence (AI100). <<https://ai100.stanford.edu/2016-report>>.

2017.³⁵ Este manifiesto, abierto a nuevas firmas y comentarios, recoge la preocupación por el posible uso “inapropiado, prematuro o malicioso” de las nuevas tecnologías y como contrapartida propone un código de conducta basado en seis puntos: prudencia, fiabilidad, transparencia, responsabilidad, autonomía restringida y el papel humano.³⁶

Sin embargo, algunos algoritmos han demostrado ser “machistas o racistas”. Los científicos han utilizado datos de ofertas de empleo, de reincidencia de presos y de rankings de admisión a Universidades para detectar patrones de discriminación. Con ellos, han creado un algoritmo de búsqueda que incorpora “un mecanismo de acción positiva” para “reorganizar los resultados y evitar la discriminación sin afectar la validez del ranking”. Las experiencias en otros países ponen de manifiesto que hay que ser vigilantes con respecto a cómo funcionan los algoritmos.

En el informe de 2017 de *AI NOW Institute*, de la Universidad de Nueva York³⁷ aporta con recomendaciones clave para el campo de la inteligencia artificial. El informe de 2017 llega en un momento en que las tecnologías de IA se están introduciendo en áreas críticas como la justicia penal, las finanzas, la educación y el lugar de trabajo y de las experiencias de aplicación de la IA, se detectan disfunciones en los algoritmos.

³⁵ Barcelona Declaration for the proper development and usage of Artificial Intelligence in Europe (08.03.2017). <<https://www.iiia.csic.es/barcelonadeclaration/>>.

³⁶ La “*Declaración de Barcelona*” explica que la IA basada en datos, se ha comenzado a aplicar en la última década y funciona con grandes bases de datos procesados mediante algoritmos estadísticos para extraer patrones con los que hacer predicciones o emular un comportamiento humano. La IA basada en datos requiere usar el Big-Data y una gran potencia informática para alcanzar niveles de rendimiento adecuados. Por eso, los científicos hacen un llamamiento para que las empresas europeas inviertan en el desarrollo de IA “a una escala acorde al desafío actual y de tal manera que todas las regiones europeas y los ciudadanos puedan beneficiarse”. Esta inversión, según los autores de la declaración, debe dirigirse a crear “una red de laboratorios de investigación de alto nivel” y a la formación de muchos ingenieros especializados.

Según los científicos, “el salto hacia adelante en la IA ha sido causado por un desarrollo de las tecnologías, una mayor potencia informática en almacenamiento de datos, la mayor disponibilidad de plataformas de provisión de servicios por Internet y una mayor disposición de muchos actores económicos para llevar dicha tecnología a su propio dominio de aplicación”. Entre los riesgos, destacan los denominados chat-bot. La IA ha permitido que estos chat-bots sean lo suficientemente realistas como para que los usuarios confiados no sean capaces de distinguir y sean engañados, y por eso los científicos proponen “exigir que siempre esté claro si una interacción proviene de un humano o de un sistema de IA y que, en el caso de un sistema de IA, sus responsables puedan ser rastreados e identificados”. Otro problema que vislumbran los expertos es que “el innegable entusiasmo por la IA puede llegar a dar la impresión de que la inteligencia humana ya no es necesaria, llevando a algunas empresas a despedir empleados y reemplazarlos por los sistemas de IA”.

³⁷ AI NOW Institute, de la Universidad de Nueva York es un centro de investigación interdisciplinario dedicado a comprender las implicaciones sociales de la Inteligencia artificial. <<https://ainowinstitute.org/>>. El informe se centra en áreas de impacto clave, que incluyen trabajo y automatización, parcialidad e inclusión, derechos y libertades, y ética y gobernabilidad. El informe identifica la falta de mujeres y de minorías subrepresentadas que trabajan en IA como un problema fundamental que probablemente tenga un impacto material en los sistemas de inteligencia artificial y forme sus efectos en la sociedad.

Un primer ámbito de aplicación de la IA ha se ha realizado en el ámbito de la justicia penal, concretamente, para descongestionar el sistema penitenciario estadounidense. Puesto que Estados Unidos tiene un altísimo ritmo de encarcelación -que multiplica por cinco la media de la OCDE-, están surgiendo movimientos reformistas que buscan la forma de descongestionar las cárceles. Una de las propuestas planteadas es que las sentencias se basen no en una noción de castigo, sino de riesgo. ¿Cómo de peligroso es para la sociedad tener a cierto individuo fuera de la cárcel? Eso se decidiría en base a unas puntuaciones de riesgo que son calculadas por algoritmos de *machine learning* para establecer si un reo reincidirá o no en caso de ser puesto en libertad. Sin embargo, un equipo de periodistas y tecnólogos de Propublica demostró cómo un algoritmo utilizado por los tribunales y las fuerzas del orden público para predecir la reincidencia en los acusados de delitos tenía un sesgo considerable contra los afroamericanos. los algoritmos resultan tener tremendos sesgos raciales. Un inocente negro puntúa más alto que un inocente blanco. Debido a una serie de errores estadísticos muy complicados, estos modelos piensan de una forma sesgada”.³⁸

Un segundo ámbito de aplicación de la IA ha sido sanitario. Un estudio en el Centro Médico de la Universidad de Pittsburgh observó que un sistema de IA utilizado para clasificar a los pacientes con neumonía carecía de un factor de riesgo importante para complicaciones graves. Y hay muchos otros dominios de alto riesgo en los que estos sistemas se utilizan actualmente, sin que se los evalúe y se evalúen por sesgos e inexactitudes. De hecho, los métodos estandarizados para realizar tales pruebas aún no se han desarrollado.

2.2 El desafío posthumanista a los Derechos humanos³⁹

Después de la Segunda Guerra Mundial el debate sobre los límites de la ciencia y la tecnología estaba estrechamente vinculado a los temores de destrucción del ser humano relacionado con la bomba atómica. En la actualidad, los nuevos retos son los del post-humano, en los que el 'umbral' del humano se abre a nuevas expectativas y posibilidades. Surgen interrogantes nuevos y complejos, en los que los principios de igualdad y dignidad deben seguir siendo el faro de los avances humanos.

³⁸ PASCUAL, M. G., “Tendremos que tomar decisiones para controlar la inteligencia artificial”, Diario *El País*, 23.07.2017. <https://retina.elpais.com/retina/2017/07/21/tendencias/1500651949_770150.html>.

³⁹ Adoptamos el enunciado presentado por el profesor Pérez Luño en su Apéndice IV de su obra ya citada, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p.687.

Cuando, en 1950, Norbert Wiener publicó sus reflexiones sobre la cibernética, la ciencia y la ciencia y la sociedad, elige como título “el uso humano de los seres humanos”.⁴⁰ En estas palabras encontramos, en el eco actual, la imperiosa necesidad de indagar sobre las relaciones entre ser humano-máquina.

A Julien Huxley se le atribuye la invención del término “transhumanismo», cuando en 1927 concluía sus reflexiones afirmando: «forse il transumanismo servirà: l’uomo rimarrà uomo, trascendendo però se stesso e realizzando così nuove possibilità per la sua propria natura umana».

Stéfano Rodotà advierte de los peligros que derivan “dell’uso umano degli esseri umani”:

Nelle definizioni più recenti si parla di transumanismo o di postumano con riferimento alla «tecnologia che permette di superare i limiti della forma umana» o, più enfaticamente, al «movimento intellettuale e culturale che afferma la possibilità e la desiderabilità di migliorare in maniera sostanziale la condizione umana attraverso la ragione applicata, usando in particolare la tecnologia per eliminare l’invecchiamento ed esaltare al massimo le capacità intellettuali, fisiche e psicologiche». Postumano è inteso come «meglio dell’umano». Ma queste incondizionate aperture, di cui si vorrebbe l’immediata traduzione istituzionale in un «diritto alla tecnologia», rischiano proprio di eludere la questione pregiudiziale dell’uso umano degli esseri umani. [...] Ma ciò che scompare sono gli esseri umani, non più persone ma oggetti, disponibili per il potere politico e il potere medico.

Advierte Rodotà que el calificativo "inteligente" que, tradicionalmente era de exclusiva aplicación a los seres humanos, se aplica ahora usualmente a objetos (teléfono inteligente, vehículo inteligente). Se entra, de forma imperceptible, en la dimensión de la inteligencia artificial, de la construcción progresiva de sistemas capaces de aprender y dotados de formas de su propia inteligencia. Algunos de los protagonistas del mundo de la ciencia y la tecnología -desde Stephen Hawkins a Bill Gates, desde Elon Musk a Jaan Tallin- han manifestado su preocupación ante los riesgos que conlleva una evolución que lleva a la creación de sistemas con una inteligencia que los pondría en condiciones no solo para crear una nueva simbiosis entre el hombre y la máquina, sino para someter la inteligencia humana.

Destaca la creciente aparición de sistemas autónomos, formas autónomas de producción, armas letales autónomas. Esta autonomía contrasta con la situación en la que las

⁴⁰ “La riflessione sui rapporti tra scienza e società viene così legata alla responsabilità per gli effetti della ricerca scientifica e tecnologica, e proiettata nel futuro” (Hiroshima e Nagasaki). RODOTÀ, S., L’uso umano degli esseri umani, *MicroMega*, junio, 2017, pp.1-9.



decisiones se confían a la conciencia e independencia de las personas, y por lo tanto a su responsabilidad. Ahora, sin embargo, la autonomía parece abandonar lo humano y convertirse en una cualidad de las cosas, planteando problemas concretos de responsabilidad civil (quién responderá por el daño causado por un automóvil sin conductor), privacidad (quién garantiza la recopilación continua de información personal facilitada, por ejemplo, por el uso de drones), el futuro del trabajo (la robótica tiene cada vez más vigencia en las fábricas), y otras posibilidades en relación a armas letales para su utilización en guerras.

Francis Bacon, en 1627, en el apéndice de *New Atlantis*, planteaba las perspectivas abiertas por la ciencia:

Prolongar la vida; retrasar la vejez; curar las enfermedades consideradas incurables; calmar el dolor; transformar el temperamento, la altura, las características físicas; fortalecer y exaltar habilidades intelectuales; transformar un cuerpo en otro; fabricar nuevas especies; hacer trasplantes de una especie a otra; Crea nuevos alimentos utilizando sustancias que no se usan en la actualidad.

98

Actualmente se hace referencia a la realidad "aumentada", considerando la forma en que la electrónica transforma el entorno en el que vivimos, y a nosotros mismos. Pero Bacon, en su obra, ya estaba haciendo referencia, de manera implícita, a un hombre "aumentado", a un fortalecimiento de la condición humana. Gracias a la eliminación de las limitaciones naturales y culturales posibilitadas por la ciencia, se consigue una extensión de las oportunidades de vida.

Aparecen así robots virtuales -los algoritmos permiten el funcionamiento del computadoras que gobiernan ciertas actividades-, y robots sociales -a los que se les reconoce "una pequeña humanidad" por lo que resulta inquietante si se está ante el primer paso hacia una "humanidad" integral de la máquina-. El humano se diluye, abandona el área que le había sido atribuida culturalmente en el mundo. Las cosas cobran vida y se puede acabar llegando a un eclipse definitivo de lo que hemos llamado humanismo.

Y no sólo será en el nivel ético y jurídico donde se proyecten los efectos de esa incidencia de la innovación tecnológica. En la cultura, en la economía y en la política también se traslucen sus efectos. Concretamente, en relación a este último ámbito de participación política, a lo largo del siglo XXI, y adhiriéndose al espíritu de la Declaración del Milenio (2000), de la Declaración de Bilbao (2005), del Manifiesto Digital Argentino (Buenos Aires,

2002)⁴¹ y particularmente de la Carta Europea de Derechos del Ciudadano en la Sociedad del Conocimiento (Lyon, 2003), el concepto de ciudadanía digital va ganado adeptos. Entre los textos consensuados, cabe subrayar el Manifiesto por la ciudadanía digital, que va más allá de las NT y de las TIC. El texto está dividido en cuatro partes y tiene como objetivo presentar un campo de investigación, estudio y reflexión sobre los cambios realizados por la red y las redes digitales a la participación, los procesos de toma de decisiones y la política en general.⁴²

El riesgo real, de hecho, no es el de una política expropiada por la tecnociencia sino que induce a concluir que la enfermedad y la pobreza son realmente negocios que ahora pueden delegarse a la tecnología y no problemas para ser gobernados con conciencia civil y política. Advierte Rodotà:

La diffusione della robotica, come già è avvenuto con l'elettronica, porta a una concentrazione del potere nelle mani di soggetti che ne controllano la dimensione tecnica.

En esa misma línea de diagnóstico de los problemas que los espectaculares avances de la inteligencia artificial de la tecnobiología, de la robótica y la neurociencia pueden provocar en la propia esencia del ser humano se ha manifestado el profesor Pérez Luño. Advierte de lo

99

⁴¹ Manifiesto Digital Argentino, aprobado en Buenos Aires, en 2002, configura los Derechos del ciudadano digital: Capítulo 1. Derecho al Acceso: promoción de que cada ciudadano de la Argentina tenga acceso igualitario a Internet; Capítulo 2. Derecho de Apropiación: asistencia personalizada para el aprendizaje y utilización de los dispositivos; Capítulo 3. Derecho de la Información Online, garantizándose la seguridad, privacidad y transparencia; Capítulo 4. Derecho a la Participación: Cada ciudadano de la Argentina tendrá el derecho de **participar** a través de las plataformas y medios tecnológicos en los procesos de toma de decisiones de su gobierno y administración locales, sea por medio de los instrumentos de democracia semidirecta plasmados en nuestra Constitución u otros. < <https://www.madrimasd.org/.../ManifiestoCiudadanoDigital.pdf>>..

⁴² La primera parte del documento, "De la sociedad a las redes conectivas", presenta la transición de las formas de contratación social, reservadas solo a los ciudadanos, a aquellas que se extienden a la biodiversidad y a todas las entidades no humanas que, a través de los procesos de sensorización, "tomaron la palabra". "Empezando a influir en nuestras acciones y nuestras decisiones. Algoritmos, dispositivos de conexión, *big data* y todas las formas de inteligencia no humana que contribuyen a la definición de lo que somos son parte de estas diferentes entidades. La segunda parte del documento, "De los parlamentos a las plataformas digitales", se refiere a las nuevas formas de interacción y conexión en la red que describen la transición de las formas representativas de los procesos de decisión a las directas de las plataformas digitales. Este último no solo ofrece herramientas para la participación directa de los ciudadanos a través del debate en línea, el activismo y la votación, sino que también permite la creación de ecologías de interacción capaces de conectar la inteligencia humana con la de datos, biodiversidad y de la robótica, creando una hiperinteligencia interactiva. La tercera parte del manifiesto, "Del sujeto político a la persona digital", promueve la sustitución de la idea de una persona como un "animal político", típico de la tradición filosófica occidental, con la de infoviduo, compuesta por el conjunto indisociable de la persona física y el digital. Esta nueva dimensión plural de la persona interactúa y participa en la vida pública a través de la construcción de redes y ecologías de datos, cuya dinámica debe seguir la lógica de la transparencia mutua. Finalmente, la cuarta y última parte del documento está dedicada a la necesidad de "Educar para la ciudadanía digital", entendida como un deber para nuestra sociedad y para todas las instituciones educativas públicas y privadas. El objetivo es la construcción de redes más inteligentes, capaces de crear y difundir soluciones concretas a los problemas sociales, abriendo un nuevo horizonte de participación, vida y gestión del municipio.



que podría ser el “fin de la Era humana”, con la llegada de un mundo transhumano, o posthumano. En definitiva, la suplantación de los Derechos humanos por unos derechos posthumanos, lo que podría suponer la extinción de los derechos y libertades en su acepción tradicional, o bien la expansión de esos derechos a otros seres vivos (*Animal-Rights*) o a entes artificiales (*Robots-Rights*).⁴³

Los términos transhumanismo y posthumanismo suelen ser utilizados de forma indistinta o como sinónimos. Ambos defienden la reivindicación del derecho a investigar y utilizar los avances de la tecnociencia para conseguir una mejora de las capacidades físicas y mentales de las personas. Sin embargo, entre ambos movimientos pueden apuntarse algunas diferencias. Así, mientras los transhumanistas defienden que la tecnociencia debe contribuir a la mejora, pero no a la suplantación de la especie humana, los posthumanistas postulan la superación de la humanidad actual por una superhumanidad, como resultado final del proceso de desarrollo tecnocientífico.⁴⁴

La corriente del transhumanismo -entendida como un movimiento intelectual y cultural, que cubre diferentes corrientes,⁴⁵ sostiene la posibilidad y obligatoriedad moral de mejorar las capacidades físicas, intelectuales y psíquicas de la especie humana mediante la aplicación de la inteligencia artificial y de la eugenesia-, va ganando adeptos. Se trata de una filosofía que apunta a usar la tecnología para mejorar la vida, aumenta la inteligencia y hace que los seres humanos sean más felices y más virtuosos. Su finalidad es eliminar todos los aspectos indeseables de la condición humana -enfermedad, sufrimiento, envejecimiento e incluso muerte-. Para el transhumanismo, el final de la humanidad es inevitable si los desarrollos de la ciencia y la tecnología no son aceptadas.

El posthumanismo persigue llegar así a una especie transhumana superior. La mejora potencial de los humanos se basa en la tecnología. Las raíces del posthumanismo remiten a la exaltación de la tecnología como liberación de lo humano, “basado en un triple rechazo”: a) El rechazo de la deficiencia moral, del *homo fallens*; b) El rechazo de la deficiencia física, del cuerpo imperfecto, del *homo patiens*, lo que conduce a la licitud de la eutanasia y de la

⁴³ PÉREZ LUÑO, A. E., “Apéndice IV”, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p.687; también, *vid.* GRAY, J., *Contra el progreso y otras ilusiones*, Barcelona, Paidós, 2006

⁴⁴ PÉREZ LUÑO, A. E., “Apéndice IV”, *Ibidem* (nota 27). Sobre los límites ético-jurídicos del transhumanismo, *vid.* el excelente trabajo de F. H. Llano Alonso: *Homo excelsior. Los límites jurídicos del transhumanismo*, Valencia, tirant lo Blanch, 2018.

⁴⁵ BOSTROM, N., “Una historia del pensamiento transhumanista”, *Argumentos de razón técnica: Revista española de ciencia, tecnología y sociedad, y filosofía de la tecnología*, n. 14, 2011, p.157.

eugenesia, con la pretensión del cuerpo perfecto; c) El rechazo de la diferencia sexual, el coito y la maternidad física. El recurso al útero artificial persigue la liberación de la mujer. El recurso al *cyborg* busca el placer perverso.⁴⁶

La revolución tecnológica se plantea como un reto imprescindible en su proyección en los Derechos humanos, ya que puede afectar tanto a su fundamentación como a su realización y garantías. La dignidad, la libertad, la autonomía, la identidad y la igualdad pueden ser vulneradas por planteamientos alejados del humanismo, por “des-humanismos”.⁴⁷

Como bien advierte Pérez Luño, la tercera generación de derechos humanos se concibe –además de potenciar la potenciación de las capacidades humanas gracias a usos adecuados de las NT y las TIC- como “garantía de que los avances de la sociedad tecnocientífica no se conseguirán a costa de la negación de los valores de la propia humanidad-“. Para ello, -y siguiendo la brillante exposición de Pérez Luño- revisaremos algunos de los valores y derechos humanos que pueden verse afectados por el impacto posthumanista:

a) La *dignidad humana* forma parte de la propia esencia de la persona humana implicando que la persona es un fin en sí misma y que no puede ser instrumentalizada para la consecución de otros fines u objetivos. Ello supone que no puede aceptarse la manipulación e instrumentalización de los seres humanos por un pretendido progreso tecnológico –como pueda ser, por ejemplo, prolongar al máximo una vida sana-. Por lo tanto, es necesario identificar un concepto de dignidad humana que podría ser aplicable a los seres post-humanos.⁴⁸ Baste recordar el imperativo categórico que H. Jonas consideró como característica del siglo XXI: "Actúa de tal manera que los efectos de tus acciones son compatibles con la permanencia de la vida humana genuina en la Tierra".

b) La *intimidad* se ve amenazada en el discurso posthumanista porque algunos programas de la neurociencia pueden invadir los estratos más reservados de la persona.

⁴⁶ TOMÁS Y GARRIDO, G. M^a., “ La transhumanización o el transhumanismo: problemas éticos que plantea”. <www.bioeticacs.org/.../transhumanismo/transhumanismo_CLAS>.

⁴⁷ BALLESTEROS, J., “Tipos de deshumanismos: la confusión humano/no humano”, en CARBONELL, C. y FLAMARIQUE, L. (Editores), *De simios, cyborgs y dioses. La naturalización del hombre a debate*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2016, pp.175-194. <www.bioeticacs.org/.../transhumanismo/Tipos_de_deshumanism...>.

⁴⁸ DE ASÍS ROIG, R., “Ethics and robotics. A first approach”, cit., p.10.

c) La *identidad* individualizada puede verse afectada o incluso abolida porque determinadas investigaciones anticipan programaciones de la conducta - programas de predicción de conductas de los reclusos, ya citados-. En este sentido, también programas de biotecnología y de ingeniería genética, con técnicas de clonación o de intervención en los genes, pueden llegar a planificar las reproducciones – sustituyendo la reproducción natural humana- desembocando en diseños planificados. Incluso, la posibilidad de diseño de *Cyborg* y de una *Interface* que conócete no sólo el cerebro humano con la inteligencia artificial sino varios cerebros humanos entre sí, de manera que haga posible transferir memoria, pensamiento e ideas acabaría afectando a la personalidad humana, que dejaría de ser individual para convertirse en colectiva.

d) La *libertad* se podría ver afectada en la medida en que, bien sea desde el “Gran hermano” de las NT (cámaras, seguimiento de entrada en plataformas digitales) haría posible identificar, clasificar y controlar a cada individuo. Mediante los algoritmos e pide establecer una previsión de conductas y decisiones, de manera que se configura el peligro de que a la persona se la valore no por sus tendencias y no por sus acciones.

e) *Autonomía*: el planteamiento posthumanista afecta a la esfera de autonomía de la persona, entendiendo por tal autonomía la capacidad que tiene cada persona de desarrollar sus planes de vida sin controles externos. La autonomía de las personas se sustituye por la autonomía de las cosas (vehículos autónomos, sistemas autónomos, y otros. Ello implica que, cada vez, más funciones atribuidas tradicionalmente a los humanos, se derivan a las tecnologías autónomas. Pero no se explica qué o quiénes son los que controlan las decisiones que adoptan estas inteligencias artificiales.

f) *Igualdad*: los avances tecnocientíficos se proyectan en la esfera de la igualdad ya que acaba derivando en desigualdades entre quiénes pueden acceder a los desarrollos de la inteligencia artificial y de la robótica y aquéllos otros que quedan fuera de su alcance. Es decir, se abre una brecha digital entre los tecno-ricos y los tecno-pobres.

2.3 De la Robótica a la Roboética

Buscar la forma de aplicar ética a la tecnología no es algo nuevo. Tanto las nuevas tecnologías -como ámbito más amplio-, como también la Robótica, plantean importantes problemas éticos que conviene analizar.

Comenzando por las llamadas tecnologías emergentes, éstas comparten problemas éticos comunes. Asís Roig ha señalado cuatro problemas principales que involucran a todos y cada uno de ellos y que podemos identificar como: igualdad y no discriminación, autonomía, responsabilidad y privacidad / intimidad.⁴⁹ En este sentido:

a) Con respecto a la cuestión de la igualdad y la no discriminación tiene dos enfoques diferentes pero muy cercanos perspectivas relacionadas. El primero se refiere a las salvaguardias para garantizar el acceso universal a los nuevos tecnologías (en este sentido, la reflexión sobre el alcance de las patentes adquiere un especial importancia) mientras que el segundo llama la atención sobre la posibilidad de que el uso de las tecnologías pueden servir para aumentar las diferencias de poder, capacidad y bienestar entre seres humanos;

b) En relación a la autonomía, es uno de los principales puntos de referencia en la moderna ética. Es un principio que, en este contexto, tiene dos proyecciones. Por un lado, uno que se refiere a la libertad de la investigación o la ciencia, por el otro, la posibilidad de toma de decisiones con el consentimiento de los agentes morales;

c) En cuanto a la responsabilidad, se puede proyectar en cualquier moral persona involucrada (científica, técnica, profesional, emprendedora, usuaria, etc.); Por último, la privacidad / intimidad puede verse claramente afectada por el uso de la información tecnología, como también de la genética.

Sin embargo, advierte Asís, que la Robótica plantea otros dos problemas que no están directamente en la agenda de problemas de otras tecnologías, como son el punto de las relaciones sociales y la agencia moral de las máquinas (o robots).

En cuanto a los robots, ya en la década de los 40, Isaac Asimov, en su citada obra *Círculo vicioso*, formuló las “Leyes de la Robótica”:

⁴⁹ DE ASÍS ROIG, R., “Ethics and robotics. A first approach”, *The Age of Human Rights Journal*, 2 (June 2014) pp. 9-10 . <<http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/TAHRJ>>.

1. Un robot no puede dañar a un ser humano, ni con su inacción permitir que un ser humano sufra daño.
2. Un robot ha de obedecer las órdenes recibidas de un ser humano, excepto si tales órdenes entran en conflicto con la primera ley.
3. Un robot no debe proteger su propia existencia mientras tal protección no entre en conflicto con la primera o segunda ley.

Más tarde, en la novela *Robots e Imperio*, Asimov incorpora una cuarta regla que tiene su relevancia en cuanto que precisa el deber del robot frente a la humanidad:

4. Un robot no puede perjudicar a la humanidad, ni con su inacción permitir que la humanidad sufra un daño.

Estas preocupaciones ya no son ciencia ficción. Hay una gran necesidad de encontrar una guía moral para dirigir las máquinas inteligentes con las que cada vez más compartimos nuestras vidas. Esto se vuelve aún más crítico a medida que la IA empieza a desarrollar software de aprendizaje automático sin orientación humana, como es el caso del AutoML de Google. Hoy en día, Tay es una molestia relativamente inofensiva en Twitter. Mañana, puede que esté ideando una estrategia para nuestras empresas o nuestros gobiernos. ¿Qué reglas debe seguir? ¿Cuáles debe desobedecer?.⁵⁰

Ya se ha podido verificar que los robots son más rápidos, agudos e inteligentes que las personas. Ello hace pensar que en un futuro próximo surgirán conflictos en relación a cómo integrar los robots entre los seres humanos, y la progresiva independencia de los robots, en la medida en que se asistirá a una progresiva capacidad de adopción de decisiones autónomas, lo que dará lugar a desafíos tanto jurídicos como también éticos.

Los líderes tecnológicos se han reunido en la Asociación sobre Inteligencia Artificial⁵¹ para explorar cuestiones éticas. Están surgiendo órganos como el ya citado *AI Now* para identificar los prejuicios y así poder erradicarlos. Se está buscando crear un marco ético para dilucidar cómo la inteligencia artificial puede convertir datos en decisiones de una manera justa, sostenible y representativa de lo mejor de la humanidad.

⁵⁰ HOLMES, R., “Por qué debemos tener en cuenta la ética con la inteligencia artificial... antes de que sea demasiado tarde”, Diario *El País*, 30.04.2018.

<https://retina.elpais.com/retina/2018/04/27/tendencias/1524842875_548490.html>.

⁵¹ AEPIA. La Asociación Española para la Inteligencia Artificial (AEPIA) se creó en 1983 para potenciar y fomentar el desarrollo de la Inteligencia Artificial. <<http://www.aepia.org/aepia>>.

La presencia de la ética en los robots ha dado lugar a la denominada “Roboética”, que se define como:

La parte aplicada de la ética cuyo objetivo es el desarrollo de herramientas técnico-científicas y culturales que promueven la robótica como causa de avance de la sociedad humana y de sus individuos y que ayudan a prevenir un uso equivocado de ésta contra la propia especie humana.⁵²

El interés por la perspectiva ética de la robótica ha propiciado el desarrollo de varios Congresos. El primer simposio internacional sobre Roboética se celebró en San Remo (Italia) en 2004. En ese mismo año, **confiando en el futuro desarrollo de la tecnología robótica y en las numerosas contribuciones que los robots realizarán a la Humanidad, durante la Feria Internacional de Robots 2004, se emitió la primera “Declaración Mundial sobre Robótica” desde Fukuoka (Japón),⁵³** en la que se incluyen tres expectativas para los robots de la próxima generación:

1. Los robots de la próxima generación serán socios que coexisten con los seres humanos.
2. Los robots de la próxima generación ayudarán a los seres humanos tanto física como psicológicamente.
3. Los robots de la próxima generación contribuirán a la realización de una sociedad segura y pacífica.

En relación a Europa, el sexto Programa marco de la Comisión Europea, dentro del Programa Ciencia y sociedad (*Science and Society work Programme*) el Proyecto ETHICBOTS para promover y coordinar un grupo de expertos de carácter multidisciplinar (investigadores de IA, robótica, ética, filosofía, psicología) para que analizaran los problemas técnicos y éticos relacionados con la integración de seres humanos y robots. Otro proyecto ha sido el RockEU, también financiado por la UE y continuador del anterior ETHICBOTS, por el que la mayoría de la industria robótica pretende conseguir –entre otros objetivos- una Declaración Universal relacionada con la Roboética.

⁵² GARCÍA-PRIETO CUESTA, J., ¿Qué es un robot?, cit., p.56; también, *vid.* VERUGGIO, G. y OPERTO, F., “Roboethics: a bottom-up interdisciplinary discourse in the field of applied ethics in robotics”, *International Review of Information Ethics*, Vol. 6, 2016.

⁵³ **“Declaración Mundial sobre Robótica”, Fukuoka (Japón), 2004.**
<<http://prw.kyodonews.jp/prwfile/prdata/0370/release/200402259634/index.html>>.

En este sentido, los trabajos del Grupo Europeo de Ética de la Ciencia y de las Nuevas Tecnologías (*European Group on Ethics in Science and New Technologies*)⁵⁴ han tenido especial relevancia en orden a inspirar el marco normativo que, desde la Unión Europea, se ha venido configurando en los dos últimos años ⁵⁵ y han servido de apoyo a algunas de las iniciativas que desde las instituciones europeas -Parlamento y Comisión Europea- se están llevando a cabo –y a las que aludiremos más adelante-. Este Grupo Europeo presentó a comienzos de marzo de 2018 su documento “Declaración sobre la Inteligencia Artificial, la robótica y los sistemas autónomos” (*Statement on Artificial Intelligence, Robotics and ‘Autonomous’ Systems*),⁵⁶ que recoge los principios éticos aplicables a estas tecnologías, por lo que vamos a proceder a realizar un breve análisis de la propuesta presentada.

El punto de partida del documento es que los recientes avances en IA, robótica y las llamadas tecnologías 'autónomas' están planteando todo un conjunto de preguntas y desafíos éticos, sociales y legales, cuya respuesta se hace cada vez más urgente y compleja. En opinión de este Grupo de trabajo, la evolución de estas tecnologías puede dar lugar a nuevos escenarios, tales como:

a) Progresiva opacidad de los algoritmos y concentración de la tecnología en manos privadas: Mientras que la Inteligencia Artificial en forma de aprendizaje automático (*machine learning*) y en especial de 'aprendizaje profundo' (*Deep learning*), alimentado por Big Data, se hace cada vez más poderosa y se aplica en un número creciente de nuevos productos y servicios digitales en los sectores público y privados, su funcionamiento interno se está haciendo extremadamente difícil, si no imposible, de seguir, explicar y evaluar críticamente. Además, estas capacidades avanzadas se están acumulando en gran parte en manos privadas;

b) Generalización de la presencia de sistemas robóticos inteligentes autónomos: Las inversiones de los países y las grandes empresas en este campo son enormes y se observa que

⁵⁴ The European Group on Ethics in Science and New Technologies (EGE). <<https://ec.europa.eu/research/ege/index.cfm>>.

⁵⁵ “The ethical implications of new health technologies and citizen participation!, Opinion n°29 of The European Group on Ethics in Science and New Technologies (EGE), Brussels, 13 October 2015. En el análisis de este documento seguiremos la exposición de: “Guía de principios éticos para la regulación de la Inteligencia Artificial y la robótica”, Diario *La Ley*, Wolters Kluwer, 03-5-2018. <<https://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAAE>>.

⁵⁶ *Statement on Artificial Intelligence, Robotics and ‘Autonomous’ Systems*, European Group on Ethics in Science and New Technologies Artificial Intelligence, Robotics and ‘Autonomous’ Systems (marzo, 2018). <ec.europa.eu/research/ege/pdf/ege_ai_statement_2018.pdf>.



alcanzar una posición de liderazgo en la investigación sobre IA se ha convertido en uno de los principales objetivos de las superpotencias;

c) Aumento de la integración hombre-máquina: Se está produciendo igualmente un impulso para conseguir una interacción cada vez más estrecha entre los humanos y las máquinas (co-bots, ciber tripulaciones, gemelos digitales e incluso la integración de máquinas inteligentes con el cuerpo humano por medio de interfaces cerebro-computadora o *cyborgs*). Y desarrollos similares se pueden ver en el ámbito de la IA.

Estas innovaciones técnicas hacen imprescindible plantearse unas reflexiones tanto ético-morales como políticas. En este sentido, entre las cuestiones que, según el Grupo Europeo de Ética, deberían tenerse en cuenta ante la previsible llegada de nuevos sistemas capaces de funcionar de manera independiente de los humanos y que pueden ejecutar tareas que requerirían inteligencia cuando son llevadas a cabo por humanos, destacan:

a) En relación con la seguridad, prevención de daños y mitigación de riesgos: ¿Cómo podemos hacer que un mundo con IA interconectada y dispositivos "autónomos" sea seguro y cómo podemos medir los riesgos derivados del uso de esos dispositivos?

b) En relación con la responsabilidad humana. ¿Dónde reside la voluntad moralmente relevante en los sistemas dinámicos complejos provistos de una IA avanzada y de componentes robóticos? ¿Cómo debe atribuirse y distribuirse la responsabilidad y quién es responsable (y en qué sentido) de los resultados adversos producidos? ¿Tiene sentido hablar de "control compartido" y de "responsabilidad compartida" entre humanos y máquinas inteligentes? ¿Serán los humanos simples "zonas de absorción de impactos de responsabilidad" de los dispositivos autónomos, utilizados solo para absorber responsabilidades o estarán en una posición adecuada para asumir la responsabilidad de lo que hacen?

c) En relación con la gobernanza, la regulación, el diseño, el desarrollo, la inspección, el control, las pruebas y las certificaciones ¿Cómo deben rediseñarse nuestras instituciones y leyes para que sirvan al bienestar de las personas y la sociedad y para que esta esté protegida de las consecuencias del uso de esta tecnología?

d) Finalmente, surgen preguntas sobre la explicabilidad y la transparencia de los sistemas de IA y de los sistemas "autónomos". ¿A qué valores sirven estos sistemas de manera efectiva y demostrable? ¿Qué valores sustentan la forma en que diseñamos nuestras políticas y nuestras máquinas? ¿En torno a qué valores queremos organizar nuestras sociedades?



Para abordar estas cuestiones, el grupo de expertos propone tomar en consideración los siguientes criterios y principios éticos y políticos para abordar la futura regulación:

a) *Dignidad humana*: El principio de la dignidad humana, entendido como la obligación de respeto al ser humano inherente al mero hecho de serlo, no debe ser violado por tecnologías "autónomas". Esto significa, por ejemplo, que existen límites a la clasificación y condicionamiento de las personas, hechas sobre la base de algoritmos y sistemas "autónomos", especialmente cuando los afectados por ellos no están informados acerca de tales tratamientos. También implica que debe haber límites (legales) a las aplicaciones que pueden llegar a hacer creer a las personas que están tratando con seres humanos cuando en realidad lo estén haciendo con algoritmos y máquinas inteligentes.

b) *Autonomía*: El principio de autonomía se refiere a la libertad del ser humano y se traduce en su responsabilidad y por lo tanto, en su posibilidad de control y de conocimiento de los sistemas "autónomos", ya que estos no deben afectar la libertad de los seres humanos para establecer sus propios estándares y normas y poder vivir de acuerdo con ellos. Todas las tecnologías "autónomas" deben, por lo tanto, respetar la capacidad humana de elegir si, cuándo y cómo delegarles decisiones y acciones. Esto también implica la transparencia y la previsibilidad de los sistemas "autónomos", sin los cuales los usuarios no podrían intervenir o ponerles fin si lo consideraran moralmente necesario.

c) *Responsabilidad*: El principio de responsabilidad debe ser fundamental en la investigación y aplicación de IA. Las aplicaciones de la IA y la robótica no deberían representar riesgos inaceptables de daño a los seres humanos, ni comprometer la libertad y la autonomía humanas por reducir ilegítima y subrepticamente las opciones y el conocimiento de los ciudadanos. En vez de ello, debería orientarse su desarrollo y uso para aumentar el acceso al conocimiento y las oportunidades para las personas. La investigación, el diseño y el desarrollo de IA, la robótica y los sistemas "autónomos" deben guiarse por una auténtica preocupación por la ética de la investigación, la responsabilidad social de los desarrolladores y la cooperación académica global para proteger los derechos y valores fundamentales, diseñando tecnologías que los respalden en vez de restarles valor.

d) *Justicia, equidad y solidaridad*: La IA debería contribuir a la justicia global y a la igualdad de acceso a los beneficios y ventajas que la inteligencia artificial, la robótica y los sistemas "autónomos" pueden aportar. Los sesgos discriminatorios en los bancos de datos



utilizados para entrenar y ejecutar los sistemas de IA deben evitarse o detectarse, notificarse y neutralizarse en la etapa más temprana posible.

e) *Democracia*: Las decisiones clave sobre la regulación del desarrollo y la aplicación de la inteligencia artificial deben ser el resultado del debate democrático y la participación pública. Un espíritu de cooperación global y de diálogo público sobre el tema garantizará que las decisiones al respecto se tomen de manera inclusiva, informada y con visión de futuro. El derecho a recibir educación o de acceder a información sobre nuevas tecnologías y sus implicaciones éticas facilitará que todos entiendan los riesgos y las oportunidades, y estén facultados para participar en los procesos de toma de decisiones que determinen de manera crucial nuestro futuro.

f) *Estado de derecho y responsabilidad*: El Estado de Derecho, el acceso a la justicia y el derecho a una reparación y un juicio justo proporcionan el marco necesario para garantizar el respeto a los derechos humanos en la posible regulación específica de la IA. Esto incluye la protección contra los riesgos derivados de los sistemas 'autónomos' que podrían infringir los derechos humanos, como la seguridad y la privacidad. En este sentido, los gobiernos y las organizaciones internacionales deberían aumentar sus esfuerzos para aclarar con quién recae la responsabilidad por los daños causados por el comportamiento indeseado de los sistemas "autónomos". Además, deberían existir sistemas efectivos de mitigación de daños.

g) *Seguridad e integridad corporal y mental*: La seguridad de los sistemas "autónomos" se materializa de tres formas: (1) seguridad externa para su entorno y usuarios, (2) fiabilidad y solidez interna, por ejemplo contra la piratería, y (3) seguridad emocional con respecto a la interacción humano-máquina. Los desarrolladores de IA deben tener en cuenta todas las dimensiones de seguridad y deben probar rigurosamente los sistemas autónomos antes de su lanzamiento para garantizar que no infrinjan el derecho humano a la integridad física y mental y a un entorno seguro y protegido. Se debe prestar especial atención a las personas que se encuentran en una posición vulnerable. También se debe prestar especial atención al posible doble uso y a la militarización de la IA, por ejemplo en ámbitos como los de la ciberseguridad, finanzas, infraestructura y conflicto armado.

h) *Protección de datos y privacidad*: En una era de recopilación ubicua y masiva de datos a través de las tecnologías de comunicación digital, los derechos a la protección de los datos personales y de respeto de la privacidad se enfrentan a desafíos cruciales. A la luz de la preocupación existente por las posibles inmisiones de los sistemas "autónomos" en la vida

privada y la privacidad, debe considerarse la posibilidad del reconocimiento de dos nuevos derechos: el derecho a un contacto humano significativo (*the right to meaningful human contact*) y el derecho a no ser perfilado, medido, analizado, condicionado o coaccionado (*the right to not be profiled, measured, analysed, coached or nudged*).

i) *Sostenibilidad*: La tecnología de IA debe estar en línea con la responsabilidad humana de garantizar las condiciones previas básicas para la vida en nuestro planeta, seguir prosperando para la humanidad y preservar un medio ambiente sano para las generaciones futuras. Las consideraciones éticas y los valores morales compartidos se pueden utilizar para dar forma al mundo del mañana y se deben interpretar como estímulos y oportunidades para la innovación, y no como impedimentos y barreras.

Durante la 40ª. Conferencia Internacional de Comisionados de Protección de Datos y Privacidad (“ICDPPC”) que se llevó a cabo en Bruselas, Bélgica, el 23 de octubre de 2018, la propia Conferencia suscribió la “Declaración sobre la Ética y la Protección de Datos Personales en la Inteligencia Artificial.”⁵⁷ por la que aprueban seis principios rectores como valores fundamentales para preservar los derechos humanos en el desarrollo de la IA:

1. La IA y las tecnologías de *machine learning* deben diseñarse, desarrollarse y utilizarse en respeto de los derechos humanos fundamentales y de conformidad con el principio de equidad;
2. La atención y la vigilancia continua, así como la rendición de cuentas, por los efectos y consecuencias potenciales de los sistemas de IA deben ser garantizados;
3. Los sistemas de transparencia de la de inteligencia artificial y su inteligibilidad deben mejorarse, con el objetivo de su implementación efectiva;
4. Como parte de un enfoque general de “ética por diseño”, los sistemas de IA deben diseñarse y desarrollarse de manera responsable, aplicando los principios de privacidad por defecto y privacidad por diseño;
5. Debe promoverse el empoderamiento de cada individuo y el ejercicio de los derechos de las personas debe ser fomentado, así como la creación de oportunidades de participación pública; y

⁵⁷ Propuesta por la Comisión Nacional de Tecnologías de la Información y Libertades (CNIL, Francia), el Supervisor Europeo de Protección de Datos (EDPS, Unión Europea) y el Órgano Garante para la Protección de Datos de Carácter Personal (Italia), con motivo de las discusiones que se dieron en la Conferencia sobre el tema de la inteligencia artificial.

Los sesgos o discriminaciones ilegales que puedan resultar del uso de datos en la inteligencia artificial deben ser reducido y mitigado.

REFLEXIONES FINALES

De las diversas cuestiones expuestas se pueden llegar a unas conclusiones, tanto en relación a la proyección de los avances tecnocientíficos en los derechos humanos como del doble nivel de análisis –ético y jurídico- sobre la inteligencia artificial y la robótica.

En cuanto a los problemas éticos y jurídicos que plantea la IA como materia a regular jurídicamente, se pueden derivar varias reflexiones. La premisa de que tanto la robótica con la IA deben complementar pero no sustituir al ser humano –como advierte el Parlamento Europeo- constituye una premisa básica para, a partir de la misma, poder trabajar en una regulación de la robótica, tanto jurídica –Derecho de los robots- como ética –Roboética, con un Código ético sobre robótica-.

En relación al aspecto ético, el denominado “paradigma tecnocrático” no puede acabar ocultando los valores humanistas y esenciales al ser humano (dignidad, libertad, seguridad, igualdad, libertad, responsabilidad). Precisamente, la propia ética humana hace que sea consciente de que hay que poner límites a la robótica –como también se ha hecho en la Biotecnología-. Por ello, un referente ético para fabricantes, programadores, usuarios resulta imprescindible para ayudar a no dejarse dominar por las amplísimas posibilidades técnico-científicas.

En relación a lo que aportan los derechos de tercera generación con relación al desafío posthumanista y a su incidencia en los derechos humanos, siguiendo a Pérez Luño, cabe reseñar un aspecto sustancial como es el de que “se puede cuestionar la pretensión de objetividad y neutralidad” de la teoría posthumanista. Los argumentos posthumanistas se presentan, actualmente, como verdades tecnocientíficas irrefutables. Habermas, en su obra *Ciencia y técnica como ideología*, ya denunció hace algunos años la pretensión de presentar conocimientos tecnocientíficos con un valor puramente de avance tecnológico aunque en realidad ocultaban unas opciones prácticas e intereses determinados. Tras ese velo de científicismos y de técnica, parece que se nos quieren ocultar las decisiones sobre la condición humana y el desarrollo tecnológico, hurtándolo del debate político. La falta de transparencia es

clamorosa –como se pone de manifiesto en el diseño de los algoritmos y las dificultades para seguir su trazabilidad- de manera que se acaba al albur de las “mentes” que diseñan la inteligencia artificial –tanto por intereses económicos o por otras finalidades espúreas-.

La perspectiva jurídica se proyecta en dos cuestiones que actualmente suponen un importante desafío para los juristas: por un lado, la incidencia de la IA en los Derechos humanos; por otro, el Derecho de los Robots.

En cuanto a la perspectiva jurídica, resulta necesario regular un “Derecho de los robots”⁵⁸ que, en principio, tendría un doble objeto. Primero, cómo distribuir los derechos y las responsabilidades que surgen de las acciones de los seres no humanos; segundo, el impacto social en la vertiente de la sustitución de seres humanos por robots y sistemas de IA.⁵⁹ Se habla de personas electrónicas, a modo de *tertium genus* entre persone física y persone jurídica, constituyendo una categoría autónoma, dotada de derechos y deberes.

Los robots no pueden ser considerados agentes morales, lo cual no significa que el trato que se los deba de dispensar sea de un mínimo de cuidado. En cualquier caso, deberá tomarse en consideración la posibilidad –como apuntan algunos autores- de hablar de agentes morales artificiales, señalando tres teorías éticas que abren esta posibilidad como son la de Peter Singer –vinculada a los animales-, la de John Rawls –vinculada a la teoría de la justicia y referida a seres racionales- y, finalmente, las denominadas éticas evolucionistas.⁶⁰

La categoría de responsabilidad constituye una piedra angular sobre la que se trabaja para dirimir la cuestión de la personalidad jurídica de los robots. La asunción del principio de

⁵⁸ El Derecho sobre los robots ya es una realidad en otros países tales como: 1) Corea del Sur, que ya cuenta con legislación al respecto –*Korean law on the development and distribution of intelligent robots* (2005)- y la *Legal Regulation of Autonomous systems in South Korea*, (2012) (HILGENDORF MINKYU KIM, E., “Legal Regulation of Autonomous Systems in South Korea on the Example of Robot Legislation”. <https://www.jura.uni-wuerzburg.de/.../Legal_Regulation_of_Aut...>; 2) Japón, donde se ha aprobado las *Guidelines to Secure the Safe Performance of Next Generation Robots* y la *New Robot Strategy –Japan’s Robot Strategy- Vision, Strategy, Action Plan* en febrero de 2015; Por su parte, la Unión Europea ha impulsado una regulación –jurídica y ética-. Entre los principales textos jurídicos destacamos: a) Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)) Parlamento Europeo, 2014-2019. <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0/ES>>; b) Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad». 31.8.2017. ES. Diario Oficial de la Unión Europea. C 288/1. Bruselas, 31 de mayo de 2017. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?...2017>.

⁵⁹ BARRIO ANDRÉS, M., “Del Derecho de Internet al derecho de los robots”, cit., pp. 84-85.

⁶⁰ Sullins diferencia tres categorías: los agentes biológicos sintéticos, los agentes robot y el software. Cfr. SULLINS, J.P., “Artificial Moral Agency in Technoetics”, en LUPPICINI, J. R. y ADELL, R., (Edts.), *Handbook of research technoetics*, New York, IGI Global, 2009, p.207. Cita tomada de: DE ASÍS ROIG, R., *Una mirada a la robótica desde los derechos humanos*, cit., p.79.

precaución se ha asumido en la mayor parte de las normativas relativas a robots industriales. Según este principio, si una actividad es aparentemente peligrosa o sospechosa de que pueda causar un daño a la salud humana, deben de implementarse medidas de precaución apropiadas, aunque no pueda establecerse una relación directa causa-efecto de manera científica.

La conciliación del principio de incertidumbre y del principio de precaución, hacen que el riesgo⁶¹ que conlleva la utilización de robots y de los potenciales daños que puedan causar, conduzca a tener que buscar incluso ficciones jurídicas para poder hacer frente al potencial riesgo futuro. El principio de precaución inclina la balanza a favor del ciudadano que será quien, en su caso, sufra los daños que un robot inteligente pueda provocar. Es decir, parece que lo que se utiliza como pretexto para otorgar personalidad jurídica a los robots es que es la única manera de asegurar que el ser humano cobrará su indemnización los daños que pueda sufrir, derivados del mal funcionamiento de la máquina inteligente.

El paso de considerar a un robot como objeto a considerarlo sujeto de derechos y obligaciones no la compartimos. Es una regulación innecesaria desde el punto de vista técnico e inapropiada desde una perspectiva ética y legal. El estatus legal de un robot no puede equipararse al de una persona porque entonces tendría derechos humanos, como el derecho a su integridad, ciudadanía, remuneración, y otros, y ello entraría en contradicción con la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

Tampoco parece que se pueda aplicar a los robots el modelo de entidad jurídica que tienen las empresas, porque éste exige que haya un ser humano detrás para representarlas y dirigir las. Es decir, al final siempre se acaba revirtiendo la responsabilidad en una persona, bien sea el creador del software, o el fabricante del robot. Por ahora, resulta prematuro dotar de personalidad y exigir responsabilidades a los robots que existen ahora o a los que se preve que existirán durante los próximos diez años porque, en última instancia, sus actuaciones estarán regidas por las decisiones de personas. Si el problema principal que actualmente deriva de la robótica es la imputación de responsabilidad, no puede resolverse como la ficción de dotarlos de una “personalidad jurídica electrónica” porque, a la postre, tendrá que ser siempre un ser humano (fabricante, programador usuario) en responsable de los daños.

⁶¹ BECK, U., *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 1998.



el desarrollo de productos y soluciones de internet de las cosas (IoT) e inteligencia artificial, así como su integración en la transformación digital que se está desarrollando en múltiples campos, como la medicina, las finanzas y la fabricación. Nuestra vida, tanto en entornos urbanos como rurales, también se ve afectada por la irrupción de los nuevos conceptos de desarrollo a través de las “*Smart city*” y “*Territorio rural inteligente*” pero ello no está reñido con facilitar que el ser humano desarrolle todas sus capacidades y potencialidades en un entorno en el que las nuevas tecnologías le hagan la vida más ágil y cómoda sin vulnerar la seguridad. Ciencia/técnica y dignidad humana son conceptos llamados a una complementariedad y entendimiento mutuo.

Los juristas no somos técnicos, pero trabajamos con la racionalidad. Por tanto, en nuestra labor de juristas está la responsabilidad de llevar a cabo una reflexión interdisciplinar - tanto a la luz del Derecho, del lenguaje, de la racionalidad, de la ética, del humanismo, de la política como también de la cibernética, de la ingeniería, de la economía y otras ramas técnicas-, acerca de las posibilidades y límites –éticos y jurídicos- del Derecho de los robots y de la Roboética.

114

REFERENCIAS

ACOSTA, A. y MARTÍNEZ, E. (Editores), *Derechos de la Naturaleza – El futuro es ahora*, Abya Yala, Quito, 2009.

ACOSTA, A. y MARTÍNEZ, E. (Compiladores), *La Naturaleza con derechos. De la Filosofía a la política*, Abya Yala, Quito, Universidad Politécnica Salesiana, 2011. <<http://www.rosalux.org.ec/es/serie-nuevo-constitucionalismo/254-derechos-naturaleza.html>>. (Acceso 6.11.2017).

ADSUARA VARELA, B., “Cuatro reflexiones sobre los ‘componentes éticos’ de la Inteligencia Artificial”, *Diario El País*, 01.06.2018. <https://retina.elpais.com/retina/2018/05/31/tendencias/1527796331_443100.html>.

ALDAMA, Z., “Zhu: “La inteligencia artificial va a redefinir lo que supone ser humano”, *Diario El País*, 17.03.2018. <https://retina.elpais.com/retina/2018/03/15/tendencias/1521130117_627804.html>.

ARANSAY ALEJANDRE, A. M^a., “Antecedentes y propuestas para la regulación jurídica de los robots” en BARRIO ANDRÉS, M. (Director), *Derecho de los Robots*, Madrid, La Ley, 2018, pp.87-106.



BALLESTEROS, J., “Tipos de deshumanismos: la confusión humano/no humano”, en CARBONELL, C. y FLAMARIQUE, L. (Editores), *De simios, cyborgs y dioses. La naturalización del hombre a debate*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2016, pp.175-194. <www.bioeticacs.org/.../trshumanismo/Tipos_de_deshumanism...>.

BARRIO ANDRÉS, M. (Director), *Derecho de los Robots*, Madrid, La Ley, 2018.

BARRIO ANDRÉS, M., “Del Derecho de Internet al derecho de los robots”, en BARRIO ANDRÉS, M. (Director), *Derecho de los Robots*, Madrid, La Ley, 2018, p.63-86.

BECK, U., *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 1998.

BOSTROM, N. “Una historia del pensamiento transhumanista”, *Argumentos de razón técnica: Revista española de ciencia, tecnología y sociedad, y filosofía de la tecnología*, nº. 14, Universidad de Sevilla, 2011.

BOSTROM, N. y YUDKOWSKY, E., “The Ethics of Artificial Intelligence”, 2011. <<http://www.nickbostrom.com/ethics/artificial-intelligence.pdf>>.

CALO, R., FROOMIN, M. y KERR, I. (Cords.) *Robot Law*, Nueva York, Editorial Edwar Elgar Publishing, 2016.

CALO, R., “Robots and legal metaphores”, *Harvard Journal of Law and Technology*, vol.30, nº1, 2016.

CASANOVAS, P., “Inteligencia artificial y derecho: a vuelapluma”, *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento jurídico*, junio7, 2010.

CORTINA, A., *Las fronteras de la persona. El valor de los animales, la dignidad de los humanos*, Madrid, Taurus, 2009.

DARLING, K., “Extending legal protection to social robots: the effects of anthropomorphfism, empathy, and violent behavior towards robotics object”, en CALO, R., FROOMIN, M. y KERR, I. (Cords.) *Robot Law*, Nueva York, Editorial Edwar Elgar Publishing, 2016.

DE ASÍS ROIG, R., *Una mirada a la robótica desde los derechos humanos*, Madrid, Dykinson, 2014.

_____. “Ethics and robotics. A first approach”, *The Age of Human Rights Journal*, 2 (June 2014) pp. 1-24.< <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/TAHRJ>>.

DE LA CUEVA, J., “Código fuente, algoritmos y fuentes del Derecho”, *El Notario del Siglo XXI - Revista on-line del Colegio de Notarial de Madrid*, nº 80, julio-agosto 2018. Disponible en: <www.elnotario.es/.../8382-codigo-fuente-algoritmos-y-fuentes-d..>.

DE JULIOS-CAMPUZANO, A.; “La ética global de los derechos humanos. Una aproximación prospectiva al impacto de las nuevas tecnologías”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del*

Derecho, nº 22, 2011, pp.42-75. <<https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/320/428>>.

GALAN DIEZ, L., *Homo o cyborg politicus: nueva e-politica. Evolución de las tecnodemocracias en la cuarta revolución*, Madrid, Dykinson, 2018.

GÓMEZ ABAJO, C., “La inteligencia artificial tiene prejuicios, pero se pueden corregir”, *Diario El País*, 28.08.2017. <https://retina.elpais.com/retina/2017/08/25/tendencias/1503671184_739399.html>.

GARCÍA-PRIETO CUESTA, J., ¿Qué es un robot?, en BARRIO ANDRÉS, M. (Director), *Derecho de los Robots*, Madrid, La Ley, 2018, pp.25-60.

GRAY, J., *Contra el progreso y otras ilusiones*, Barcelona, Paidós, 2006.

HABERMAS, J., *Ciencia y técnica como ideología*, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 2009.

HOLMES, R., “Por qué debemos tener en cuenta la ética con la inteligencia artificial... antes de que sea demasiado tarde”, *Diario El País*, 30.04.2018. <https://retina.elpais.com/retina/2018/04/27/tendencias/1524842875_548490.html>.

LLANO ALONSO, F. H., *Homo excelsior. Los límites jurídicos del transhumanismo*, Valencia, tirant lo Blanch, 2018.

MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., “Derecho inteligente”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº37, 2018, pp.95-114. Disponible en: <<https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/index>>.

MOLINA GARCÍA, M^a. J., “La inteligencia artificial en el ejercicio de la abogacía: IBM Watson”, *Revista actualidad civil*, nº6, 2016.

MIHELJ, M, BAJD, B y otros, “Humanoid Robotics”, *Robotics*, 2018, Springer, pp. 209-229. <https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-319-72911-4_14>.

MOSTERÍN, J. y RIECHMANN, J., *Animales y ciudadanos. Indagación sobre el lugar de los animales en la moral y el derecho de las sociedades industrializadas*, Madrid, Talasa, 1995.

PASCUAL, M. G., “Tendremos que tomar decisiones para controlar la inteligencia artificial”, *Diario El País*, 23.07.2017. <https://retina.elpais.com/retina/2017/07/21/tendencias/1500651949_770150.html>.

PEREZ LUÑO, A. E., *Manual de informática y derecho*, Barcelona, Ariel, 1996, sí que plantea explícitamente el problema de la inteligencia en pp. 181 y s.

PÉREZ LUÑO, A. E., “Apéndice IV”, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 12ª ed., Madrid, Tecnos, 2018, pp.687-702.

RODOTÁ, S., “La transformazioni del corpo”, *Politica del Diritto*, XXXVII, nº.1, marzo, Il Mulino, 2006, pp.3 ss. <<https://www.rivisteweb.it/doi/10.1437/22139>>

RYUS, M., “Europa, dividida sobre los derechos de los robots” en Diario *La Vanguardia*, 17.04.2018, pp.20-21. <www.unionprofesional.com/clipping/.../Vanguardia_170418.pd>.

SÁNCHEZ DEL CAMPO REDONET, A., “Europa quiere regular a los robots” Diario *La Ley*, nº4, Sección Ciberderecho, 2017.

SÁNCHEZ DEL CAMPO REDONET, A., *Reflexiones de un replicante legal. Los retos jurídicos de la robótica y las tecnologías disruptivas*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2016.

STUTZIN, G. “Un imperativo ecológico: reconocer los derechos de la naturaleza” *Revista Atenea*, 2º semestre, 1978, pp. 97-114. <www.opsur.org.ar/blog/wp-content/uploads/2010/10/imperativo-ecologico.pdf>.

SULLINS, J.P., “Artificial Moral Agency in Technoetics”, en LUPPICINI, J. R. y ADELL, R., (Edts.), *Handbook of research technoetics*, New York, IGI Global, 2009.

SULLINS, J. P., “Introduction: Open Questions in Roboethics”, *Philosophy & Technology*, vol.24, 2011.

117

TURING, A., “Computing machinery and intelligence”, *Mind*, vol.59, 1950.

VERUGGIO, G. y OPERTO, F., “Roboethics: a bottom-up interdisciplinary discourse in the field of applied ethcis in robotics”, *International Review of Information Ethics*, Vol. 6, 2016.

YUDKOWSKY, E., *Creating Friendly AI 1.0: The Analysis and Design of Benevolent Goal Architectures*, The Singularity Institute –MIRI- San Francisco, CA, June 15, 2001. <<https://intelligence.org/files/CFAI.pdf>>.

INFORMES, PÁGINAS WEB

Directiva 85/374/CEE, del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros *en materia de* responsabilidad por *los* daños causados por productos.

<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?...31985L0374>>

“Declaración Mundial sobre Robótica”, Fukuoka (Japón), 2004. <<http://prw.kyodonews.jp/prwfile/prdata/0370/release/200402259634/index.html>>.

The European Group on Ethics in Science and New Technologies (EGE). <<https://ec.europa.eu/research/ege/index.cfm>>.

World Robot (Declaración Mundial de la Robótica), 25.02.2004.
<<http://prw.kyodonews.jp/prwfile/prdata/0370/release/200402259634/index.html>>.

2016 Report | One Hundred Year Study on Artificial Intelligence (AI100).
<<https://ai100.stanford.edu/2016-report>>.

Barcelona Declaration for the proper development and usage of Artificial Intelligence in Europe (08.03.2017). <<https://www.iiia.csic.es/barcelonadeclaration/>>.

Artificial Intelligence and Life in 2030. One Hundred Year Study On Artificial Intelligence de la Universidad de Stanford <https://ai100.stanford.edu/sites/.../ai_100_report_0831fnl.pdf>.

Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)) Parlamento Europeo, 2014-2019. <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8->

TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//ES>

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad». 31.8.2017. ES. Diario Oficial de la Unión Europea. C 288/1. Bruselas, 31 de mayo de 2017. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?...2017>.

Statement on Artificial Intelligence, Robotics and ‘Autonomous’ Systems (Declaración sobre la Inteligencia Artificial, la robótica y los sistemas autónomos)) European Group on Ethics in Science and New Technologies Artificial Intelligence, Robotics and ‘Autonomous’ Systems (marzo, 2018). <ec.europa.eu/research/ege/pdf/ege_ai_statement_2018.pdf>.

Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones Inteligencia Artificial para Europa {SWD(2018) 137 final} COM(2018) 237 final. Comisión Europea Bruselas, 25.4.2018.

<ec.europa.eu/transparency/.../2018/.../COM-2018-237-F1-ES-M>.

The European Group on Ethics in Science and New Technologies (EGE). <<https://ec.europa.eu/research/ege/index.cfm>>.

“The ethical implications of new health technologies and citizen participation!, Opinion nº29 of The European Group on Ethics in Science and New Technologies (EGE), Brussels, 13 October 2015.

Final Report Summary - ROBOLAW (Regulating Emerging Robotic Technologies in Europe: Robotics facing Law and Ethics)- <https://cordis.europa.eu/result/rcn/161246_en.html>.

Real Decreto-ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos. <<https://www.boe.es › BOE › 30/07/2018>>.



Barcelona Supercomputing Center – Centro Nacional de Supercomputación (BSC–CNS)
<<https://www.bsc.es/>>.

AEPIA. La Asociación Española para la Inteligencia Artificial (AEPIA) se creó en 1983 para potenciar y fomentar el desarrollo de la Inteligencia Artificial. <<http://www.aepia.org/aepia>>.

AI NOW Institute de la Universidad de Nueva York. <<https://ainowinstitute.org/>>.

Progress in Artificial Intelligence. <<https://link.springer.com/journal/13748>>.

Iberoamerican Journal of Artificial Intelligence. Edited by Iberamia.

<<https://journal.iberamia.org/index.php/intartif/index>>.

Machine Intelligence Research Institute (MIRI) <<https://intelligence.org/>>

Electronic Frontier Foundation (EFF) <<https://www.eff.org/>>

AICare <<https://www.aicare.eu/home>>

Inteligencia Artificial para el Bien de la Humanidad. ITU News Magazine.
<https://www.itu.int/en/itunews/...01/2018_ITUNews01-es.pdf

119

Cumbre Mundial ai For Good. Ginebra, 07 a 9 de junio de 2017.
<<https://www.itu.int/es/mediacentre/pages/2017-pr23.aspx>>.

<<https://www.itu.int/en/ITU-T/AI/Pages/201706-default.aspx>>.

Robolaw. <www.robolaw.eu>.

<<http://replicantelegal.com/aspectos-juridicos-de-la-transformacion-digital/>>.

PLAZA LÓPEZ, J.A., “Lecciones de ética para máquinas que ‘piensan’ y toman decisiones!”,
Diario El País, 19.12.2017.
<https://retina.elpais.com/retina/2017/12/19/innovacion/1513661054_305253.html
RETINA 19/12/2017>.

Diario ABC (25/10/2018). <https://www.abc.es/ciencia/abci-coche-autonomo-quien-debe-salvar-accidente-mortal-inevitable-201810241922_noticia.html>.

Diario “El Mundo” (25/10/2018)
<<https://www.elmundo.es/tecnologia/2018/10/11/5bbe3a12e5fdea0f578b467e.html>>.



Revista del Consejo General de la Abogacía, nº108, febrero 2018. Disponible en:
<<https://docplayer.es/81203020-Revista-del-consejo-general.html>>.

Submissão: 31/12/2018
Aceito para Publicação: 31/12/2018



DIRITTI UMANI E IL PARADOSSO DELLA PENA DI MORTE OBBLIGATORIA

DIREITOS HUMANOS E O PARADOXO DA PENA DE MORTE OBRIGATÓRIA

HUMAN RIGHTS AND THE MANDATORY DEATH PENALTY PARADOX

Thiago Perez Bernardes de Moraes*

SINTESI: La maggior parte dei paesi si trova, oggi, legata ai trattati internazionali che impongono dei limiti o impediscono l'uso della pena di morte. Tuttavia, esistono paesi che applicano spesso la pena di morte e, in alcuni casi, attraverso pene obbligatorie. In questo lavoro investighiamo le ragioni che portano i paesi a conservare, come obbligatoria, la pena di morte nella legge. Abbiamo individuato, dapprima, 18 paesi che hanno la pena di morte obbligatoria per, almeno, un reato. I risultati del quasi-sperimento qui svolto (considerando 178 paesi) indicano che il fattore "fragilità dei diritti umani" risponde per il 13,0% (quale variabile indipendente) delle ragioni che portano il paese ad adottare la pena di morte obbligatoria nella legge. Se consideriamo un ritaglio più grande, includendo l'istituzione della pena di morte in 58 paesi e anche la copertura dei reati, la fragilità dello Stato può spiegare quale variabile indipendente 1/3 di questa situazione distribuzione.

PAROLE-CHIAVE: Pena di morte. Diritti Umani. Abolizione. Obbligatoria.

RESUMO: A maioria dos países está agora ligada a tratados internacionais que impõem limites ou impedem o uso da pena de morte. No entanto, há países que muitas vezes aplicam a pena de morte e, em alguns casos, através de sanções obrigatórias. Neste trabalho investigamos as razões que levam os países a reter, como obrigatório, a pena de morte na lei. Identificamos, no início, 18 países que têm a pena de morte obrigatória para, pelo menos, um crime. Os resultados do quase-experimento realizado aqui (considerando 178 países) indicam que o fator "fragilidade dos direitos humanos" responde a 13,0% (como uma variável independente) das razões que levam o país a adotar a pena de morte obrigatória na lei. Se considerarmos um cultivo maior, incluindo a instituição da pena de morte em 58 países e também a cobertura de crimes, a fragilidade do estado pode explicar qual 1/3 variável independente desta situação de distribuição.

PALAVRAS-CHAVE: Pena de Morte. Direitos Humanos. Abolição. Obrigatória.

ABSTRACT: Most countries are now linked to international treaties that impose limits or impede the use of the death penalty. However, there are countries that often apply the death penalty and, in some cases, through mandatory penalties. In this work we investigate the reasons that lead countries to retain, as compulsory, the death penalty in the law. We have identified, at first, 18 countries that have the mandatory death penalty for, at least, a crime. The results of the quasi-experiment carried out here (Recital 178 countries) indicate that the factor "fragility of human rights" responds to 13.0% (as an independent variable) of the reasons that lead the country to adopt the compulsory death penalty in the law. If we consider a larger cropping, including the institution of the death penalty in 58 countries and also the coverage of crimes, the fragility of the state can explain which 1/3 independent variable of this distribution situation.

KEYWORDS: Death Penalty. Human Rights. Abolition. Compulsory.

INDICE: Introduzione. 1 Pena di morte e principali strumenti nel diritto internazionale. 2 L'abolizione universale della pena di morte. 3 Pena di morte obbligatoria. 4 Procedure metodologiche. 5 Risultati. Considerazioni Final. Riferimenti.

INTRODUZIONE

Apparentemente esiste una forte relazione tra la politica di giustizia penale di una società e la sua politica di valori sociali, economici e religiosi. Secondo indaga Muyoboqe Karimunda (2011), alcuni valori sono così rafforzati da norme legali, come la legislazione penale. Sia le leggi penali antiche che le moderne si caratterizzano dalla previsione sistematica di punizioni garantite dalla forza, il che denota che in ogni società umana, esistono dei punti comuni nelle

* Doutor em Psicologia Social pela Universidad John Fitzgerald Kennedy, Argentina. Pesquisador de Pós-Doutorado da Faculdade de Jurisprudência da Università degli Studi di Messina, Italia. Professor do Centro Universitário Campos Andrade, Paraná.



punizioni e il corpo che è intitolato per riceverla. Anche se la pena di morte è ancora una realtà, l'Amnesty Internacional (2017) fa un ritratto positivo per quanto riguarda l'anno del 2017, questo perché, si è registrata una riduzione del 4% rispetto alla quantità di esecuzioni nel mondo e del 17% per quanto riguarda l'imposizione della sentenza in nuove condannazioni, inoltre, Guinea e Mongolia hanno abolito la pena di morte e Guatemala ha vietato l'uso della pena capitale nei reati comuni. Tuttavia, malgrado tutto ciò, l'Amnesty Internacional (2017) lamenta che, in molti paesi, soprattutto in Africa e in Asia, l'uso della pena di morte abbia continuato a violare il diritto internazionale con sentenze moratorie e punizione per delitti non letali.

Di fronte a questo scenario, l'obiettivo di questa ricerca è stabilire un legame di comprensione tra l'esistenza paradossale di una tendenza all'ascensione dei diritti umani, concomitante con il mantenimento, in molti paesi, della pena di morte. In questa ricerca è fatto un paragone tra gli indicatori di 178 paesi, considerando il mantenimento legale della pena di morte e l'ampiezza della copertura dei reati che sono passibili di pena capitale. Si asserisce, altresì, la relazione degli indicatori di fragilità dello Stato e la previsione legale della pena di morte come obbligatoria congiunta a un atteggiamento mantenitore.

123

Questo lavoro si divide in tre grandi parti. Nella prima, si cerca di tracciare un panorama sulla pena di morte, illustrandone la storia, l'evoluzione dei principali strumenti del diritto Internazionale e anche il fenomeno giuridico della pena capitale obbligatoria. Nella seconda parte, si sviluppa un lavoro empirico, cioè, si descrivono le procedure metodologiche tra la pena di morte e la legge islamica. Infine, si disegnano le considerazioni finali.

1 PENA DI MORTE E PRINCIPALI STRUMENTI NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

La maggior parte dei paesi si vede oggi vincolata a trattati internazionali che proibiscono la pena di morte o che la limitano. Come argomenta William Schabas (2016, p.29-33), solo una piccola parte degli Stati non è ancora soggetta a un qualsiasi obbligo di trattato legato ai diritti umani sull'uso della pena di morte, ossia, la maggioranza, se non tutti gli Stati in questa categoria si considerano costretti a osservare le principali restrizioni o limitazioni imposte dai trattati, anche in assenza degli obblighi contrattuali. Fuori dai trattati di diritti umani, Vari altri accordi di diritto internazionale possono segnare l'uso della pena di morte. Possiamo citare

come illustrazione la terza e quarta convenzioni di Ginevra¹, dove si promulgò che la sentenza e l'esecuzione dei prigionieri di guerra e civili in un territorio occupato sono pratiche ristrette. Nell'ambito del diritto penale internazionale, la pena capitale fu tollerata dai primi strumenti, quale l'Accordo di Londra, che istituì il Tribunale Militare Internazionale. Vale evidenziare che molti trattati bilaterali nell'area dell'extradizione e assistenza giuridica mutua contemplano la questione della pena di morte.

È innegabile che la distruzione senza precedenti promossa dagli eccessi della Seconda Guerra ha scatenato le basi per la sorta della rivoluzione internazionale dei diritti umani, plasmata soprattutto nella prima *Carta delle Nazioni Unite* (1945) e quella *posteriori* nella *Dichiarazione Universale dei Diritti Umani*² (1948) (MEGIVERN, 2003, p.3-5). La *Dichiarazione Universale dei Diritti Umani* fu adottata per mezzo della risoluzione dell'Assemblea dell'ONU il 10 dicembre del 1948 e fu un marchio giuridico e politico che la comunità internazionale stabilì per elencare i diritti considerati essenziali per dare lustro all'invulnerabilità della dignità dell'essere umano. I suoi 30 articoli mirano, da un lato, a garantire la concretizzazione del radicamento del rispetto alla dignità della persona umana e, nello stesso passo, impedire il risorgimento dell'idea di trasformare la persona umana in un oggetto monouso, come si vide, in primo piano, nella materializzazione dei campi di concentramento nella Seconda Guerra e anche della sorta dell'Era Nucleare” (ALMEIDA; APOLINÁRIO, 2009). Dopo l'elaborazione della *Dichiarazione Universale dei Diritti Umani*, pochi paesi aderirono all'abolizione. Si evidenziano, in particolare, la Germania e l'Italia, che, ovviamente, si videro costrette a dare una risposta di riparazione agli eccessi omicidi del nazismo e fascismo. Poco dopo, l'abolizione diventa presente in Europa nei paesi che uscirono da vecchi regimi autoritari, come la Spagna, la Grecia e Portogallo. Tale onda abolizionista prende muscolatura e passa a essere osservata anche nei sistemi democratici stabili, com'è il caso della Francia.

¹ La terza Convenzione di Ginevra (1929) prevede che c'è (in caso di guerra) l'obbligo di trattare i prigionieri umanamente, senza tortura o qualunque atto di pressione fisica e o psicologica. Esiste anche l'obbligo di offrire condizioni sanitarie minime, igiene e alimentazione, come anche il rispetto alla libertà religiosa dei prigionieri. La quarta convenzione, invece, scritta nel 1949, dice che i prigionieri di guerra non possono essere sequestrati per servire da esempio e neanche da scudi umani. Inoltre, punizioni collettive sono strettamente proibite nel diritto di Ginevra, cosa prevista in quattro Convenzioni, nei loro protocolli addizionali, e in circa 600 articoli che si occupano della difesa delle vittime dei conflitti civili e militari (JANKOV, 2009).

² Dieci anni più tardi, quando Giovanni XXIII diventò Papa, ci fu una convocazione del consiglio di rinnovazione. Come segno di questo sforzo abbiamo la *“Peace on earth* (1963), la dichiarazione dei vescovi francesi (1978) e dei vescovi degli Stati Uniti (1980) e nel nuovo Catechismo della Chiesa Cattolica (1992) e, in maniera più enfatica, in *“Il Vangelo della Vita”* (1995) nell'enciclica del Papa Giovanni Paolo II che smantella il privilegio della pena di morte (MEGIVENERV, 2003).

Vale risaltare che fu la prima considerazione rilevante sulla pena di morte nel marchio delle Nazioni Unite. La versione dell'Articolo 3° promulga che tutti gli individui hanno diritto alla vita, alla libertà e sicurezza personale. Ancora su questa strada, stabilisce che il diritto alla vita sia messo in scacco soltanto in caso di atto criminale che, all'epoca, prevedeva la pena di morte come punizione. L'articolo 5°, invece, afferma che nessuno può essere torturato oppure soffrire punizione crudele, disumana o degradante.

Nel 1950, la *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo* promulga che nessuno può essere privato intenzionalmente della propria vita, salvo i casi in cui l'esecuzione di una sentenza è concessa dopo il giudizio di un crimine (previsto dalla legge) da un tribunale competente. È degno di nota che quel testo non stabilisce alcun limite per l'esecuzione della pena di morte. Proposto nel 1957 e approvato dall'Assemblea delle Nazioni Unite nel 1966, l'Articolo 6° del *Patto Internazionale dei Diritti Civili e Politici* prevede che la pena di morte sia applicata solo per i reati più gravi. L'articolo prevede ancora che la pena capitale sia eseguita dopo un giudizio realizzato da un tribunale, inoltre, non può essere imposta ai minorenni e alle donne incinte. Insomma, nessuno può essere privato della vita e la pena di morte è una limitazione a questo diritto.

Il *Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici* (adottato nel 1966) fa sì che l'Organizzazione delle Nazioni Unite riconosca, per la prima volta, la pena di morte come un problema globale, assumendosi l'impegno di cercarne l'abolizione in tutti i paesi. Prevede anche che, quelli che ancora non hanno abolito la pena di morte possano farne uso solo nei casi più gravi. In un rapporto prodotto dall'Allard K. Lowenstein International Human Rights Clinic (2016) si afferma che il testo relativo al patto lascia una lacuna molto sensibile non descrivendo precisamente quali sono i reati che possono essere considerati "molto gravi"³. Di conseguenza, ci sono stati, da allora, esercizi arbitrari legati alla pena di morte. Tale logica si pone come una lama ferendo la protezione contro i castighi crudeli e disumani, inoltre, si nega il diritto degli individui all'accesso a un modello di benessere e di vita sana. Anche l'Articolo 6° del Patto,

³ Su questo punto, Yingyos Leechaianan e Dennis Longmire (2013) indagano che, secondo L'ONU, i crimini più gravi devono essere interpretati come offese col rischio di vita o reati che risultino nella perdita di vite. Tuttavia, il significato del termine più "grave" varia ampiamente nei paesi, a causa di fattori quali cultura, religione e politica, l'interpretazione può cercare di includerci, ad esempio, i crimini economici e i reati comuni senza vittime. Comunque, l'obiettivo dell'ONU è abolire la pena di morte, per questo, essa è vista come eccezione, e dunque, i crimini più gravi devono essere interpretati come minacce alla vita o crimini che risultano in perdite di vite. Insomma, anche se esiste un certo livello di conflitto rispetto a questa questione, prevale qui un consenso implicito del significato di "più grave", che, al limite, comprende pratiche che risultano in minaccia diretta alla vita.



non definendo in modo intelligibile un limite per quello che possa essere considerato un reato più grave, segnala che, chiaramente, le uniche infrazioni che si inquadrano in questo termine sono gli assassini intenzionali (o i tentativi). Il comitato, in questo senso, considerò che le varie infrazioni meno letali non costituiscono reati più gravi, quindi, non possono incorrere nella pena di morte senza violare l'Articolo 6° del patto.

Nonostante ciò, la pena di morte può essere imposta solo secondo un processo legale dove si osserva in maniera rigorosa le garanzie processuali richieste dal *Patto Internazionale dei Diritti Civili e Politici*. Nessuno può, dunque, essere arbitrariamente privato dalla propria vita senza un giudizio giusto. Nella stessa direzione, il Consiglio Economico e Sociale affermò che la punizione capitale può essere realizzata solo come un accordo finale, al termine di un giudizio proferito da un tribunale competente, con salvaguardie di garanzia rispetto a un giudizio giusto, compatibile con il previsto dall'Articolo 14° del patto. Ancora su questo punto, l'esecuzione d'individui nell'assenza di tali protezioni può anche costituire una violazione della proibizione dell'Articolo 7°, il quale si riferisce all'utilizzo di trattamento disumano e degradante (ALLARD K. LOWENSTEIN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS CLINIC, 2016). Altresì, si sottolinea che il patto prevede, in pratica, per un paese che abbia già abolito la pena di morte, di non poter tornare indietro e imporre nuovamente la pena capitale come scelta legale.

Nel 1969, a San José, (Costa Rica) si svolse la *Convenzione Americana sui Diritti Umani* deliberando che uno Stato che abolisce la pena di morte non può più reintrodurla. Essendo così, gli Stati che aderirono alla Convenzione Americana come abolizionisti, si sono impegnati, difatti, a un obbligo paragonabile a quello degli altri trattati internazionali. Inoltre, il documento prevede, nell'Articolo 4°, che ogni condannato a morte abbia il diritto di richiedere amnistia, perdono o commutazione di pena. In nessun caso la pena di morte potrà essere applicata per delitti politici e neanche per delitti comuni legati al mondo politico. È vietata l'applicazione della pena di morte a persone dalle età sotto i 18 e sopra i 70 anni, e alle donne incinte. Il 28 aprile del 1983, viene adottato, a Strasburgo, il Protocollo N° 6 della *Convenzione per la Protezione dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali concernente all'Abolizione della Pena di Morte*. L'Articolo 1° è enfatico nell'affermare che la pena di morte dev'essere abolita e nessuno dev'essere condannato né executato. Il patto dispone che uno Stato possa prevedere la pena di morte per i tempi di guerra, però, la pena potrà essere applicata solo

in seguito a un accurato rito giuridico prestabilito costituzionalmente. Vale evidenziare che il documento ritira anche la riserva di uso della pena di morte nei tempi di guerra.

Altro avanzamento considerevole in materia di pena di morte si distingue nella *Carta Africana dei Diritti dell'Uomo e dei Popoli*, adottata nel 1981 ed entrata in vigore nel 1986. In nessuna parte del testo la pena di morte è citata in modo esplicito, però si noti che l'Articolo 5° consacra il diritto alla dignità della persona umana rendendo illegittime tutte le forme di sfruttamento e svilimento dell'uomo, come la tortura fisica o morale e le pene e i trattamenti crudeli e degradanti. Più avanti, nell'Articolo 6°, si afferma che nessuno può essere privato della libertà, salvo per motivi previamente determinati in legge, e l'Articolo 7° enuncia che ogni persona ha il diritto di avere la propria causa apprezzata, di fare ricorso ai tribunali, ha diritto alla presunzione d'innocenza (finché la sua colpevolezza sia stabilita dal tribunale competente) e il diritto alla difesa e di essere giudicato in termine ragionevole da tribunale imparziale.

Accolto nel 1989 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, il Secondo Protocollo addizionale al *Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici sull'Abolizione della Pena di Morte* entra in vigore. La proposta ha nove articoli funzionali, tuttavia la sua essenza si basa sull'Articolo 1°, il quale afferma che, da un lato, non si eseguirà nessuna persona sottomessa alla giurisdizione di un paese che abbia firmato il patto, dall'altro, che ciascuno degli Stati che compongono il patto s'impegna di adottare le misure necessarie per abolire la pena di morte dalla propria giurisdizione. Gli altrettanti articoli si riferiscono a questioni come la comunicazione al Comitato dei Diritti Umani e le formalità di ratificazione, adesione e la situazione degli Stati federali. Il patto fece sì che molti paesi abolissero del tutto la pena di morte dalla legge, anche paesi che non l'avevano firmato. Il patto stabilisce un preambolo relativo alla pena di morte e contribuisce in maniera significativa per innalzare la dignità della persona umana e sviluppare progressivamente i diritti umani. Inoltre, il preambolo ricorda che l'Articolo 3° della *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo* (1948) come anche l'Articolo 6° del *Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici* prevedono già che l'abolizione della pena di morte è desiderabile.

L'8 giugno del 1990, in Paraguay, è approvato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il *Protocollo alla Convenzione Americana sui Diritti Umani sull'Abolizione della Pena di Morte*. È reiterato nel suo preambolo che l'Articolo 4° della *Convenzione Americana sui Diritti Umani* riconosce il diritto alla vita restringendo, dunque, l'impiego della pena di morte. Dichiarata anche la tendenza degli Stati americani a essere favorevoli all'abolizione della pena di morte e



che l'applicazione di detta pena produce conseguenze irreparabili, le quali impediscono che eventuali errori giudiziari siano riparati. A questo punto, afferma che l'abolizione della pena di morte è una forma di assicurare la protezione più effettiva del diritto alla vita, come anche di reiterare la necessità di arrivarsi a un accordo internazionale che rappresenti lo sviluppo progressivo della Convenzione Americana sui Diritti Umani (PIOVESAN, 1996).

Promulgata nel 2000, la *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea* afferma, nell'Articolo 1°, che la dignità umana è inviolabile e dev'essere protetta e fa ricordare ancora che tutti hanno il diritto alla vita, per questo, nessuno può essere condannato alla morte, né executato. L'Articolo 4° rinforza l'aversione per la pratica di tortura e castighi disumani e degradanti. In Europa, solo la Bielorussia non abolì la pena de morte. Oggi l'abolizione della pena de morte è inclusa nella *Convenzione Europea dei Diritti Umani*, precisamente sui protocolli dai numeri 6 e 13. Inoltre, si sottolinea che, nel suo Articolo 2°, la *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea* prevede la garanzia al diritto alla vita elargendo che nessuno sarà condannato a pena di morte o executato (RAMOS, 2016, p.145-151).

128

2 L'ABOLIZIONE UNIVERSALE DELLA PENA DI MORTE

Dongwookl Kim (2016) osserva che, negli ultimi 45 anni, più di cento Stati nazionali abolirono la pena di morte per tutti i crimini. In questo senso, possiamo dire che tale diffusione rappresenta un enigma, poiché, da un lato, fino a poco tempo fa, la pena di morte era universalmente applicata, dall'altro, esistono evidenze che l'abolizione è qualcosa di politicamente impopolare. Su questa stessa linea, le diverse variabili indipendenti che hanno esercitato pressione per portare i paesi ad aderire a posizioni abolizionistiche.

È degno di nota che il Venezuela (nel 1863) fu il primo paese del mondo ad abolire la pena di morte per tutti i reati a *posteriori* e, come ben ricorda Eric Neumayer (2008), molti paesi dell'America del Sud e dell'Europa occidentale aderirono anche a questa tendenza relativa all'abolizione della pena di morte (almeno per i reati comuni). Se consideriamo che l'abolizione della pena di morte è un marchio della seconda metà del XX secolo, è da notare che è più precisamente nel decennio 1990 che essa prende corpo (il che fa sì che il decennio sia considerato quello veramente abolizionista). È interessante notare che anche se molti paesi abolirono la pena di morte per tutti i reati in una sola volta, altri paesi furono più esitanti, limitandosi spesso a bloccarla per i crimini comuni. Portogallo e i Paesi Bassi, ad esempio,

abolirono la pena di morte per i crimini comuni rispettivamente nel 1867 e 1870, però, aderirono all'abrogazione della pena di morte per tutti i crimini solo nel 1976 e 1982.

Analizzando gli eventi storici nei 158 paesi (nel periodo dal 1967 al 2010) Dongwook Kim (2016) percepisce che le organizzazioni non governative internazionali dei diritti umani agirono da protagoniste, poiché portarono all'agenda pubblica l'inquadramento proprio dei diritti umani e furono efficienti anche nella gestione del lobbying legislativo. Su questa strada, Eric Neumayer (2008) realizzò un ampio lavoro sulla pena di morte che comprende il periodo dal 1950 al 2002. Il primo aspetto che egli rileva nel suo lavoro è che esiste una consistente tendenza, dopo la Seconda Guerra, all'adesione, da parte dei paesi, all'abolizione della pena di morte. Inoltre, esiste l'evidenza di un significativo effetto partitico, in cui l'abolizione diventa molto più probabile nei scenari politici che hanno il capo dell'esecutivo con un orientamento di sinistra. Apparentemente, i determinanti culturali, sociali ed economici ricevono soltanto dell'appoggio limitato. Malgrado ciò, vale la pena menzionare che fattori come l'adesione di un determinato paese a un regime più democratico e la pressione politica internazionale dei paesi mantenitori stanno aumentando l'ammissibilità dell'abolizione. La tendenza globale per l'abolizione della pena di morte continuerà a disseminarsi solo se la democrazia continuerà a spargersi nel mondo e se i paesi difenderanno il proprio impegno di spingere quelli mantenitori ad aderire all'abolizione universale.

Richard Wilson (2015) sottolinea com'è palese che, negli ultimi cinquant'anni, il mondo abbia sviluppato un sistema composto di trattati e di altre norme internazionali che affrontano l'abolizione della pena di morte come un fine legittimo del diritto internazionale, una questione di diritti umani. I trattati internazionali più significativi in materia di diritti umani contengono disposizioni che prevedono la protezione del diritto alla vita e si oppongono anche ai trattamenti crudeli, disumani o degradanti. Inoltre, nuovi tribunali criminali internazionali, creati dall'ONU, proibiscono la pena capitale. Tale giurisdizione include l'aggiudicazione dei reati più gravi, conosciuti come genocidio, crimini di guerra e crimini contro l'umanità. I tribunali internazionali temporari per l'ex Jugoslavia e per Ruanda, riuniti rispettivamente ad Aia e Arusha, in Tanzania, restringono la pena di morte, così come anche il Tribunale Penale Internazionale. Lo stesso avviene nei chiamati tribunali ibridi, composti di elementi internazionali e locali creati sotto la tutela dell'ONU, come, ad, esempio, in Sierra Leone, Kosovo, Timor Est, Cambogia e Libano. È importante risaltare che, oggi, nessun tribunale moderno intenzionale o ibrido impone la pena di morte.

L'Unione Europea, come sottolinea Richard Wilson (2016), è leader consistente nelle Nazioni Unite per quanto riguarda la moratoria globale rispetto alla pena di morte. Nel 1997, supplicò, in maniera incisiva, presso la Commissione dei Diritti Umani dell'ONU la moratoria globale della pena di morte al fine della sua piena abolizione. Nel 2007, il Parlamento Europeo appellò spesso per una moratoria universale. Nel 2011, invece, l'Assemblea chiese direttamente agli Stati Uniti e ad altri paesi che aderissero al crescente consenso tra i paesi democratici che cercano di proteggere i diritti umani e la dignità umana, abolendo la pena di morte. Queste azioni politiche si sommano alle azioni del Tribunale Europeo dei Diritti Umani. Purtroppo, la pratica continuata della pena di morte negli Stati Uniti (un paese che rappresenta l'"avanguardia" della difesa dei valori democratici, dei diritti umani e della libertà politica) è diventata uno dei maggiori ostacoli per l'accettazione, da di altri paesi mantenitori, che la pena di morte inevitabilmente viola i diritti umani.

Nonostante tutti gli sforzi internazionali per ridurre la pena di morte, esistono paesi che conservano ancora, nei loro codici e legislazione criminale, la previsione della pena capitale. Uno dei regimi più severi aventi la pena di morte (sennò il più severo) è quello cinese. Tre quarti delle esecuzioni che accadono, oggi, nel mondo, sono commesse nel continente asiatico e, su questo, la China, da sola, risponde a più del 90% di queste pratiche. Inoltre, il paese esegua più persone che tutti i paesi insieme. In Cina, esistono più di 50 reati passibili della pena di morte. I metodi di esecuzione applicateci maggiormente sono il plotone di esecuzione e l'iniezione letale. Gli Stati Uniti, all'altra estremità, rappresentano ancora una nazione potente che, tuttora, applica la pena di morte. Nel 96% degli stati americani in cui si fece l'ispezione dei processi, si verificò una regolare discriminazione basata sulla razza della vittima, in quella dell'imputato o ambedue i casi. In California, ad esempio, si appurò che quelli che uccisero persone bianche avevano tre volte più probabilità di essere condannati a morte rispetto a quelli che uccisero neri, e quattro volte in più, rispetto a chi uccise dei latini. La pena di morte lì si mostra tanto razzialmente tendenziosa come socialmente discriminatoria (RAMOS, 2016).

Oltre alla divisione "occidentale" e "orientale", riguardo i modelli di punizione, esiste anche (in occidente) due modelli antagonisti: il modello penale americano e quello europeo. Il professore Joshua Kleinfeld (2016) indaga che la punizione americana è marcatamente più severa, mentre quella europea è più mite e, ancora, esiste che esiste un antagonismo nella composizione della visione verso i trasgressori e le trasgressioni (per quanto riguarda i termini del contratto sociale e anche le funzioni dei diritti). Joshua Kleinfeld (2016) chiarisce la

questione definendo alcuni punti importanti della differenza tra il modello di punizione europeo e quello americano, come anche della loro visione dei criminali. Evidenziamocene i principali:

(I) La punizione americana vede gli offensori più gravi come persone moralmente deformate (anziché persone comuni che hanno commesso dei reati), dunque, il loro lato “criminale” è immutabile e non recuperabile, ossia, il problema è l’attore e non soltanto l’atto.

(II) La punizione europea nega espressamente che i criminali siano moralmente deformati, dunque, ogni criminalità è vista come qualcosa mutabile, e gli attori sono tenuti lontani dai loro atti, e le forme di punizione confermano persino le rivendicazioni dei peggiori trasgressori dei diritti sociali

(III) Negli Stati Uniti, i moralisti (dopo mezzo secolo di ampia criminalità) incominciano a considerare i criminali come dei cattivi, ossia, il problema non si concentra solo nel crimine, bensì nei criminali, quindi, la soluzione proposta è liberarsi dai criminali. In questo scenario, la pena di morte è diventata una scelta valorizzata.

(IV) In Europa, dove la tasso di criminalità è relativamente bassa, la politica criminale iniziò a essere controllata da riformatori e impiegati che credevano alla bontà intrinseca dei trasgressori e che, al limite, esigevano il rispetto alla dignità della persona umana, sostenendo che nessun crimine raggiunge le radici del carattere.

Joshua Kleinfeld (2016) propone che queste due visioni antagonistiche dei reati e dei criminali svolgano un ruolo fondamentale (ma non determinante) nel far sì che i sistemi di giustizia criminale, americano ed europeo, diventino, nella pratica, divergenti.

3 PENA DI MORTE OBBLIGATORIA

Nell’analizzare l’uso obbligatorio di sentenze in una grande varietà di giurisdizioni, come in Canada, Stati Uniti e Australia, Anthony Gray (2017, p.391-395) percepisce che, mentre alcuni tribunali hanno ribaltato le sentenze obbligatorie, altri conservano penalità minime obbligatorie. Da un lato, l’utilizzo di sentenze obbligatorie è aumentato in tutto il mondo negli ultimi anni, poiché i governi hanno risposto alla comunità che, apparentemente, percepiva che alcuni tribunali erano “miti” rispetto ai reati e o che i risultati delle sentenze sembrano imprevedibili e incerti. Da questo punto, la sentenza minima obbligatoria è proiettata per creare certezza rispetto alla sentenza stessa, stabilendo uno standard. Tuttavia, oggi, l’utilizzo di sentenza obbligatoria è sfidato per motivi costituzionali, legandosela, in maniera



ombelicale, ai diritti umani, dove l'uso di una sentenza arbitraria, che sia crudele e insolita, invalida la possibilità di raggiungere gli obiettivi che sono tradizionalmente aspirati dai sistemi di giustizia criminale (il che, oggi, può perfino sovvertire i ruoli dei tribunali).

La società e il diritto combattono una lunghissima lotta contro l'esercizio del potere marcato dall'arbitrarietà. I monarchi inglesi, ad esempio, possono sospendere unilateralmente l'operazione di una legge e o ancora esentare una persona dalla punizione per una trasgressione legale. Paradossalmente, fu questo potere basato sull'arbitrarietà che permise all'Inghilterra, alla fine del XVII secolo, di stabilire opposizione all'uso della punizione crudele e insolita nella Legge dei Diritti di Proprietà del 1689. Posteriormente, ci fu l'adozione di questo principio nelle colonie degli Stati Uniti, sul modello della Dichiarazione dei Diritti degli Stati Uniti, il che, poi, si è sparso nella forma d'istrumenti dei diritti umani in tutto il pianeta (GRAY, 2017, p.405). Qualunque regola che costringe un tribunale a imporre la pena di morte dopo la condanna è arbitraria e ingiusta, argomenta Sadakat Kadri (2016). Dobbiamo considerare che nel rendere irrilevanti le caratteristiche uniche per un determinato trasgressore e per le circostanze del delitto, le punizioni tendono a diventare sproporzionali rispetto ai crimini. Quando la sentenza è già preordinata, sia le vittime che gli imputati si trovano privi del diritto di esprimere la propria volontà. Su un livello sistematico, il risultato tende a essere catastrofico. Uno dei prodotti negativi che si può individuare è la dissonanza rispetto al buon governo, il che indebolisce l'azione giudiziale diminuendo il potere legislativo in contumacia del giudiziario (KADRI, 2006).

La storia rischiarà che le pene obbligatorie e inflessibili creano l'illusione di un'uniformità equivocata. In Inghilterra, ad esempio, nel Medioevo, si stabilì che tutti i criminali (anche quelli che avevano commesso dei reati lievi) avrebbero dovuto essere impiccati. Lo sviluppo del sistema della giuria nell'Inghilterra del secolo XIV, come insegna Anthony Gray (2017, p.431-433), diede flessibilità all'applicazione di questa premessa, soprattutto nelle situazioni dei reati che erano ritenuti molto lievi. In quel caso, i giurati cercavano modi per assolvere l'imputato (anche se credevano che fossero colpevoli). La pratica del "pio spergiuoro" portata a termine dalla giuria evitava delle "ingiustizie" e l'applicazione di penali sproporzionali. Dall'altro canto, i giudici iniziavano a opporsi alle sentenze obbligatorie, comprendendo che una delle conseguenze di questo tipo di legge è la resistenza della giuria nel condannare il criminale. Nella stessa direzione, il *common law* sviluppò la dottrina del "benessere del clero", che proponeva di levigare le condanne. E, infine, la grande difficoltà

nell'applicazione rigorosa delle regole obbligatorie portò i tribunali a offrire dei rimedi discrezionali.

Come ricorda Gray (2017), l'esercizio arbitrario di potere è di solito proibito nelle disposizioni internazionali sui diritti umani. Possiamo dire che ogni legislazione che contiene pene obbligatorie per un determinato atteggiamento è, per definizione, arbitraria, questo perché, s'ignorano le circostanze particolari in cui una determinata infrazione è stata commessa e l'esistenza dei fattori di mitigazione. Il criterio delle punizioni minime inflessibili generalmente incide in maniera più ingiusta sulle minoranze. Quanto alla separazione dei poteri applicati al sistema della giustizia criminale, esiste una logica fulgorata nel fermare l'arbitrarietà. Legislature possono creare determinate categorie di crimini e fornire delle direttrici sulle quali le penalità vengono adeguate, mentre l'esecutivo, con il potere di polizia, impone le leggi. Dall'altro canto, il braccio giudiziale delibera sulla colpevolezza e anche sul tipo di punizione che il trasgressore deve ricevere quando considerato colpevole per il reato. Questa separazione, in tesi, serve funzionalmente per ridurre il rischio di un esercizio arbitrario di potere da parte di un qualsiasi braccio del governo, fornendo dei pesi e contrappesi.

133

Antica quanto la società stessa, l'idea che il crimine debba determinare la sentenza si mantiene viva nei giorni d'oggi. Vagliando la storia, questo principio è presente nel Codice di Hammurabi e anche nella Bibbia, nel libro dell'Esodo e Levitico. Sulla stessa strada, Aristotele, nel suo tempo, vide la disuguaglianza come sinonimo d'ingiustizia. Altre nozioni di proporzionalità e castigo furono aggiunte durante il regno di Eduardo il Confessore (1042 – 1066) in Inghilterra. È assiomatico che la sentenza abbia la funzione giudiziale in un regime dove esiste la legittima separazione tra i poteri. Tuttavia, tale situazione crea un'istanza e conflitto nei regimi che prevedono sentenze minime obbligatorie. Questo considerando che, quando una legislatura esige dal giudice la punizione che esso deve concedere in vista di un regime particolare, la separazione dei poteri è compromessa (considerando che il giudice perde la funzione di stipolare la sentenza) (GRAY, 2017).

Gray (2017, p.417-422) evidenzia che qui i giudici sono ridotti allo *status* di detentori di "timbri", stabilendo risultati preordinati dall'agenda, una volta che la colpa è corroborata. Questo danneggia la base fondamentale della struttura costituzionale e dei pesi e contrappesi disposti tra i differenti poteri governativi. Quando il giudiziario ha le proprie sentenze dirette ai legislatori, non agisce più da contrappeso all'eccesso di potere legislativo. Allo stesso modo che i legislatori non possono vantarsi della funzione di determinare la colpa di un individuo.



Tale significato rende simbolica oppure superflua l'esistenza del tribunale. Ciò se si considera che un tribunale non è fomentato soltanto per stabilirsi una determinazione legislativa o esecutiva sulla colpa, e neanche esso esiste per firmare una decisione legislativa o esecutiva sulla punizione. È importante risaltare che i tribunali hanno un ruolo sostantivo e non solo figurativo in un progetto costituzionale. I tribunali non possono svolgere il proprio ruolo costituzionale quando sono costretti a timbrare preordinamenti provenienti dalla legislatura. I tribunali, quando costretti a esercitare tale ruolo, non attuano come i giudici solitamente fanno nell'applicazione del diritto contemporaneo.

4 PROCEDURE METODOLOGICHE

La metodologia comparativa, secondo consiglia Daniel Pascoe (2016, p.196-197), tende a svolgere un ruolo importante per misurare il rapporto tra punizione e crimine, essendo particolarmente rilevante per lo studio della pena di morte. Esistono almeno tre benefici che si evidenziano per analizzare comparativamente le tendenze di giustizia criminale. Prima, senza un'analisi comparativa dei modelli delle diverse giurisdizioni, non possiamo sapere quello che sarebbe "normale" (accettabile) o quello che è "eccezionale" all'interno di ciascuno sistema di giustizia criminale. Inoltre, casi individuali ed eventi storici specifici possono portare *insights* importanti, dunque, la ricerca comparativa fornisce una spiegazione più ampia e anche delle previsioni più prudenti sui fenomeni sociali e storici. Infine, vale evidenziare che il paragone permette d'imparare con l'esperienza degli altrettanti paesi che praticano politiche di giustizia criminale marcatamente differenti.

Molti studi comparativi transnazionali sulla pena di morte analizzarono le tendenze mondiali di ritenzione e abolizione della pena capitale attraverso metodi qualitativi e o quantitativi. Con l'obbiettivo comune, la maggior parte di questi studi mira a spiegare gli attributi sociopolitici che portano gli Stati a ritenere o ad abolire la pena capitale, insieme ai processi storici attraverso i quali raggiunsero l'abolizione. Per lo studio della pena di morte, si registrano, in modo generale, due insiemi di agende di ricerca: (a) quella che cerca di trovare modelli universali e leggi predittive tra gli Stati che ritengono la pena di morte; (b) l'altra che si piega per sviluppare soluzioni politiche, raccomandando dei cambiamenti che le società dovranno realizzare per abolire, con successo, la pena di morte o, per almeno ridurre le esecuzioni e la sofferenza umana.



Questo lavoro mira all'inserzione, nei due modelli, dell'agenda di ricerca, ma ne trova più consonanza con il primo, poiché i punti elencati sul presente lavoro convergono con la ricerca delle determinanti socio-storiche involucrete nel mantenimento della pena di morte. All'interno degli obiettivi della ricerca, la prima domanda che direziona questo lavoro è: considerando che la pena di morte sta diventando un'eccezione nei sistemi penali in tutto il mondo, il suo mantenimento può, in qualche modo, relazionarsi con una possibile "anomalia" e o "patologia" dei sistemi sociali contemporanei?

Su questo punto abbiamo lavorato con l'ipotesi che, possibilmente, esiste relazione causale tra gli indicatori di fragilità dello Stato. La seconda domanda di questo lavoro segue un ritaglio più specifico riferente ai paesi che, nel 2017, conservavano ancora lo *status* di mantenitori e che alludevano, ancora legalmente, alla pena di morte obbligatoria per un qualsiasi tipo di reato: considerando il fatto di essere mantenitore (rispetto alla pena di morte) e allo stesso tempo prevedere, in qualche modo, la pena capitale come moratoria (per, almeno, un crimine) sarebbe tale posizione una "conseguenza" della fragilità dello Stato? L'ipotesi che si solleva è che, probabilmente, la distribuzione della fragilità dello Stato rispetto ai diritti umani sia una variabile di significativo valore spiegativo, in questo caso, la posizione del paese verso la pena di morte (mantenitore e obbligatoria) è, in parte, un epifenomeno dell'ormai presente fragilità rispetto ai diritti umani.

Per testare le ipotesi si è sviluppato un quasi-esperimento naturale dove sono stati triangolati dati su un asse comparativo composto da 178 paesi. Prima, si sono messi in tabella i dati provenienti dal banco dati della Cornell Center on the Death Penalty Worldwide (<http://www.deathpenaltyworldwide.org/>) su quattro questioni concernenti alla pena di morte: a) Se ce n'è previsione legale d'uso – I paesi hanno ricevuto Codice (0) – quando non c'era previsione legale d'uso della pena di morte e (1) – quando c'era tale previsione. ; b) Quanto allo *status* del paese rispetto all'uso della pena di morte, si è disegnata una scala da 0 a 2: (0) abolizionista, (1) abolizionista di fatto (2) mantenitore. c) Dati sulla previsione legale della pena di morte obbligatoria su una scala dove: (0) senza pena di morte obbligatoria, (1) con pena di morte obbligatoria. d) Il volume dei crimini che sono passibili di essere puniti con la pena di morte, su una scala dove: (0) non ci sono crimini passibili di essere puniti con la pena di morte, (1) crimini straordinari (soprattutto quelli che implicano in morte) sono quelli passibili di essere puniti con la pena di morte, (2) un numero considerevole o grande di crimini, compreso dei crimini comuni che non implicano in morte, sono passibili di essere puniti con la pena di morte.

Si sono contati anche i dati riferenti al 2017, resi disponibili dal The Fund for Peace - Fragile States Index (<http://fundforpeace.org>), relativi alla distribuzione di 12 indicatori di fragilità dello Stato in 178 paesi. I punteggi che variano da (1) bassa fragilità a (10) altissima fragilità. Oltre ai 12 indicatori si è considerata anche una frequenza relativa alla somma di tutte le variabili relative alla fragilità dello Stato. Per testare la prima ipotesi, abbiamo tracciato correlazioni utilizzando l'indice di Pearson e anche una regressione lineare (si è considerato in questa come variabile dipendente la previsione legale della pena di morte, l'estensione dei crimini che sono passibili di essere puniti con la pena di morte, e lo *status* del paese rispetto all'uso della pena capitale; come variabili indipendenti si sono considerati i 12 indicatori di fragilità dello Stato nel 2017). Per testare la seconda ipotesi abbiamo tracciato una regressione lineare considerando come variabile dipendente il fattore di essere mantenitore rispetto alla pena di morte allo stesso tempo in cui prevede per crimini specifici la pena capitale come moratoria, e come variabili indipendenti abbiamo ponderato i 12 indicatori di fragilità dello Stato. Tutti i test statistici sono stati realizzati al SPSS, utilizzando l'intervallo di fiducia del 95%.

136

5 RISULTATI

Tabella 1. Correlazione tra la distribuzione della pena di morte legale, copertura dei crimini che sono passibili di pena di morte e gli indicatori di fragilità dello Stato

Variáveis	Penas de morte legal	Cobertura dos crimes
Penas de morte legal	1	,870**
Penas de morte obrigatória	,468**	,523**
Cobertura dos crimes	,870**	1
Infraestrutura de segurança	,397**	,403**
Rivalidade entre elites	,368**	,397**
Rivalidade entre grupos	,238**	,324**
Economia	,278**	,205**
Desigualdade	,285**	,282**
Perda de capital humano e intelectual	,321**	,257**
Legitimidade do estado	,409**	,437**
Serviços públicos e governo	,333**	,320**
Diritos humanos	,513**	,551**
Demografia	,415**	,404**
Refugiados	,291**	,352**
Intervenção externa	,294**	,280**
Total_2017	,410**	,418**

** . La correlazione è significativa al 0,01 (2 estremità).

* . La correlazione è significativa al 0,05 (2 estremità).

Fonte: l'autore.

Secondo l'esposto sulla Tabella 1, ci sono relazioni significative tra gli indicatori che abbiamo elencato, tuttavia, ci occuperemo della somma degli indicatori (visto che c'è stata correlazione con tutti e tre elementi) Considerando che tutte le variabili si sono co-relazionate, per testare la prima ipotesi e afferire le variabili che possono affettare la distribuzione rispetto alla previsione legale della pena di morte anche sulla copertura dei crimini che essa copre, abbiamo realizzato il test *t-student*, considerando i 12 indicatori di fragilità dello Stato.

Tabella 2. Test *T-student*

Modello	Pena di morte legale (a)		Crimini coperti (b)	
	t	Sig.	t	Sig.
(Costante)	-,268	,789	-,110	,913
Disuguaglianza	2,350	,020	2,279	,024
Diritti umani	4,417	,000	4,311	,000
Demografia	2,849	,005	2,995	,003
Infrastruttura di sicurezza	,789	,431	,022	,983
Rivalità tra élite	,605	,546	,294	,769
Rivalità tra gruppi	-1,603	,111	-,640	,523
Economia	-,017	,986	-2,011	,046
Perdita di capitale umano e intellettuale	2,052	,062	,944	,346
Legittimità dello stato	-1,702	,091	-1,058	,291
Servizi pubblici e governo	-1,418	,158	-,881	,379
Rifugiati	,198	,844	,975	,331
Intervento esterno	-1,061	,290	-,299	,765

a. Variabile dipendente: Pena di morte legale

b. Variabile indipendente: Copertura dei reati

Fonte: l'autore.

Rispetto alla Pena di morte e il fatto di essere previsto legalmente il contorno costituzionale del paese, il test ha individuato consistente relazione con le variabili disuguaglianze, diritti umani e demografia. Rispetto al secondo fattore, copertura dei crimini passibili di pena di morte, le variabili che hanno mostrato aderenza sono state diritti umani, demografia ed economia. Si evidenzia che, in entrambi i casi, diritti umani è stata la variabile di maggiore significanza. Di seguito, abbiamo stampato due regressioni lineari, essendo che nella prima, la variabile dipendente è la distribuzione della pena di morte come legale e le variabili indipendenti si riferiscono agli indicatori di fragilità dello Stato, disuguaglianza, diritti umani e demografia; nel secondo modello, la variabile dipendente è stata la copertura dei crimini passibili della pena di morte, e le variabili indipendenti sono state i diritti umani, la demografia e l'economia.

Tabella. 3. Modelli di regressione lineare

Modello 1.

R	R quadrato	R quadrato aggiustato	Errore di stima predefinito
563	317	305	416
Anova F	Anova Sig		
26,939	,000		

Variabile indipendente	Beta	T	Sig
Diritti umani	495	5,506	,000
Demografia	470	3,443	,001
Disuguaglianza	463	3,513	,001

a. Variabile dipendente: Pena di morte legale.

Modello 2

R	R quadrato	R quadrato aggiustato	Errore di stima predefinito
588	345	334	1,02999
Anova F	Anova Sig		
30,605	,000		

Variabile indipendente	Beta	T	Sig
Diritti umani	557	6,398	,000
Demografia	257	2,327	,021
Economia	320	3,312	,001

b. Variabile dipendente: Copertura dei reati

Fonte: elaborazione dell'autore.

Per quanto riguarda il primo modello, le tre variabili indipendenti insieme (diritti umani, demografia e disuguaglianza) spiegano il 31,7% della distribuzione legale della pena di morte nel mondo. Il secondo modello con le tre variabili spiegate insieme, spiega il 34,5% della distribuzione della copertura dei crimini che sono passibili della pena di morte nel mondo. In questo senso, è importante sottolineare che, nonostante ci sia una differenza tra le variabili che spiegano il primo e il secondo modello, possiamo affermare che, in entrambi i casi, praticamente un terzo della distribuzione tanto dello *status* legale della pena di morte quanto della copertura dei crimini passibili della pena di morte, possono essere spiegati dal fattore fragilità dello Stato, specialmente il fattore diritti umani, seguito dal fattore demografia. In questo senso, è necessario affermare che la sfida di portare i paesi che, oggi, prevedono la pena

di morte (soprattutto quelli che la prevedono per i reati comuni) passa obbligatoriamente per la riduzione delle contingenze che portano lo Stato a detenere fragilità, soprattutto per quanto riguarda i diritti umani e problemi demografici.

Di seguito, per corroborare la seconda ipotesi, si è tracciata una correlazione utilizzando l'indice di Pearson, computando lo *status* del paese, la pena di morte come obbligatoria, la combinazione di questi due prodotti (ossia, paesi che mantengono la pena di morte e la prevedono come obbligatoria per crimini specifici, e abbiamo considerato anche gli indicatori di fragilità dello Stato).

Tabella 4. Correlazione tra ritenzione della pena di morte, avere pena obbligatoria e fragilità dello Stato

		Retentionist / Obbligatorio
	Correlazione di Pearson	1
Retentionist / Obbligatorio	Sig. (2 estremità)	
	N	178
	Correlazione di Pearson	,265**
Infrastruttura di sicurezza	Sig. (2 estremità)	,000
	N	178
	Correlazione di Pearson	,260**
Rivalità tra élite	Sig. (2 estremità)	,000
	N	178
	Correlazione di Pearson	,267**
Rivalità tra gruppi	Sig. (2 estremità)	,000
	N	178
	Correlazione di Pearson	,115
Economia	Sig. (2 estremità)	,127
	N	178
	Correlazione di Pearson	,091
Disuguaglianza	Sig. (2 estremità)	,228
	N	178
	Correlazione di Pearson	,056
Perdita di capitale umano e intellettuale	Sig. (2 estremità)	,459
	N	178
	Correlazione di Pearson	,290**
Legittimità dello stato	Sig. (2 estremità)	,000
	N	178
	Correlazione di Pearson	,115
Servizi pubblici e governo	Sig. (2 estremità)	,126
	N	178
	Correlazione di Pearson	,367**
Diritti umani	Sig. (2 estremità)	,000
	N	178
	Correlazione di Pearson	,159*
Demografia	Sig. (2 estremità)	,034
	N	178
	Correlazione di Pearson	,237**
Rifugiati	Sig. (2 estremità)	,001
	N	178
	Correlazione di Pearson	,146
Intervento esterno	Sig. (2 estremità)	,051

Total_2017	N	178
	Correlazione di Pearson	,235**
	Sig. (2 estremità)	,002
	N	178

Fonte: l'autore.

In base al modello di correlazioni afferito, si è tracciata, di seguito, una regressione lineare considerando come variabile dipendente la distribuzione dei paesi considerando il criterio di avere o no nel loro *modus operandi* la pena di morte come obbligatoria e di essere mantenitore allo stesso tempo; come variabili indipendenti, computeremo le variabili relative all'indice di fragilità dello Stato: rifugiati, demografia, diritti umani, legittimità dello Stato, rivalità tra gruppi, rivalità tra l'*élite* e apparato di sicurezza.

Tabella 5. Coefficientiⁱ

Modello	Coefficienti non standardizzati		Coefficienti standardizzati	t	Sig.
	B	Modello predefinito	Beta		
(Costante)	-,108	,072		-1,490	,138
Infrastruttura di sicurezza	,003	,021	,021	,132	,895
Rivalità tra élite	-,008	,023	-,066	-,365	,716
1 Rivalità tra gruppi	,004	,018	,030	,240	,810
Diritti umani	,081	,022	,685	3,607	,000
Demografia	-,026	,015	-,214	-1,784	,076
Rifugiati	,013	,015	,098	,855	,394
Legittimità dello stato	-,027	,026	-,229	-1,018	,310

a. Variabile dipendente: Retentionist / Obbligatorio

Fonte: l'autore.

Considerando che nel test *t-student* tutte le variabili (tranne diritti umani) hanno sorpassato il valore di significanza, si è tracciata, di seguito, una regressione lineare dove si è delimitata la variabile mantentrica / obbligatoria come dipendente e la variabile diritti umani come indipendente.

Tabella 6. Riassunto del modello^b

Modello	R	R quadrato	R quadrato aggiustato	Erro padrão da estimativa
1	,367 ^a	,135	,130	,28204

a. Predittori: (Costante), Diritti umani

b. Variabile dipendente: Retentionist / Obbligatorio

Tabella . ANOVA^a

Modello	Somma dei quadrati	df	Piazza media	F	Sig.



	Regressão	2,179	1	2,179	27,398	,000 ^b
1	Resíduos	14,000	176	,080		
	Total	16,180	177			

a. Variabile dipendente: Retentionist / Obbligatorio

b. Predittori: (Costante), Diritti umani

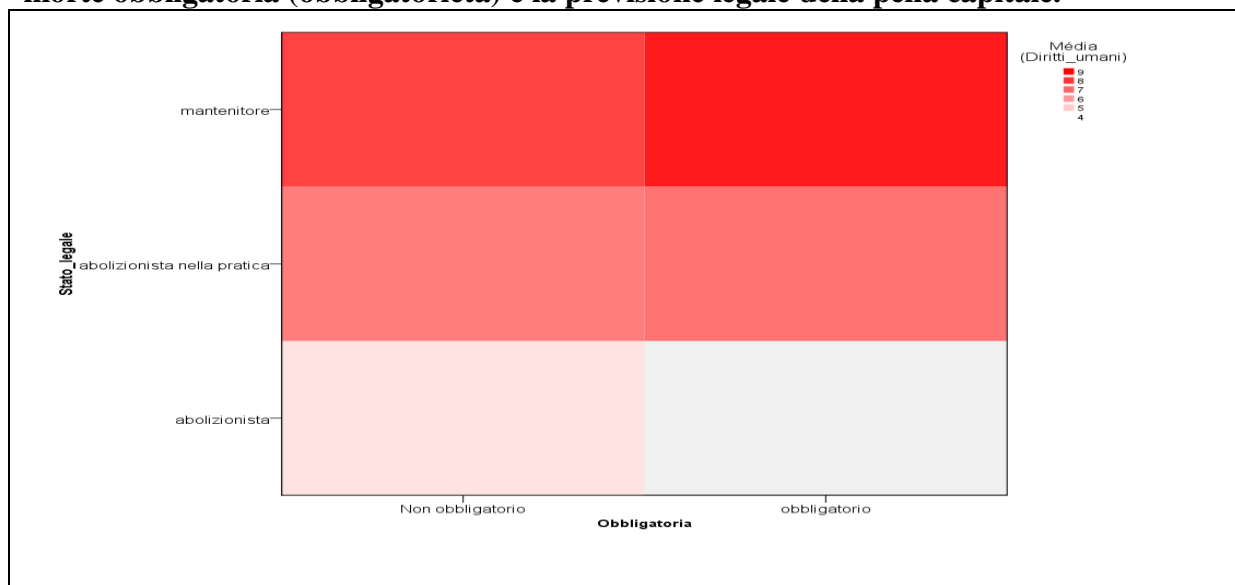
Coefficienti^a

Modello	Coefficienti non standardizzati		Coefficienti standardizzati	t	Sig.
	B	Modello predefinito	Beta		
1 (Costante)	-,149	,052		-2,848	,005
1 Diritti umani	,043	,008	,367	5,234	,000

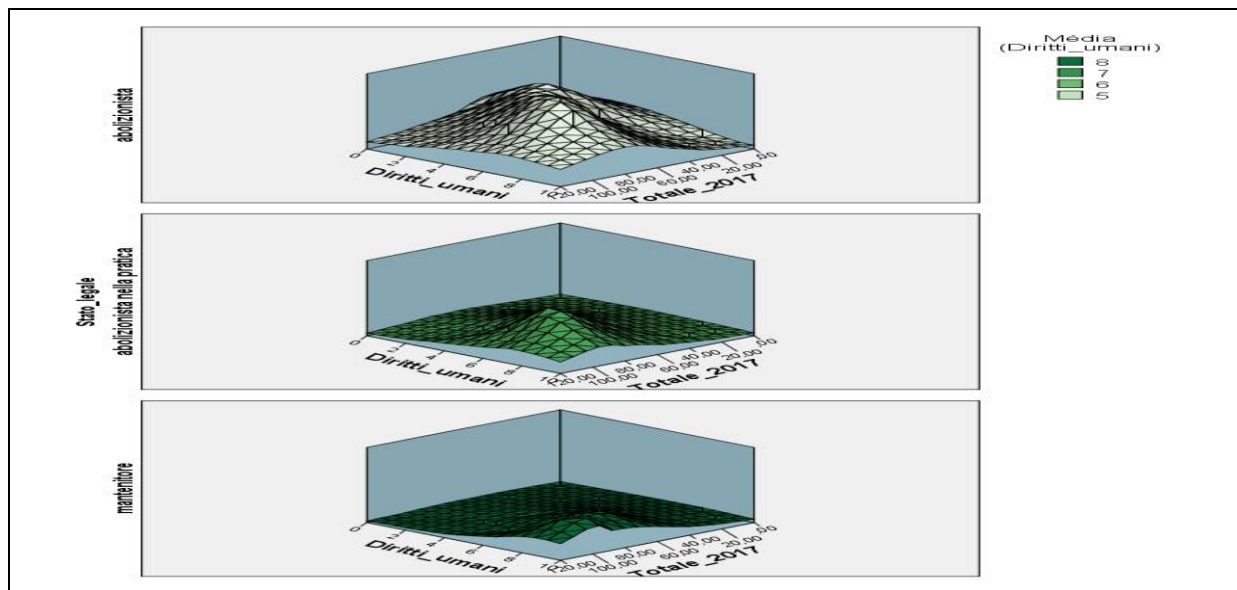
a. Variabile dipendente: Retentionist / Obbligatorio

Fonte: l'autore.

Grafico 1. Distribuzione della pena di morte legale, della previsione di avere la pena di morte obbligatoria (obbligatorietà) e la previsione legale della pena capitale.



141



Fonte: l'autore.

Considerando il valore di R quadrato aggiustato, è plausibile affermare che la variabile indipendente “fragilità rispetto ai diritti umani” riesce a spiegare il 13% della conservazione della pena di morte obbligatoria per un determinato tipo di reato. Ossia, un quinto di questo, difatti, può essere previsto dal fatto che, possibilmente, questi paesi hanno qualche difficoltà per raggiungere lo stesso livello di risposta alle sollecitazioni dei diritti umani.

In quest'analisi si è cercato d'individuare i paesi mantenitori e che prevedono la pena di morte obbligatoria per almeno un reato, e siamo arrivati a un totale di 18 paesi, i quali possono essere divisi in paesi mantenitori “molto critici” e “meno critici”. In questo senso⁴, 9 paesi (nominatamente: Afghanistan, Nigeria, Sudano del Sud, Yemen, Iran, Pakistano, Arabia Saudita e Siria) possono essere visti come “molto critici” dal fatto che la pena di morte c'è applicata ampiamente e, in molti casi, senza assistersi alle premesse dei diritti umani. Dall'altro canto, Giordania, Kuwait, Guinea equatoriale, Libia, Malesia, Tailandia, Somalia, Singapore ed Emirati Arabi Uniti possono essere considerati paesi “meno critici” poiché, sebbene siano mantenitori e prevedano la pena di morte obbligatoria, tendono ad applicarla meno spesso e

⁴ Segmentando i gruppi, abbiamo trovato che, all'interno di quest'analisi, esistono 18 paesi che non hanno la pena di morte obbligatoria e sono mantenitori. Tuttavia, nel considerare i fattori: numero dei crimini coperti dalla pena di morte obbligatoria, crimini comuni vs crimini con morte, proibizione dell'esecuzione di minorenni, donne incinte, anziani e malati di mente, giudizio giusto, qualità della rappresentazione legale e possibilità di clemenza.



anche a rispondere di più alle salvaguardie richieste dai diritti umani rispetto ai paesi considerati “più critici” nella nostra analisi.

CONSIDERAZIONI FINALI

In vista della corroborazione della prima e della seconda ipotesi di questo lavoro, puntiamo che, perché i 18 paesi ritenuti mantenitori e praticanti di qualche tipo di pena di morte obbligatoria ne adottino l’abolizione, è necessario, prima di tutto, che le contingenze che portano i paesi a mantenere la pena di morte siano neutralizzate. Avendo in comune la distribuzione della previsione legale della pena di morte, la copertura dei crimini previsti come passibili di tale pena e anche il fatto che sono mantenitori e che prevedono, allo stesso tempo, la pena di morte obbligatoria, esiste il fatto che la fragilità dei diritti umani è un consistente preveditore. Si può capire che, in parte, la pena di morte è un epifenomeno della fragilità ormai esistente rispetto ai diritti umani, in questo caso, è impossibile pensare a uno scenario dove l’abolizione della pena di morte avvenga senza che prima esista un livellamento o un radicamento delle protezioni e dell’effettività dei diritti umani.

143

Come ben argomenta Reena Mary George (2017, p.69-73), è fatto che la pena di morte non trova luogo legittimo in una società democratica civilizzata. Essa viola l’articolo 6° del *Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici* per quanto riguarda il diritto alla vita. È dire che, in un paese democratico, il giudiziario ha il ruolo d’interpretare e di applicare leggi e di giudicare controversie tra i cittadini e anche con lo Stato. Il sistema giudiziario e lo Stato mantengono, in tesi, lo stato di diritto, essendo così, in un paese con una costituzione scritta, è ruolo del giudiziario garantire che il governo cammini in concordanza con la legge. Ossia, il giudiziario ha la funzione addizionale di salvaguardare la supremazia della costituzione, interpretando e applicandone le disposizioni, tenendo tutte le autorità dentro il quadro costituzionale. In generale, la pena di morte tende a provocare l’incontrario, invece di ordine, porta con sé più disturbi per la società e danneggia molti ingranaggi del processo democratico. Evidente che essa non è una pratica isolata, funziona da elemento in un sistema maggiore di sanzioni, e il suo posto in questo quadro, generalmente, è quello del protagonista. Di conseguenza, è compito duro preservare e rispettare i diritti umani basici, ancora di più in democrazie in funzionamento. Ancora su questo punto, Karimunda (2011) afferma che è



lamentevole, nei giorni di oggi, che la pena di morte continui a servire, in alcuni paesi, da strumento di controllo politico tanto comune nei periodi coloniali.

Il valore del pluralismo e dell'eterogeneità nelle società moderne, unito all'impegno nella politica democratica, secondo indagano Nicola Lacey e Hanna Pickard (2015), rende inviabile la legittimazione delle forme crudeli di punizione, allo stesso tempo in cui s'inclina, spinge l'istituzionalizzazione di accordi favorevoli alla riconciliazione all'interno di un insieme stabile di arrangiamenti pratici. Da un lato, uno compiti più complicati per il diritto (ancora in corso in tutte le società) risiede nella disseminazione del diritto penale nelle aree che sono sempre più forgiate da regolamenti. Secondo, esiste la sfida di svolgere il compito sociale di legittimare e civilizzare il castigo. In ogni caso, per piegarsi sul tema della punizione, ci vuole l'osservanza delle condizioni di esistenza delle istituzioni.

I cinque passi che, generalmente, portano a un'abolizione progressiva dell'uso legale della pena di morte sono: dichiarazione di moratoria, abolizione di fatto, abolizione della giuria per i crimini comuni, abolizione della giuria per tutti i crimini e adesione al secondo *Protocollo Facoltativo al Patto Internazionale dei Diritti Politici* che mira ad abolire la pena di morte. Comunque, una moratoria sull'utilizzo della pena di morte, se autoimposta o ufficiale, continua a essere una promessa senza garanzia. Quando i paesi mantengono il loro impegno di avanzare allo *status* di abolizionisti di fatto, si crede che tale *status* produca un obbligo internazionale ai sensi dell'Articolo 6° del *Patto Internazionale dei Diritti Civili e Politici* per il non stabilimento della pena di morte. È dire che, una volta che lo Stato abolisce la pena di morte, esso non può ristabilirla; questa è una regola fondamentale del diritto internazionale. È chiaro che gli Stati possono ancora sfidare il diritto internazionale e creare delle situazioni d'instabilità. L'abolizione costituzionale della pena di morte e l'adesione alle norme internazionali tende, potenzialmente, a tranquillizzare i cittadini che non sarebbero più alla mercé dei loro politici.

Certamente, come considera Joseph Williams e Stella Yarbrough (2013), le nazioni individuali hanno diritti sovrani e, per questo fondamento, determinano i loro propri sistemi politici e legali, perciò, molti sono quelli che mantengono ancora la pena di morte. È evidente, a questo punto, che i trattati che permettono il mantenimento della pena di morte descrivono requisiti per, minimamente, garantire la protezione dei diritti umani e qui si sottolinea che, sia la *Dichiarazione Universale dei Diritti Umani*, sia il *Patto Internazionale per i Diritti Civili e Politici* riconoscono il diritto fondamentale alla vita, che, come tale, dev'essere protetto pietrigno in legge. In questo interim, cercando di garantire che questo diritto non sia sottratto

in maniera arbitraria, il diritto intenzionale impone limitazioni per l'imposizione della pena di morte, considerandolo "accettabile" unicamente per i crimini più gravi previsti dalle leggi in vigore al momento della loro pratica (in conformità con le procedure di giudizio giuste). Si rileva che la giurisprudenza del *Consiglio dei Diritti Umani delle Nazioni Unite* fornisce una definizione di quello che sarebbero i crimini più gravi, includendo assassinati intenzionali o tentativi, e, forse, infliggere danni corporali gravi, essendoci anche una raccomandazione che prevede che certi crimini dagli impatti drastici (anche senza morti) possano giustificare la pena di morte (WILLIAMS; YARBROUGH, 2013). Inoltre, il diritto internazionale segnala che il metodo di esecuzione dev'essere il più umano possibile, in modo a causare la minima sofferenza fisica e mentale. Non c'è, però, una raccomandazione che elenchi i mezzi che sono accettabili, anche se esiste il consenso che è inaccettabile l'esecuzione di donne incinte, minorenni, anziani e malati di mente.

RIFERIMENTI

145

ALLARD K. LOWENSTEIN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS CLINIC. Yale Law School. *A "most serious crime" pakistan's unlawful use of the death penalty*. Lenoir City: Yale Law School, 2016. 61 p. Disponível em: <https://law.yale.edu/system/files/area/center/schell/2016_09_23_pub_dp_report.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2018.

ALMEIDA, Guilherme Assis de; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci. *Diritti umani*. São Paulo: Atlas, 2009.

AMNESTY INTERNACIONAL. Death Sentences and Executions 2017. *Amnesty International Global Report*, London, v. 1, n. 1, p.1-42, jan. 2018. Disponível em: <<https://www.amnesty.nl/content/uploads/2018/04/Death-Penalty-REPORT-web-FINAL.pdf?x81886>>. Acesso em: 12 fev. 2018.

AMNESTY INTERNACIONAL. Somalia Human Rights Violations and Abuses Persist. *Universal Periodic Review*, v. 1, n. -, p.1-11, fev. 2016. Disponível em: <<https://www.amnesty.org/download/Documents/AFR5228202015ENGLISH.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

CORNELL CENTER ON DEATH PENALTY WORLDWIDE (Eua). *Death Penalty Database*. Ithaca: Cornell Law School, 2017. Disponível em: <<https://www.deathpenaltyworldwide.org/search.cfm>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

GEORGE, Reena Mary. Death Penalty: A Paradox in a Democracy. *Challenges to Democracy in India*, v. 1, n. 1, p. 62-73, 2017.

GONÇALVES, Pedro Correia. A era do humanitarismo penitenciário: as obras de John Howard, Cesare Beccaria e Jeremy Bentham. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 33, n. 1, p. 9-17, 2009.

GRAY, Anthony. Mandatory sentencing around the world and the need for reform. *New Criminal Law Review: In International and Interdisciplinary Journal*, v. 20, n. 3, p. 391-432, 2017.

JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Direito internacional penal: mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

KADRI, Sadakat. Forced to Kill: The Mandatory Death Penalty and its Incompatibility with Fair Trial Standards. *A report of the International Bar Association's Human Rights*, 2016.

KARIMUNDA, Aimé Muyobokey. *The Death Penalty in Africa: The Path Towards Abolition*. Routledge, 2016.

KIM, Dongwook. International non-governmental organizations and the abolition of the death penalty. *European Journal of International Relations*, v. 22, n. 3, p. 596-621, 2016.

KLEINFELD, Joshua. Two Cultures of Punishment. *Stanford Law Review*, v. 68, n. 5, 2016.

LACEY, Nicola; PICKARD, Hanna. The Chimera of Proportionality: Institutionalising Limits on Punishment in Contemporary Social and Political Systems. *The Modern Law Review*, v. 78, n. 2, p. 216-240, 2015.

LEECHAIANAN, Yingyos; LONGMIRE, Dennis R. The use of the death penalty for drug trafficking in the United States, Singapore, Malaysia, Indonesia and Thailand: A comparative legal analysis. *Laws*, v. 2, n. 2, p. 115-149, 2013.

MEGIVERN, James J. Capital Punishment: The Curious History of Its Privileged Place in Christendom. *Proceedings of the American Philosophical Society*, v. 147, n. 1, p. 3-12, 2003.

NEUMAYER, Eric. Death penalty: The political foundations of the global trend towards abolition. *Human Rights Review*, v. 9, n. 2, p. 241-268, 2008.

PASCOE, Daniel. researching the death penalty in closed or partially closed criminal justice systems. *The Changing Contours of Criminal Justice*, p. 197, 2016.

PIOVESAN, Flávia. *Diritti umani e o direito costitucional internacional*. Saraiva Educação SA, 1996.

RAMOS, Tainá Corrêa Barbosa. Capital punishment: a theoretical and cooperative analysis. *Adam Mickiewicz University Law Review*, v. 6, p. 145-156, 2016.



SCHABAS, William A. The United Nations and abolition of the death penalty. *Against the Death Penalty*. Routledge, 2016. p. 29-62.

WILLIAMS, Brackette F. "Reigning" in barbarians: Barbados, abolition activism, and death penalty classification. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 23, n. 68, p. 23-40, 2008.

WILLIAMS, Joseph; YARBROUGH, Stella. *A Human Rights Review of the Syrian Penal Code: JUSTICE FOR SYRIA*. Nashville: Vanderbilt University Law School, 2013. Disponível em: <https://law.vanderbilt.edu/academics/academic-programs/international-legal-studies/Justice-for-Syria-Project.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2018.

WILSON, Richard J. The Transformative Influence of International Law and Practice on the Death Penalty in the United States. *Browser Download This Paper*, 2016.

Submissão: 08/09/2018

Aceito para Publicação: 31/12/2018



ABERTURA JURÍDICO-NORMATIVA PELA INCORPORAÇÃO DE TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS: A CONTRIBUIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS PARA O DESENVOLVIMENTO HUMANO PRETENDIDO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

LEGAL-NORMATIVE OPENING BY THE INCORPORATION OF HUMAN RIGHTS TREATIES: THE CONTRIBUTION OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS FOR THE INTENDED HUMAN DEVELOPMENT IN THE CONSTITUTION OF THE FEDERATIVE REPUBLIC OF BRAZIL

Eduardo Almendra Martins*

Newton de Menezes Albuquerque**

149

RESUMO: O trabalho tenta demonstrar que as liberdades políticas e civis estão atreladas aos direitos econômicos, sociais e culturais, onde há uma dialética de complementariedade entre eles, pois sem um não há o outro e vice-versa; cabendo ao Estado em algumas situações a intervenção para que se possa manter um mínimo de igual liberdade entre as pessoas para que essas possam escolher a forma como querem viver suas vidas, sublinhando-se que essa autonomia contribui para a construção de uma solidariedade social, na medida em que se reconhece que a “necessidade” da intervenção passa pela discussão pública onde todos devem participar, logo cada um é responsável por todos e todos são responsáveis por cada um. Nesse contexto a abertura jurídico-normativa decorrente da inserção de tratados internacionais de direitos humanos permite que órgãos internacionais, especialmente a Corte Interamericana de Direitos Humanos, contribuam para um diálogo de implementação do desenvolvimento humano inserido na Constituição da República Federativa do Brasil.

ABSTRACT: The work attempts to show that the political and civil freedoms are linked to economic, social and cultural rights, where there is a complementarity of dialectic between them, because without one there is not the other and vice versa; and the State to intervene in some situations so you can maintain a minimum of equal freedom among the people so that these can choose how they want to live their lives, is stressing that this autonomy contributes to the construction of a social solidarity, as it is recognized that the “necessity” of intervention involves the public discussion where everyone must participate, so each is responsible for all and all are responsible for each. In this context the legal-normative opening due to the inclusion of international human rights treaties allow international agencies, particularly the Inter-American Court of Human Rights, contribute to implementation of dialogue inserted human development in the Constitution of the Federative Republic of Brazil.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Desenvolvimento. Corte Interamericana.

KEYWORDS: Human Rights. Development. Inter-American Court.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Desenvolvimento Humano e Intervenção do Estado para Participação Democrática. 2 A Contribuição do Diálogo entre Normas de Direitos Humanos para o Desenvolvimento das Pessoas. 2.1 Proteção para as Mulheres Vítimas de Violência e Maior Regulamentação no Tratamento das Pessoas com Incapacidade Mental. 2.2 Eficácia Interpretativa da *Ractio Decidendi* da CorteIDH. 2.2.1 Terras Tradicionalmente Ocupadas por Identidades Indígenas e Acesso a Serviços Públicos. Considerações Finais. Referências.

* Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza, Ceará. Defensor Público do Estado do Ceará.

** Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor Assistente da Universidade de Fortaleza, Ceará, e professor adjunto da Universidade Federal do Ceará. Diretor da Fundação Escola Superior Advocacia do Ceará e membro do Conselho da Fundação Perseu Abramo.

INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil (doravante RFB) comprometeu-se a viabilizar as condições para a construção de uma sociedade justa e igualitária, cabendo aos poderes constituídos, quais sejam: Legislativo, Executivo e Judiciário a função de instituir e regulamentar essas condições. O ponto de partida para os objetivos previsto no art. 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (doravante CRFB/88) encontra-se no equilíbrio dos princípios considerados, pelo Poder Constituinte, fundamentais – estão elencados nos incisos do art. 1º da CRFB/88 – para a consecução daqueles, são eles: soberania, dignidade humana, cidadania, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político.

Cada um daqueles princípios representa uma pluralidade de manifestação que podem opor-se aos outros ou mover-se como engrenagens que se adequam a cada uma das partes para criar uma democracia forte, onde a autodeterminação de cada um possa ser o mínimo possível condicionada por fatores externos de ruptura, como a fome, etnia, privação de liberdade, analfabetismo, deficiência – física e mental –, ausência de moradia, gênero, idade dentre outros.

Com o fim de manter os poderes constituídos vinculados aos direitos fundamentais a RFB internalizou a Convenção Americana de Direitos Humanos através do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, cujo objetivo foi a incorporação de mais um vínculo material – tendo em vista a existência dos direitos fundamentais já previstos pela CRFB; logo após o Decreto 4.463, de 08 de novembro de 2002, impôs como obrigatória a competência jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante CorteIDH) na interpretação e aplicação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Tanto a CADH como a CorteIDH contribuem para que as pessoas possam desenvolver-se em suas liberdades, na medida em que incorporam um novo olhar sobre condições necessárias para o desenvolvimento humano. A troca de informações pela recepção das mudanças produzidas pela CADH, bem como através da interpretação que a CorteIDH dá a essa, fortalece o diálogo com os poderes constituídos da RFB na construção de instrumento de preservação de direitos essenciais à pessoa humana para poder posicionar-se dentro do sistema democrático do poder, pois o tolhimento de direitos humanos-fundamentais interfere na atividade volitiva de uma pessoa, pois é encoberta por uma névoa que não lhe permite enxergar, já que não terá liberdade dentro de um ambiente igual para participar da tomada de decisão.

Logo os passos dados no horizonte de uma sociedade justa está atrelado ao desenvolvimento pessoa de cada um dos seus integrantes, tendo o poder econômico influência instrumental nesses passos, mas não é a única condição de satisfação, porque o desenvolvimento humano contém outros instrumentos de satisfação, que passam necessariamente pelo fortalecimento da democracia, pois é através de um ambiente de escolha e discussões que as liberdades no exercício igual de cada uma pode influenciar na construção de pontes para uma sociedade justa.

Portanto a proeminência que a CRFB dá aos direitos humanos-fundamentais, arrematando para a sua proteção a participação da CorteIDH e do poder judiciário pátrio, tem a função de permanente construção do Estado Democrático de Direito em que se funda a República Federativa do Brasil.

1 DESENVOLVIMENTO HUMANO E INTERVENÇÃO DO ESTADO PARA PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA

151

A participação na esfera pública deve ser propiciada pelo Estado através da construção segura de pontes para esse acesso; essas pontes são construídas pelos tijolos dos direitos fundamentais, cada peça dessa construção é um alicerce para que as pessoas possam alcançar seus objetivos.

O desenvolvimento humano está ligado a existência dessas pontes e a força dada aos direitos que sustentam esse caminho. Não se pode construir um ambiente de liberdade igualitária se há pessoas que desfrutam do acesso à esses caminhos, quanto outras são impedidas de nele trafegar, por conta de várias condições imerecidas como incapacidade, velhice, pobreza, raça, religião.

O Estado deve através de sua interferência afastar os empecilhos para que todos possam, se assim quiserem, buscar o exercício de outras maneiras de viver, reconhecendo que toda pessoa é “portadora de uma dignidade inata (...). Devendo-se-lhe assegurar todas as condições da busca da felicidade terrena” (BRITTO, 2010, p.20).

O desenvolvimento requer que se remova as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos. (SEN, 2010, p. 16 e 17).



Não se pode olvidar que o desenvolvimento humano não está atrelado somente ao aumento da riqueza das pessoas – já que “[A] despeito de aumentos sem precedentes da opulência global, o mundo atual nega liberdades elementares a um grande número de pessoas” (SEN, 2010, p. 17) –; a renda é um componente para que se possa garantir direitos fundamentais, mas não é o único, logo se deve compreender que a livre iniciativa econômica no desenvolvimento não tem como sustentáculo apenas a preservação das liberdades de mercado, mas também a valorização do trabalho para que esses dois vetores possam de forma igual assegurar dignidade humana de cada pessoa (art. 170, cabeça da CRFB/88).

O exercício da liberdade passa, assim, pela instituição de alguns serviços básicos como saúde, educação, assistência social, ou seja, sem a oferta desses direitos sociais – que carregam a “idéia de responsabilidade social e integrativa de direitos (...), impedindo-se que as desigualdades, por não terem um tratamento diferenciado e proporcional à desigualdade, traduzam uma efetiva desigualdade nas relações jurídicas” (SCHÄFER, 2005, p. 27) – muitas pessoas estão privadas do exercício de suas capacidades, pois não poderiam livremente escolher meios de vida e principalmente participar das discussões públicas de tomadas de decisão pelo Estado. Logo a existência de condições mínimas de exercício de direitos é que possibilita a pessoa humana participar das tomadas de decisões no Estado, retirando daquele a venda e amarras de dependência (POMPEU, 2008, p.1337), crendo que esse vive para aquele e não o contrário, como já observou Leal na história brasileira, que muito se repete:

Completamente analfabeto, ou quase, sem assistência médica, não lendo jornais nem revistas, nas quais se limita a ver figuras, o trabalhador rural, a não ser em casos esporádicos, tem o patrão na conta de benfeitor. E é dele, na verdade, que recebe os únicos favores que sua obscura existência conhece. Em sua situação, seria ilusório pretender que esse novo pária tivesse consciência do seu direito a uma vida melhor e lutasse por ele com independência cívica. O lógico é o que presenciamos: no plano político, ele luta com o ‘coronel’ e pelo ‘coronel’. (2012, p. 30 e 31).

O acesso a essas prestações está contido na ideia de mínimo existencial que abarca tanto as prestações negativas do Estado, como prestações positivas desse (TORRES, 2009, p. 08) – que estão inseridas dentro dos direitos sociais – já que a sustentabilidade do desenvolvimento humano passa pelo investimento orçamentário para a garantia das liberdades pessoais (TORRES, 2009, p.18). Sen esclarece que as capacidades humanas não devem depender apenas do crescimento econômico do Estado, podendo esse investir em direitos sociais, acesso à educação, saúde, inclusive como instrumento desencadeador do arranque econômico.

Por outro lado o sucesso do processo conduzido pelo custeio público realmente indica que um país não precisa esperar até vir a ser muito rico (durante o que pode ser um longo período de crescimento econômico) antes de lançar-se na rápida expansão da educação básica e dos serviços de saúde. A qualidade de vida pode ser em muito melhorada, a despeito de baixos níveis de renda, mediante um programa adequado de serviços sociais. O fato de a educação e os serviços de saúde também serem produtivos par o aumento do crescimento econômico corrobora o argumento em favor de dar-se mais ênfase a essas disposições sociais nas economias pobres, *sem* ter de esperar 'ficar rico' primeiro. O processo conduzido pelo custeio público é uma receita para a rápida realização de uma qualidade de vida melhor, e isso tem grande importância para as políticas, mas permanece um excelente argumento para passar-se daí a realizações mais amplas que incluem o crescimento econômico e a elevação das características clássicas da qualidade de vida. (2010, p. 71)

A intervenção do Estado é importante para que se mantenha a qualidade de vida das pessoas, para que possam exercer sua liberdade em uma realidade social com o menor condicionamento possível – ou seja, “sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade. Mas para que essa intervenção não seja demasiadamente arbitrária, deve-se promover a discussão entorno dessas intervenções. Abrir o espaço público para participação de todos exercerem a tolerância da discordância (SEN, 2011, p. 367) é manter a democracia viva na gestão do Estado, logo se verifica que a limitação de vozes no debate público está ligada ao enfraquecimento do desenvolvimento humano, pois “[É] difícil escapar da conclusão geral de que o desempenho econômico, a oportunidade social, a voz política e argumentação racional pública estão profundamente relacionados” (SEN, 2011, p. 383).

As pessoas só cooperam em um contexto democrático, deliberando acerca do bem comum, quando são tratadas, tanto pelo Estado, quanto por seus pares, como 'dignas de igual respeito', e, sem a vigência de determinadas condições sociais, não há a garantia de que tal cooperação, de fato, venha a ocorrer. (SOUZA NETO, 2006, p.252 e 253).

Observa-se que direitos sociais e civis não andam distantes, mas crescem juntos, retroalimentam-se, pois não há discussão pública para a escolha das “necessidades” na intervenção do Estado, sem a liberdade de expressão, bem como uma educação básica, atendimento à saúde, acesso à mulher para participar das discussões.

De fato, pode-se afirmar que uma compreensão adequada de quais são as necessidades econômicas – seu conteúdo e sua força – requer discussão e diálogo. Os direitos políticos e civis, especialmente os relacionados à garantia de discussão, debate, crítica e dissensão abertos, são centrais para os processos de geração de escolhas bem fundamentadas e refletidas. (SEN, 2010, p. 202).

O desenvolvimento humano não pode afastar-se do crescimento econômico, mas a implementação dos meios para o alcance daquele não está condicionado a Estados ricos, onde não há intervenção, regulação, desse; pelo contrário, a intervenção pública é fundamental para que se criem condições para que as pessoas possam produzir riquezas, daí porque não são legítimas intervenções contrárias às liberdades civis e igualdades sociais, pois “los derechos fundamentales sancionados en las constituciones – de los derechos de libertad a los derechos sociales – operan como fuentes de invalidación y de deslegitimación más que de legitimación.”(FERRAJOLI, 2010, p. 52); ora como pode uma pessoa doente, que não possui plano de saúde, acordar de manhã e ir trabalhar para receber salário que fará com que compre produtos produzidos por outra pessoa, aquela precisa ir ao seu posto de saúde e receber um atendimento eficiente e acesso a medicamentos de baixo custo para voltar a trabalhar para produzir riqueza, não somente a monetária, mas a de sentir-se participante, de sentir-se humano, socializando-se com colegas de trabalho, dividindo valores e opiniões; do mesmo modo que a mulher ao participar da economia não está apenas aumentando a renda de sua família, ela está podendo escolher ambientes de participação que lhe tragam condições de autodeterminar-se, não estando subjugada por uma relação que a escraviza, pela sua falta de educação e logo de oportunidade.

154

A educação básica, o trabalho, a saúde e proteção social estão associadas ao como serão exercidas as liberdades civis na construção democrática do Estado, logo fazendo parte do crescimento econômico desse sem desigualdades extremas, permitindo que cada pessoa possa “realmente” escolher sua forma de ser no mundo.

2 A CONTRIBUIÇÃO DO DIÁLOGO ENTRE NORMAS DE DIREITOS HUMANOS PARA O DESENVOLVIMENTO DAS PESSOAS

A legitimidade democrática se dá tanto através da obediência formal a organização do poder contido na constituição, quanto na construção sólida de caminhos para a consecução dos objetivos da CRFB contidos no art. 3º, cabeça e incisos¹. A dignidade humana e cidadania são

¹Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

o outro lado da base de sustentação do Estado brasileiro, dentro dos elementos constitutivos do Estado Moderno, qual seja: poder, povo e território (BONAVIDES, 2012, p 70); se poderia incluir aqueles dentro da interseção criada entre poder e povo, na medida em que o exercício do poder está atrelado a conservação digna de seus cidadãos, logo “[Quando] se declara que o Estado só pode ser consagrado por sua qualidade de organização para a segurança jurídica, quer-se dizer que só pode justificar-se enquanto sirva à aplicação e execução dos princípios morais do direito.” (HELLER, 1968, p. 267).

Como já pontuado, além desse efeito desvalidador, os direitos humanos-fundamentais, estando à dignidade humana como porta da frente, possibilita uma abertura normativa para direitos que não estejam expressamente dentro do capítulo de direitos fundamentais ou até mesmo decorram da normatividade constitucional-democrática-república do sistema jurídico brasileiro, daí se vê no §2º do art. 5, da CRFB a verbalização da porta entre aberta, logo pertinente a explicação de Schäfer sobre a abertura constitucional dos direitos fundamentais: “[A] textura aberta dos direitos fundamentais permite à Constituição incorporar, ao seu rol de direitos, novos direitos fundamentais decorrentes da evolução da consciência política e jurídica da sociedade.” (2005, p. 36), não se olvidando o ingresso dos direitos humanos internacionais por essa porta (MAZUOLLI, 2010, p.116-128).

No contexto de proteção e desenvolvimento da dignidade humana a RFB ratificou a Convenção Interamericana de Direito Humanos que ingressou no sistema jurídico brasileiro através do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, ficando a República brasileira obrigada a cumprir integralmente seu texto, como se depreende do art. 1º do decreto³. Além da CADH ser fonte normativa já internalizada no país, houve o reconhecimento pelo Decreto 4.463, de 08 de novembro de 2002, art. 1º, cabeça, da competência jurisdicional da CorteIDH na interpretação e aplicação na guarda da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Há um relacionamento entre esses dois decretos, uma vez que a incorporação da CADH não pode estar dissociada de sua interpretação internacional, feita pela CorteIDH.

²Art. 5º (...); (...); § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

³ Art. 1º A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, apensa por cópia ao presente decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém.



Frise-se, mais uma vez, que à medida que os tratados de direitos humanos se internalizam ao direito estatal, suas regras de interpretação (...) também se incorporam *ipso jure* – com nível de normas constitucionais – ao arcabouço normativo doméstico, passando a ser imediatamente aplicáveis. Essa incorporação imediata, que permite os 'canais de comunicação' previstos no tratado respectivo, impede a postura judicial formalista que vê na norma internacional um produto estranho à nossa legalidade e não a aplica. (2010, p. 123).

Com a recepção da CADH e consequentemente o reconhecimento da CorteIDH como seu interprete, deveria o judiciário pátrio observar as decisões dessa, através do exercício do controle de convencionalidade das normas internas, como já decidiu a CorteIDH nos casos *Almonacid Arellano y outros vs. Chile* e *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Peru* (decisões citadas por Humberto Nogueira Alcalá, 2012, p. 61).

En esta tarea de de control de convencionalidad, los jueces no solo deben tener en consideración la norma jurídica positiva que se encontra em el tratado, sino también la interpretación auténtica que há establecido la CIDH, em el âmbito de su competencia de interpretación y aplicación de la convención, en cuanto interprete último de los derechos asegurados y garantizados em la Convención según lo dispuesto em ella misma, como lo determina la CIDH desde el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. (NOGUEIRA ALCALÁ, 2012, p. 70).

156

Logo o diálogo “*induce tanto a la oposición y contradicción, como al acuerdo y la concórdia*”(NOGUEIRA ALCALÁ, 2012, p. 58), favorecendo, assim, a um aumento de eficiência dos direitos humanos-fundamentais, na medida em que há uma partilha de problemas comuns entre as várias ordens jurídicas e a correspondência jurídica travada entre as cortes aumenta a identificação e troca de experiência na solução dos casos comuns, proporcionado, quase sempre uma solução criativa ainda não gestada dentro do ordenamento jurídico doméstico (NEVES, 2009, XXI).

Mas a sociedade moderna nasce como sociedade mundial, apresentando-se como uma formação social que se desvincula das organizações políticas territoriais. (...) A sociedade mundial constitui-se como uma conexão *unitária* de uma *pluralidade* de âmbitos de comunicação em relações de concorrência e simultaneamente, de complementariedade. (NEVES, 2009, p. 26).

Dentro desse diálogo propiciado pela ratificação da CADH encontra-se tanto a Convenção de Belém do Pará, que trata sobre a proteção de gênero – e foi promulgada pela RFB através do Decreto 1.973 de 1 de agosto de 1996 – quanto o Protocolo Adicional (Protocolo de São Salvador) à CADH que versa sobre direitos econômicos, sociais e culturais – promulgado pelo Decreto 3.321 de 30 de dezembro de 1999.

A recepção dos tratados de direitos humanos e a admissão de diálogo com órgãos internacionais integrados pela RFB já trouxe avanços significativos na compreensão da construção da liberdade, como o acesso à políticas públicas de tratamento distinto a pessoas em condição de vulnerabilidade, em decorrência do gênero e da incapacidade, por exemplo; no primeiro caso o diálogo ocorreu com a Comissão Interamericana de Direito Humanos (doravante CIDH) já o segundo foi o primeiro caso julgado pela CorteIDH contra o país, em ambos houve um incremento de proteção aos direitos dessas pessoas, trazendo-as as luzes, já que antes não eram vistas adequadamente.

2.1 Proteção para as Mulheres Vítimas de Violência e Maior Regulamentação no Tratamento das Pessoas com Incapacidade Mental

A Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006 que trata sobre violência doméstica surgiu no cenário nacional como cumprimento das recomendações determinadas pela condenação brasileira na CIDH; trouxe avanços na roupagem de institutos jurídicos, como na criação de órgãos jurídicos especializados para o processo de demandas envolvendo a violência doméstica. No que concerne aos institutos houve uma evolução de entendimento quanto a iniciativa penal nos crimes de lesão corporal simples que envolve violência doméstica⁴, bem como na natureza jurídica das medidas protetivas⁵ de proteção da mulher e seus familiares (art. 22 e seguintes da Lei 11.340/06).

⁴ AÇÃO PENAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER – LESÃO CORPORAL – NATUREZA. A ação penal relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada – considerações.(ADI 4424, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014).

⁵ DIREITO PROCESSUAL CIVIL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER.MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI N. 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA).INCIDÊNCIA NO ÂMBITO CÍVEL. NATUREZA JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE INQUÉRITO POLICIAL, PROCESSO PENAL OU CIVIL EM CURSO. 1. As medidas protetivas previstas na Lei n. 11.340/2006, observados os requisitos específicos para a concessão de cada uma, podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor.2. Nessa hipótese, as medidas de urgência pleiteadas terão natureza de cautelar cível satisfativa, não se exigindo instrumentalidade a outro processo cível ou criminal, haja vista que não se busca necessariamente garantir a eficácia prática da tutela principal. "O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Não visam processos, mas pessoas" (DIAS. Maria Berenice. A Lei Maria da Pena na justiça. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012). 3. Recurso especial não provido. (REsp 1419421/GO, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 11/02/2014, DJe 07/04/2014)



Na organização jurídico-administrativa destacam-se a criação das varas/juizados – que “[Desde] o advento da Lei Maria da Penha, em 2006, até o primeiro semestre de 2012, foram criadas 66 varas ou juizados exclusivos para o processamento e julgamento das ações decorrentes da prática de violências contra as mulheres” (BRASIL, CNJ, 2013, p. 26) – e as equipes multidisciplinar que auxiliam os sujeitos processuais na identificação das causas da violência, para que o processo judicial não vire palavras impressas em papel sem repercussão social.

As equipes multidisciplinares, previstas no art. 29 da Lei n. 11.340, são compostas por profissionais especializados nas áreas de psicologia, serviço social, jurídica e de saúde e têm o objetivo de prestar atendimento integral e humanizado às mulheres em situação de violência doméstica, assim como às demais pessoas inseridas na relação afetiva ou familiar. Os documentos técnicos elaborados pela equipe multidisciplinar cumprem papel fundamental na compreensão do contexto dos acontecimentos que culminaram nos crimes previstos na Lei, subsidiando o juiz na concessão das medidas protetivas e da elaboração da sentença. (BRASIL, CNJ, 2013, p. 44)

Ainda são poucas as unidades jurisdicionais exclusivas, mas há uma tendência de ampliação capitaneada pelo Conselho Nacional de Justiça. No que se refere às pessoas com incapacidade mental o país foi réu na CorteIDH em decorrência das violações ocorridas na guarda de Danião Ximenes de Lopes em hospital psiquiátrico no Município de Sobral, Estado do Ceará, tendo advindo dessa caso a Lei 10.216/01, cujo objeto, segundo sua ementa, é a “proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.”

Esse caso pode ser avaliado como sendo parcialmente exitoso. Por um lado, causa indignação o fato de que ainda se espera a condenação criminal definitiva dos responsáveis pela morte de Danião, mas, por outro, a sentença da Corte possibilitou avanços importantes no que atine ao campo da saúde mental no Brasil.

Em termos gerais, a sentença da Corte no caso Ximenes Lopes produziu resultados positivos: a responsabilização internacional do Brasil por violação de direitos humanos, a indenização para a família pela morte de Danião e, por último, a sentença chamou a atenção da sociedade (tanto nacional quanto internacional) para o tratamento dispensado a pessoas portadoras de transtorno mental em estabelecimentos psiquiátricos no País, pressionando o governo brasileiro a empreender reformas das políticas públicas no campo da saúde mental. (CEIA, 2013, p. 118 e 119).

Esses dois casos demonstram como a internalização dos tratados e convenções sobre direitos humanos serviram para modificar a ótica nacional, incrementando o respeito, que “consiste en cumplir directamente com la norma establecida, ya sea absteniéndose de actuar o dando una prestación” (FERRER MAC-GREGOR e PELAYO MOLLER, 2010, p. 151), bem



como a garantia, isto é, “el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”. (FERRER MAC-GREGOR e PELAYO MOLLER, 2010, p. 154) das pessoas para que possam exercer realmente suas liberdades na construção de seus destinos.

2.2 Eficácia Interpretativa da Ractio Decidendi da CorteIDH

Mas a influência das decisões da Corte não se limitam aos casos em que o país é demandado, pelo contrário, a submissão do país à jurisdição da CorteIDH impõe a esse que observe também os precedentes oriundos da interpretação feita sobre o texto normativo da CADH.

Na supervisão de cumprimento do caso *Gelamn vs. Uruguay* o juiz Ferrer Mac-Gregor da CorteIDH proferiu um longo voto afirmando que cabe aos países submetidos à jurisdição dessa corte a internalização em seus sistemas nacionais da proteção conferida aos direitos e garantias ali decididos, uma vez que a sentença produzida no processo que julga um estado possui efeito subjetivo e direto entre as partes do processo e um efeito objetivo e indireto (2013, p.656).

159

43.La proyección de la eficacia interpretativa de la sentencia hacia todos los Estados Parte que han suscrito y ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y particularmente em aquellos que han aceptado la competencia contenciosa de la CorteIDH, consiste em la obligación por todas as las autoridades nacionales de aplicar no sólo la norma convencional sino la 'norma convencional interpretada' (*res interpretata*); es decir, el criterio interpretativo que como estándar mínimo aplicó el Tribunal Interamericano al Pacto de San José y, em general al *corpus juris* interamericano, materia de su competencia, para resolver la controversia. Y así asegurar la efectividad (mínima) de la norma convencional. Lo anterior, al constituir precisamente el objeto del mandato y competencia del Tribunal Interamericano 'la interpretación y aplicación de la Convención Americana, y de otros tratados que le otorguen competencia.'

44.La eficacia interpretativa de la norma convencional debe entenderse como la posibilidad de lograr una efectividad regional estándar mínima de la Convención Americana para ser aplicable por todas las autoridades en el ámbito nacional. LO anterior se deriva de los artículos 1.1. y 2 del próprio Pacto de San José, em virtud de que existe la obligación de los estados Parte de 'respetar' y 'garantizar' los derechos y libertades, aís com la obligación de 'deacuación' – normativa y interpretativa – para lograr la efectividad de los derechos y libertades cuando no estén garantizados. Esta última obligación de los Estados Parte es de singular importância em el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y constituye uno de los aspectos fundamentales que lo distingue del Sistema Europeo. (FERRER MAC-GREGOR, 2013, p.662 e 663)



Segundo Pedro Sagüés à CorteIDH proferiu suas decisões sobre direitos sociais, econômicos e culturais, com uma interligação a direitos civis e políticos, todas substanciais na interpretação ampliada dos direitos humanos a fim de garantir condições às pessoas para o exercício de suas capacidades, isto é “ênfaticamente que toda persona que se encuentra en condiciones de vulnerabilidad es titular de una protección especial por parte del Estado (...).” (PEDRO SAGÜÉS, 2013, p. 1012)

2.2.1 Terras Tradicionalmente Ocupadas por Identidades Indígenas e Acesso a Serviços Públicos

Passar-se-ia a explorar a decisão no caso Comunidade Indígena Xákmok vs. Paraguai onde a CorteIDH reconheceu o direito a terras tradicionalmente ocupadas à uma comunidade indígena, como afirmou que o Estado deve garantir a esses um mínimo de condições de uso dessa terra, através do fornecimento de água, comida, assistência médica; no caso se discutia se determinada tribo indígena teria direito a terras, por alegar sua ancestralidade sobre essa, além da ligação cultural, tendo a CorteIDH discutido a necessidade do Estado criar condições para que os índios que passariam a habitá-la não ficassem desamparados, deixando claro que a função do Estado é reconhecer a existência de um direito coletivo de posse cultural sobre a terra de forma divorciada da expressão comum de propriedade privada, alargando a identidade de posse com sua função sociocultural.

87. Além disso, a Corte indicou que os conceitos de propriedade e posse nas comunidades indígenas podem ter um significado coletivo, no sentido de que a propriedade desta “não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade”. Esta noção do domínio e da posse sobre as terras não necessariamente corresponde à concepção clássica de propriedade, mas merece igual proteção do artigo 21 da Convenção. Desconhecer as versões específicas do direito ao uso e gozo dos bens, dadas pela cultura, usos, costumes e crenças de cada povo, equivaleria a sustentar que somente existe uma forma de usar e dispor dos bens, o que por sua vez significaria fazer ilusória a proteção do artigo 21 da Convenção para milhões de pessoas. (CorteIDH, caso Comunidade Indígena Xákmok Kasek vs. Paraguai, p. 20)

Ademais o índio não pode ser visto somente como agente passivo das terras, mas se impõe que o Estado dê condições para que esses possam dispor de suas capacidades, pois “sem o exercício da vontade pura e do arbítrio, o homem não se diferencia, substancialmente, do animal, (...). O homem apenas seria essencialmente livre, quando agisse de forma autônoma, sem encontra-se essencialmente compelido pelos interesses e necessidades”. (POMPEU E

SIQUEIRA, 2014, p. 155.). – respeitando sua identidade cultural, que não significa mantê-los em condições degradantes, nem mesmo deixar de manter um diálogo contínuo para a troca de conhecimentos e experiências.

oportunidades sociais são as disposições que a sociedade estabelece nas áreas de educação, saúde etc., as quais influenciam a liberdade substantiva de o indivíduo viver melhor. Essas facilidades são importantes não só para a condução da vida privada (como por exemplo levar uma vida saudável, livrando-se de morbidez evitável e da morte prematura), mas também para uma participação mais efetiva em atividades econômicas e políticas (SEN, 2010, p. 59)

Nem se diga que a inercia estatal dentro das comunidades indígenas é condição para sua preservação, pois não se vê como a manutenção de condições de vida de subnutrição, doenças endêmicas, analfabetismo podem manter a sobrevivência de uma população indígena com sua identidade indígena; não se pode confundir que a identidade indígena está ligada a um modo de vida precário mantida isolada para um esvaziamento populacional. A CorteIDH ao decidir pela prestação de oportunidades sociais não considerou uma violação na identidade indígena, pelo contrário, verifica-se que a intervenção estatal é condição para a manutenção da população, uma vez que “as fomes coletivas são fenômenos altamente divisores” (SEN, 2010, p. 220) fazendo com que apenas uma parte do povo passe por essa privação.

161

195. A Corte observa que a água fornecida pelo Estado durante os meses de maio a agosto de 2009 não supera 2,17 litros por pessoa ao dia. A esse respeito, de acordo com os padrões internacionais, a maioria das pessoas requer no mínimo 7,5 litros por dia para satisfazer o conjunto das necessidades básicas, que inclui alimentação e higiene. Ademais, segundo os padrões internacionais, a água deve ser de uma qualidade que represente um nível tolerável de risco. Com base nos padrões indicados, o Estado não demonstrou que estivesse fornecendo água em quantidade suficiente para garantir um abastecimento para os mínimos requerimentos. (...).

197. Quanto ao acesso a alimentos, os membros da Comunidade sofreram “graves restrições [...] por parte dos titulares [das] terras [reclamadas]. Uma delas foi a de não poder contar com fazenda própria (gado bovino ou de outra índole) por proibição do patrão, [e] lhes foi proibido cultivar [e caçar]” (pars. 74 e 75 supra). Por isso, as fontes de alimento disponíveis eram limitadas. Por sua vez, a dieta alimentar era limitada e pobre. Por outro lado, se os membros da Comunidade tinham dinheiro, podiam comprar alguns alimentos na Fazenda ou dos caminhões de alimentos na rota Transchaco. Entretanto, estas opções dependiam de sua restringida capacidade aquisitiva.

198.(...). Entretanto, a Corte deve avaliar a acessibilidade, disponibilidade e sustentabilidade da alimentação concedida aos membros da Comunidade e determinar se a assistência oferecida satisfaz os requerimentos básicos de uma alimentação adequada.

199. A esse respeito, o Estado indicou que “foi previsto que o kit de alimentos de 47 quilos duraria um mês, entregando-se um kit por família”. Entretanto, a entrega dos alimentos é inconsistente, as rações alimentares fornecidas têm deficiências nutricionais a maioria dos membros da Comunidade consomem um só alimento por

dia, basicamente arroz ou macarrão, e somente raras vezes isso é complementado “com frutas, batata, peixe ou carne produto da caça”. Neste aspecto é conclusivo o relatório sobre a salubridade na Comunidade que, em 2007, revelou que “17,9% da amostra (idades entre 2 a 10 anos) apresentaram certo grau de severidade de baixo peso”, e o declarado pelo perito Pablo Balmaceda de que a má nutrição é evidente “pela baixa estatura”. Nesse mesmo sentido, as supostas vítimas declararam que ainda que seja certo que o Estado ofereceu alguns alimentos, “não recebem os alimentos frequentemente” e indicaram que “a alimentação não é adequada” e que “há pouca alimentação”.

201. A inadequada nutrição dos membros da Comunidade repercutiu no crescimento das crianças, pois “a prevalência mínima de atrofia de crescimento foi de 32,2% [...], mais que o dobro do esperado para a população de referência (15,9%)”. Igualmente, o promotor de saúde da Comunidade indicou que pelo menos “90% das crianças têm desnutrição”. (CorteIDH, caso Comunidade Indígena Xákmok Kasek vs. Paraguay, p. 42 à 44)

O índio também tem assegurados o direito à vida humana digna, entendida essa através de condições para se manter vivo, sem denegrir-se para tanto. O art. 231, cabeça da CRFB/88 não pode ser visto como uma exceção isoladora da comunidade indígena, sem que essa pudesse obter a igual liberdade compartilhada pelos não-índigenas, pelo contrário o índios não está excluído da proteção da cidadania (art. 1º, II da CRFB/88), já que essa deve ser vista como o ponto de aglutinação do exercício dos direitos fundamentais, não podendo essa se manter unirepresentativa de diretos, isto é, seu conteúdo não está contido o apenas no exercício ao voto e seus condicionantes, ela vai além e açambarca todo o arcabouço normativo de direitos fundamentais que continuamente entram pela porta da plasticidade constitucional dada aos direitos fundamentais, principalmente o acesso à saúde.

203. Quanto ao acesso a serviços de saúde, a Comissão alegou que as crianças “sofrem de desnutrição” e os demais membros em geral sofrem de doenças como tuberculose, diarreia, mal de Chagas e outras epidemias ocasionais. Além disso, indicou que a Comunidade não teve uma assistência médica adequada e as crianças não recebem as vacinas correspondentes. (...)

208. O Tribunal reconhece os avanços realizados pelo Estado. Entretanto, as medidas adotadas a partir do Decreto nº 1.830 de 2009 são caracterizadas como temporárias e transitórias. Ademais, o Estado não garantiu a acessibilidade física nem geográfica a estabelecimentos de saúde para os membros da Comunidade e, da prova aportada, não são evidenciadas ações positivas para garantir a aceitação dos referidos bens e serviços, nem que tenham sido desenvolvidas medidas educativas em matéria de saúde que sejam respeitosas dos usos e costumes tradicionais. (CorteIDH, caso Comunidade Indígena Xákmok Kasek vs. Paraguay, p. 42 à 44)

A leitura do art. 231, cabeça da CRFB/88 sem as razões argumentativas da CorteIDH esvaziam a força normativa do texto, pois acabam por permitir que a identidade indígena esteja ligada a uma forma primitiva de habitat.



211. De acordo com os padrões internacionais, os Estados têm o dever de garantir a acessibilidade à educação básica gratuita e à sustentabilidade da mesma. Em particular, quando se trata de satisfazer o direito à educação básica no seio de comunidades indígenas, o Estado deve propiciar o referido direito com uma perspectiva etnoeducativa. O anterior implica adotar medidas positivas para que a educação seja culturalmente aceitável sob uma perspectiva étnica diferenciada.

213. Da prova apresentada, a Corte observa que ainda que algumas condições na prestação da educação por parte do Estado tenham melhorado, não existem instalações adequadas para a educação das crianças. O próprio Estado anexou um conjunto de fotos onde se observa que as aulas ocorrem sob um teto sem paredes e ao ar livre. Igualmente, o Estado não assegura nenhum tipo de programa para evitar a deserção escolar. (CorteIDH, caso Comunidade Indígena Xákmok Kasek vs. Paraguay, p. 46 e 47)

Logo não se pode olvidar que a educação indígena, o que a CorteIDH chama de etnoeducação deve ser estimulada pelo fornecimento de material escolar pelo Estado, garantindo um ambiente adequado para que as crianças apreendam e se tornem adultos capazes de exigir um ambiente adequado para a manutenção de sua identidade indígena.

A manutenção do índio afastado da participação do debate público, afasta a sua visão do que é “necessário” e de que forma deve ocorrer a intervenção estatal, não se podendo aceitar que o exercício de direitos políticos e civis permanece sobre as mãos de pessoas que consideram-se melhores para decidir a intervenção estatal, afastando assim o ingresso de outros no debate e mantendo esse fechado, com o intuito “exatamente, de neutralizar politicamente estas massas em condições de indigência ou literalmente famintas” (LOSSURDO, 2004, p. 17).

216. Deve-se ter em consideração neste ponto que, tal e como o afirma o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas, “a pobreza limita gravemente, na prática, a capacidade de uma pessoa ou um grupo de pessoas de exercer o direito de participar em todos os âmbitos da vida cultural e de ter acesso e contribuir com eles em pé de igualdade e, o que é mais grave, prejudica seriamente sua esperança no porvir e sua capacidade para o desfrute efetivo de sua própria cultura”.

217. Em consequência, a Corte declara que o Estado não ofereceu as prestações básicas para proteger o direito a uma vida digna nestas condições de risco especial, real e imediato para um grupo determinado de pessoas, o que constitui uma violação do artigo 4.1 da Convenção, em relação ao artigo 1.1. da mesma, em detrimento de todos os membros da Comunidade Xákmok Kásek. (CorteIDH, caso Comunidade Indígena Xákmok Kasek vs. Paraguay, p. 47)

A vulnerabilidade do indígena deve enfrentada através de sua igual liberdade no seio da sociedade, devendo-se criar condições para tanto, afastando-se condicionantes injustos como a fome, analfabetismo.

A justa oportunidade no exercício da liberdade assegura a cooperação equitativa própria de uma democracia, à medida que a justa oportunidade à pessoa para que ela se realize, seja profissional, política e socialmente cria condições adequadas à sua participação com igual da vida econômica, política e social. Por outro lado, a justa oportunidade de participação na vida política, econômica e social, desvincula o mercado, a sociedade e política do comprometimento, *a priori*, com os interesses de classes privilegiadas, o que assegura a vivência a vivência democrática equitativa, posto que todos os modelos de vida possíveis em uma democracia terão justa oportunidade de experimentação. (POMPEU E SIQUEIRA, 2014, p. 172)

A identidade indígena se expressa na *sumak kasay*, que está contida no preâmbulo da Constituição da República do Equador e significa: “[Una] nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir” (2008, p. 15); que também foi incorporada na CRFB no princípio da dignidade humana que fundamenta o construir de uma solidariedade socioambiental.

A decisão acima demonstram como o diálogo com a CorteIDH pode ser profícuo para o país, isto é, a abertura dessa conversa entre cortes enriquece a construção sobre o conteúdo e a extensão dos direitos humanos-fundamentais, bem como a democracia, na medida em que essa e aqueles se retroalimentam para o avanço civilizatório da sociedade e na construção de barreiras para o retomada do discurso opressor, como saída para um aumento da criminalidade, quer doméstica, quer internacional.

(...) as decisões da Corte servem de impulso: para a adoção de políticas em setores tradicionalmente menos amparados; a modificação da legislação interna com a adição de leis que garantem os direitos das vítimas de violação de direitos humanos e; dirigir a atenção da sociedade para os abusos cometidos por agentes públicos. (CEIA, 2013, p. 116).

A democracia como regime de participação e fiscalização política necessita que os direitos humanos-fundamentais sejam garantidos a todos, pois “(...) há que se reforçar a concepção de que o respeito aos direitos humanos é condição essencial para a sustentabilidade democrática e para a capilaridade do Estado de Direito na região” (PIOVESAN, 2013, p. 186).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento humano não está relacionado apenas com o crescimento econômico de um país, mas sim pelo crescimento de escolhas que esse oferece as pessoas, ou seja, o

exercício da igual liberdade para que as pessoas possam escolher seu modo de vida é o que legitima a existência do Estado.

Portanto os poderes constituídos não estão para servir na criação de ambientes propiciatórios de desenvolvimento, para que o homem não fique amarrados a condicionamentos injustos, como subnutrição, analfabetismo, mortalidade e etc; essas barreiras impedem o exercício da igual liberdade, na medida em que as escolhas sociais estão diretamente influenciadas pela solução da falta de uma refeição no dia, no atendimento hospitalar básico, como uma consulta médica, ou de um fisioterapeuta ou na entrega de uma medicação básica – para o tratamento da hipertensão, diabetes, câncer e AIDs – que muitas vezes são propiciadas após a submissão das “vontades de um bem feitor”; aqui o humano não é um fim, mas um meio na obtenção de *status*.

A Constituição da República Federativa do Brasil trouxe um arcabouço de direitos e garantias fundamentais e longe de haver um descredito sobre esses, houve um apoderamento de pessoas antes incapacitadas de serem livres a poderem escolher como viver, todavia, ainda há pessoas que não são vistas, onde suas vulnerabilidades são olvidadas.

Dentro da centralidade dos direitos fundamentais a CRFB/88 trouxe uma cláusula de abertura normativa nos §2º e 3º de seu art. 5º, em que possibilita o ingresso de novos direitos humanos-fundamentais, quer em nível formalmente constitucionais, quer em nível formalmente supralegal, mas materialmente constitucional; é através da incorporação desses direitos que há também a incorporação interpretativa que órgãos internacionais, dos quais a RFB participa, fazem sobre eles. Nesse sentido o diálogo com a CorteIDH é auspicioso, pois modos de regulamentar direitos podem ser modificados a fim de permitir uma maior amplitude no seu gozo.

Essa ampliação no modo de compreensão e proteção dos direitos fundamentais operou uma mudança tanto no combate à violência doméstica – após o país ter sido condenado pela CIDH no caso Maria da Penha Fernandes –, quanto na utilização da internação hospitalar como última medida no tratamento de pessoas com deficiência mental - mudança decorrente da condenação do país no caso Damião Ximenes Lopes vs. Brasil.

O país demonstra acatamento, quase sempre⁶, as decisões da CorteIDH quando é o requerido, quando o efeito é direito e subjetivo da decisão; mas não se vê uma postura de diálogo

⁶Ainda se discute no Supremo Tribunal Federal se a lei de anistia foi recepcionada pela CRFB/88, pois há recurso contra a decisão na que reconheceu a constitucionalidade e recepção daquele texto pelo: “Os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) acolheram pedido do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para o

quando tem que incorporar os efeitos objetivos e indiretos das decisões que condenam outros países, cuja temática é relevante para a RFB.

Há a necessidade de mudança de postura institucional da RFB para que inicie as discussões de políticas públicas que promovam o desenvolvimento humanos, utilizando-se as decisões da CorteIDH como marco interpretativo para operar uma mudança que permita aos direitos e garantias humano-fundamentais da CRFB/88 gerar igual liberdade para que as pessoas possam se autodeterminar.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1419421/GO, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 11/02/2014, DJe 07/04/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303555858&dt_publicacao=07/04/2014>. Acesso em: 27 nov. de 2018.

BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

CEIA, Eleonora Mesquita. A jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos e o desenvolvimento da proteção dos direitos humanos no Brasil. *Revista da EMERJ*, v.16 nº 61, p. 113-152, jan.-fev.-mar. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 2013, Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista61/revista61_sumario.htm>. Acessado em 31 de março de 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *O Poder Judiciário na Aplicação da Lei Maria da Penha*. Brasília: Poder Judiciário, 2013.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL EQUADOR de 28 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/newsletterPortalInternacionalFoco/anexo/ConstituicaoDoEquador.pdf>>. Acesso em: 08 dez. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de

adiamento da análise de um recurso (embargos de declaração) interposto pelo próprio Conselho nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 153, na qual foi questionada a Lei da Anistia (Lei 6.683/79). A decisão foi unânime. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/porta/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=203265>>. Acesso em: 08 dez. 2018.

2010 Serie C No. 214 . Disponível em:
<http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es>.

Acesso em: 06 nov. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficacia de la Sentencia Interamericana y la Cosa Juzgada Internacional: Vinculación Directa Hacia las Partes (Res Judicata) e Indirecta Hacia los Estados Parte de la Convención Americana (Res Interpretata) (Sobre El Cumplimiento Del Caso Gelman Vs. Uruguay). *Estudios constitucionales*, Santiago, v.11, n.2, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000200017&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 31 mar. 2018.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; PELAYO MOLLER, Carlos María. La Obligación de "Respetar" Y "Garantizar" los Derechos Humanos a la Luz de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana: Análisis del artículo 1° del pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 10, n. 2, 2012. Disponível em <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000200004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 31 mar. 2018.

167

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.

LEAL, Vitctor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o Município e o regime representativo no Brasil*. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2012.

LOSSURDO, Domenico. *Democracia ou bonapartismo: triunfo de decadência do sufrágio universal*. Tradução Luis Sergio Henrique. Rio de Janeiro: Editora UFRJ; São Paulo: Editora UNESP, 2004.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. Coleção biblioteca jurídica WMF. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

NOGUEIRA ALCALA, Humberto. Diálogo Interjurisdiccional, Control de Convencionalidad y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en Período 2006-2011. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 10, n. 2, 2012. Disponível em <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000200003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 31 mar. 2018.

PEDRO SAGÜÉS, Néstor. El “control de convencionalidad” em el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias com el sistema europeu. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; GARCÍA, Alfonso Herrera (Coords.) *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.



PIOVESAN, Flávia. Diálogo no sistema interamericano de direitos humanos: desafios da reforma. *Revista Campo Jurídico*, nº 01, p. 163 e 186, 2013. Disponível em: <<http://www.fasb.edu.br/revista/index.php/campojuridico/article/view/11>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

POMPEU, Gina Vidal. O retorno do Estado-Nação na geografia da mundialização. *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*. 1. ed. v. 17. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 1330-1345.

POMPEU, Gina Vidal; SIQUEIRA, Natercia Sampaio. Liberdade e Igualdade: condicionamentos democráticos para o desenvolvimento humano, para o crescimento econômico e à estabilidade social. In: POMPEU, Gina Vidal; CARDUCCI, Michele; SÁNCHEZ, Miguel Revenga (Orgs.). *Direito Constitucional nas relações econômicas: entre o crescimento econômico e o desenvolvimento humano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Texeira Motta; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

_____. *A ideia de justiça*. Tradução Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

168

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão*. Coleção Estado e Constituição. v. 05. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009.

Submissão: 18/06/2018

Aceito para Publicação: 31/12/2018



OS QUARENTA ANOS DA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA E OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL E EM PORTUGAL: UM PANORAMA

THE FORTY YEARS OF THE PORTUGUESE CONSTITUTION AND FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS IN BRAZIL AND PORTUGAL: AN OVERVIEW

Cristian Kiefer da Silva*

Luiz Antônio Soares Júnior**

Anne Vieira Teodorak Pego***

RESUMO: Após os quarenta anos da Constituição Portuguesa e os trinta anos da Constituição brasileira, este trabalho visa analisar as principais semelhanças, no que tange aos direitos fundamentais, entre estas Constituições. Para tanto, se buscará abordar como ocorre a inserção dos direitos humanos fundamentais nas Constituições brasileira e portuguesa; as características principais dos direitos humanos fundamentais no Brasil e em Portugal. Depois, se realizará os apontamentos sobre os quatro status de Jellinek sobre os direitos humanos fundamentais; discursaremos a respeito dos direitos humanos fundamentais como direitos de defesa; e se finalizará com a comparação da eficácia horizontal dos direitos humanos fundamentais no que tange à aplicabilidade no direito lusitano e brasileiro. Para tanto, trabalharemos com obras de autores clássicos e/ou autores atuais portugueses bem como brasileiros.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Portuguesa. Constituição Brasileira. Direitos Fundamentais. Direitos de Defesa. Eficácia Horizontal.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Dos Direitos Humanos e Fundamentais. 1.1 A inserção na Constituição e a positivação de direitos. 1.2 Das características dos direitos humanos fundamentais. 1.3 A Teoria dos Quatro Status de Jellinek e as funções dos direitos fundamentais. 1.4 Os Direitos Humanos Fundamentais como Direitos de Defesa. 1.5 A eficácia horizontal e sua aplicabilidade no direito lusitano e brasileiro. Considerações Finais. Referências.

ABSTRACT: After the forty years of the Portuguese Constitution and the thirty years of the Brazilian Constitution, this work aims at analyzing the main similarities, as regards fundamental rights, between these Constitutions. In order to do so, we will try to address how the insertion of fundamental human rights occurs in the Brazilian and Portuguese Constitutions; the main characteristics of fundamental human rights in Brazil and Portugal. Then there will be the notes on Jellinek's four statuses on fundamental human rights; we will address fundamental human rights as rights of defense; and will conclude with a comparison of the horizontal effectiveness of fundamental human rights with regard to the applicability of Lusitanian and Brazilian law. For this, we will work with works of classic authors and / or current Portuguese authors as well as Brazilian authors.

KEYWORDS: Portuguese Constitution. Brazilian Constitution. Fundamental Rights. Rights of Defense. Horizontal Efficacy.

170

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil e a Constituição Portuguesa possuem muitos pontos em comum no que tange aos direitos humanos fundamentais e a outros direitos constitucionais, embora em alguns pontos as doutrinas luso e brasileira venham a ter

* Pós-Doutor, Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faminas-BH e Newton Paiva, Minas Gerais.

** Mestrando em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

*** Especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior Ministério Público de Minas Gerais (FESMPMG). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG).



entendimentos distintos do tema. Verifica-se a primeira semelhança quando se observa que a Constituição Portuguesa de 1976 – que em 2016 completou quarenta anos – e a Constituição Brasileira de 1988 – trinta anos, em 2018 – foram publicadas em um contexto de pós-ditadura no qual havia ocorrido a supressão de direitos e garantias fundamentais. Especificamente em Portugal, a chamada Revolução dos Cravos, em 1974, acabou com o regime salazarista, permitindo a redemocratização do país.

Igualmente, no Brasil, a atual Constituição Federativa foi reflexo da derrubada dos militares do poder, e que restaurou a democracia no país e permitiu a conquista de inúmeros direitos fundamentais antes ignorados. Diante disso, a Constituição brasileira de 1988 acabou sendo apelidada de Constituição Cidadã; basta que se observe, por exemplo a grande oposição entre o Ato Institucional Número Cinco do período militar (AI-5), e o art. 5º da Constituição Brasileira atual.

Contudo, apesar das similaridades, Portugal integra a União Europeia desde 1986, fato que *pode* levar à compreensão de que houve redução da soberania e independência deste país, pois a vinculação exige o cumprimento de regras comunitárias, trazendo grandes impactos positivos e negativos à nação lusa. No Mercosul, bloco econômico ao qual o Brasil ainda está vinculado, a situação é bem diferente, tendo em vista que a integração com outros países latino-americanos não é, sobretudo, profunda o que, basicamente, *pode* facilitar algumas questões econômicas entre seus integrantes.

Outrossim, a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito sendo formada pela união indissolúvel de seus Estados-membros, Municípios e Distrito Federal. Seus principais fundamentos são: a dignidade da pessoa humana, a soberania, a cidadania, o pluralismo político e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o que consta do art. 1º e incisos I a V da Constituição Brasileira.

Por sua vez, a República Portuguesa, que é um Estado Unitário, constitui-se em Estado de Direito Democrático e tem como base: o aprofundamento da democracia participativa; democracia econômica, social e cultural; separação e interdependência de poderes; garantia de efetivação de direitos bem como de liberdades fundamentais; respeito aos direitos e liberdades fundamentais; pluralismo político e pluralismo de expressão, como nota-se dos arts. 1º e 2º da Constituição Portuguesa, que dizem respeito à *República Portuguesa* e ao *Estado de Direito Democrático* português.

A semelhança se dá, inclusive, até na proximidade das expressões e localização de artigos. Exemplo se observa quando para a Constituição Portuguesa, existe uma “separação e interdependência” entre os poderes, enquanto Constituição Brasileira que se vale das expressões “independentes e harmônicos entre si” tanto no art. 2º da Constituição lusa, quanto também no art. 2º de nossa Constituição.

Dentre outros princípios, em suas relações internacionais, o Brasil rege-se pelos seguintes: prevalência dos direitos humanos e autodeterminação dos povos (art. 4º, II e III), sendo que o mesmo ocorre em Portugal, cuja Constituição prevê o reconhecimento ao direito dos povos em relação a autodeterminação, independência e desenvolvimento (art. 7º, n.3). No Brasil, todos “são iguais perante a lei” (art. 5º, *caput*). Em Portugal, “todos os cidadãos tem a mesma dignidade social e são iguais perante a lei” (art. 13).

As semelhanças e distinções não param por aqui: a disposição do §2º do art. 5º da Constituição Brasileira, estabelece a não exclusão de outros direitos que sejam decorrentes seja do regime, seja dos princípios que ela adota, bem como não excluem os direitos e garantias provenientes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil. E na Constituição Portuguesa, por sua vez, dispõe-se, de modo análogo, no art. 16º, que os direitos fundamentais consagrados na Constituição não veem a excluir os que constarem das leis bem como das regras que sejam aplicadas em direito internacional.

Por não excluírem, é possível asseverar a dificuldade em se enquadrar os direitos fundamentais em um único documento, como tentou fazer o constituinte originário em nossa Carta Magna (tendo o mesmo ocorrido na Constituição Portuguesa de 1979). Tanto é assim, que a classificação adotada na Constituição Federativa de 1988 foi a literal (ou gramatical), ou seja, os direitos fundamentais foram incluídos no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais (art. 5º ao 17, da CRFB/88).

Na Constituição Portuguesa, tem-se os seguintes exemplos: artigo 24º - Direito à vida; artigo 25º - Direito à integridade pessoal; artigo 26º - Outros direitos pessoais; artigo 27º - Direito à liberdade e à segurança; artigo 28º - Prisão preventiva; artigo 29º - Aplicação da lei criminal; artigo 30º - Limites das penas e das medidas de segurança; artigo 31º - Habeas corpus; artigo 32º - Garantias de processo criminal; artigo 33º - Expulsão, extradição e direito de asilo; artigo 34º - Inviolabilidade do domicílio e da correspondência; artigo 35º - Utilização da informática; artigo 36º - Família, casamento e filiação; dentre outros.

Resta dizer que a supracitada classificação literal é criticada por ser estática e não abranger todo o sistema de direitos fundamentais. No caso brasileiro, haja vista que existem outros direitos além dos constantes no Título II, da Constituição. A guisa de exemplo podemos citar: art. 170 (ordem econômica e financeira), art. 196 (saúde), art. 205 (educação), art. 215 (cultura), art. 225 (meio ambiente), art. 226 (família), entre outros, todos da CRFB/88.

Interessante observar, nesse sentido, que o STF – Supremo Tribunal Federal – já reconheceu a anterioridade tributária como cláusula pétrea o art. 150, inciso III, alínea “b”, da CRFB/88 (RE 805477 AgR), bem como considerou como sistema de família os art. 226 e art. 227, da CRFB/88 (ADI 4277 e ADPF 132). Na Constituição Portuguesa, também se encontram dispersos. É uma contraposição. A saúde, por exemplo, é tratada, dentre outros artigos, no de nº 64º da Carta Maior; educação, cultura e ciência no art. 73º; ensino no art. 74º; ambiente e qualidade de vida no art. 66º; e organização econômica, nos artigos 80º e ss.

1 DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

173

A República Portuguesa, por intermédio de sua Constituição, compreende a soberania como sendo una e indivisível, residente no povo, que a exerce segundo as disposições constitucionais (art.3º, n.1). Como bem nota Jorge Miranda, “o poder político pertence ao povo e é exercido de acordo com a regra da maioria (arts. 2º, 3º, nº 1, 10º, nº 1, 108º, 114º, nº 1, 187º, etc.), mas está subordinado – material e formalmente – à Constituição” (MIRANDA, 2012, p. 251). Por outro lado, a República Federativa do Brasil, entende que “todo poder emana do povo” nos termos constitucionais (BRASIL,1988), o que se situa de modo similar entre o art. 1º parágrafo único CRB, e art. 10º da Constituição Portuguesa. Uma análise e compreensão similar, como vimos.

Tendo-se apontado, inicialmente, semelhanças e distinções básicas entre a Constituição portuguesa que completou quarenta anos em 2016, e a brasileira, de trinta anos, em 2018, segue-se, no presente trabalho, com a afirmação do ilustre *constitucionalista português* Jorge Miranda que o destaque dos direitos fundamentais na Carta Magna *Brasileira* revela que de modo diverso das constituições anteriores brasileiras, a atual prioriza os direitos fundamentais em detrimento de demais matérias (MIRANDA, 2009).

1.1 A inserção na Constituição e a positivação de direitos

De acordo com a doutrina majoritária, os direitos fundamentais são direitos do homem positivados no plano interno, seja na Constituição ou na legislação infraconstitucional. Utilizado como contraponto de diferenciação, os direitos humanos, por sua vez, são direitos do homem positivados no plano internacional (decorrentes de tratados, convenções, acordos ou declarações internacionais). Urge esclarecer, que a distinção entre direitos fundamentais (plano interno) e direitos humanos (plano externo) é meramente didática. Em que pese as diferenças é inegável que existe uma relação de reciprocidade entre direitos fundamentais e direitos humanos, na medida em que *não são* categorias “estanques”, podendo um surgir a partir do outro.

Inseridos nas Constituições, portanto, os direitos humanos se tornam direitos fundamentais com mesmo peso que qualquer outra norma Constitucional, senão mais importantes. Por outro lado, recepcionados pelo ordenamento jurídico como leis infraconstitucionais, ou seja, como normas que não estão na Carta Maior, são ordinárias, os direitos humanos. Esse entendimento é tanto brasileiro quanto luso, como se nota novamente com o art. 16º e ss. da Constituição de Portugal.

Observa-se, então que, tratados e convenções internacionais recepcionados, no Brasil, pelo ordenamento jurídico (e não pela Constituição) são considerados como disposições infraconstitucionais. Isto é, estão abaixo da Lei Máxima do país, que é a própria Constituição, sendo, portanto, normas ordinárias, e a prevalência de uma sobre a outra se resolve pelo grau de especialidade e temporalidade (cronologia) e ainda assim, enfrentam controle constitucional como qualquer outra norma dessa espécie que se insira no ordenamento jurídico brasileiro. Observa-se que, além do critério cronológico sempre devemos analisar o caso concreto para sopesar os direitos, lembrando que disso, não existe hierarquia entre direitos fundamentais.

Só não serão infraconstitucionais, entretanto, quando se observa a recepção do seguinte modo: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos *humanos* que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. [...]”, conforme art. 5º, § 3º. (BRASIL, 1988, destaque nosso).

Em Portugal, art. 16º: “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”,

e “os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”. (PORTUGAL, 2010, p. 26). Para Jorge Miranda, autor português:

Há um enquadramento favorável à recepção automática do Direito internacional na Constituição de 1976. Ele decorre: 1º - dos trabalhos preparatórios do art. 8º na Assembleia Constituinte; 2º - do apelo dirigido noutros preceitos a princípios e normas de Direito internacional (arts. 4º, 7º, nº 1, 15º, nº 3, 16º, nºs 1 e 2, e 29, nº 2); 3º - da posição hoje dominante na doutrina (tal como tinha sido antes de 1933). No tocante ao Direito internacional comum, corroboram-no ou apoiam-no: 1º - a letra do art 8º, nº1, (idêntico ao art. 2º da Constituição federal alemã); 2º - a referência a princípios de Direito internacional nos arts. 7º, nº 1, 16º, nº2 e 29º nº2. [...] (MIRANDA, 2019, p. 25).

Alexandre de Moraes (2014) argumenta que, no Brasil, são “três fases para a incorporação de um ato ou tratado internacional em nosso ordenamento jurídico interno”. Aponta a “*1ª fase*: compete privativamente ao Presidente da República celebrar todos os tratados, convenções e atos internacionais (CF, art. 84, VIII)”; depois argumenta que “*2ª fase*: é de competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre os tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (CF, art. 49, I).” ressaltando que “a deliberação do Parlamento será realizada através da aprovação de um *decreto legislativo*, devidamente promulgado pelo Presidente do Senado Federal e publicado”. (MORAES, 2014, p. 712, destaque do autor).

Por fim, a *3ª fase*, na qual, há a: “edição de um decreto do Presidente da República, promulgando o ato ou tratado internacional devidamente ratificado pelo Congresso Nacional.” Sendo certo que neste momento que “se adquire executoriedade interna a norma inserida pelo ato ou tratado internacional, podendo, inclusive, ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade”. (MORAES, 2014, p. 712, destaque do autor).

Jorge Miranda argumenta que, em Portugal “classicamente, distinguem-se três fases no processo de conclusão de tratados: 1ª negociação; 2ª assinatura; 3ª ratificação. Presentemente, recortam-se: 1º - negociação e assinatura; 2º aprovação; 3º - ratificação”. (MIRANDA, 2019, p. 30-31).

Conforme salientam Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2008, p. 270) o dispositivo constitucional supracitado “dá ensejo a que se afirme que se adotou um sistema aberto de direitos fundamentais no Brasil, não se podendo considerar taxativa a enumeração” desses direitos; de modo que é “legítimo, portanto, cogitar

de direitos fundamentais previstos expressamente no catálogo da Carta e de direitos materialmente fundamentais que estão fora da lista” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008 p.270). O mesmo se estende à Portugal, conforme vimos.

1.2 Das características dos direitos humanos fundamentais

É fundamental tratar a respeito de algumas características dos direitos fundamentais, adotando-se a classificação do seguinte modo: fundamentabilidade, universalidade, inalienabilidade, indivisibilidade, interdependência e interrelação.

As principais características quer dos direitos fundamentais, quer dos direitos humanos são: fundamentabilidade, universalidade, inalienabilidade, indivisibilidade, interdependência e interrelação. a) Fundamental: estes direitos representam questões essenciais para o ser humano, no que respeita à sua existência e à sua autonomia. Eles contêm uma natureza de necessidade, não representando somente aspetos desejáveis. São direitos inerentes à própria noção de pessoa humana, como direitos básicos das pessoas. b) Universal: todas as pessoas podem ser titulares destes direitos. No âmbito internacional, esta característica significa que todas as pessoas, independentemente do local onde residam, da sua nacionalidade ou cultura possuem direitos humanos. A existência de categorias de direitos especificamente relevantes a certos grupos, por exemplo, mulheres, crianças e pessoas portadoras de deficiência, não ferem a característica de universalidade dos direitos humanos e dos direitos fundamentais (trata-se das designadas diferenciações positivas, necessárias ao respeito pelo princípio da igualdade, como será visto infra). c) Inalienável: o caráter de inalienabilidade é um dos mais proeminentes dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. Esta característica refere-se à permanência e à indisponibilidade destas garantias, significando que estas garantias não podem ser retiradas, exceto em certas circunstâncias e de acordo com os procedimentos aplicáveis, e o seu titular não pode dispor, abdicar delas. Estes direitos extinguem-se somente com a morte do titular. d) Interdependentes e Interrelacionados: esta característica relaciona-se principalmente com a implementação destas garantias, provendo que o gozo de um direito tem impacto no gozo de outro direito. Estas relações encontram aplicação tanto nos direitos económicos, sociais, e culturais como nos direitos civis e políticos. Estas características não representam somente a posição da doutrina internacional e nacional, mas refletem o conceito de direitos humanos previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e reiterado na Declaração e Programa de Ação de Viena. Esta última solidifica claramente estas características quando prevê que “todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados”. As classificações dos direitos fundamentais e dos direitos humanos representam um instrumento importante para identificar os seus beneficiários, as fontes, assim como algumas questões específicas relativas à sua implementação, incluindo a sua força jurídica. (OLIVEIRA; GOMES; DOS SANTOS, 2017, p.33-34).

176

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2008, p. 239 e ss.), destacam, na perspectiva brasileira, que os direitos fundamentais são

universais e absolutos; possuem o aspecto de historicidade; são inalienáveis e indisponíveis; estão constitucionalizados; vinculam os poderes públicos; e têm aplicabilidade imediata.

Inicialmente, quando se diz que os direitos fundamentais são universais, há de ser observado dois sentidos: existem direitos fundamentais que se ligam a todos os homens, e existem aqueles que não se ligam à totalidade (logo, não universais). No primeiro caso, se encontram o direito à vida; no segundo caso, o direito dos trabalhadores tão somente, de modo que o constituinte privilegiou certos bens que satisfariam a necessidade de alguns homens na sua posição social específica. A título de Direito Comparado, têm-se a Constituição Portuguesa que universaliza o direito à vida e à integridade física e moral, no seguinte sentido:

Artigo 24.º Direito à vida 1. A vida humana é inviolável. 2. Em caso algum haverá pena de morte. Artigo 25.º Direito à integridade pessoal 1. A integridade moral e física das pessoas é inviolável. 2. Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratamentos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos (PORTUGAL, 2010, p. 28).

Por outro lado, quando se diz que os direitos fundamentais são absolutos, quer dizer que estão no mais elevado patamar jurídico de modo que não podem ser restringidos, servindo o Estado como garantidor e protetor de tais direitos. Assim, os direitos fundamentais gozariam de prioridade absoluta sobre os interesses coletivos (quaisquer que sejam) e todo poder a ele se limitaria. Entretanto, segundo Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2008, p. 240), alguns autores têm admitido que os direitos fundamentais poderiam ser limitados e, então, não seriam taxativamente absolutos.

Nesse sentido, os direitos fundamentais não são absolutos (corrente majoritária no Brasil), pois existem limitações pelos próprios direitos fundamentais, sempre devendo analisar o caso concreto. Como exemplo dessas restrições, podemos citar o fato de ser proibido a utilização de direitos fundamentais para praticar atos ilícitos ou que afetem outros direitos fundamentais.

Cumprido esclarecer, ainda, que não existe hierarquia entre direitos fundamentais. Qualquer embate deve ser sanado a partir da análise das circunstâncias jurídicas e fáticas, assim, a aplicação de um direito fundamental não invalidaria outro direito fundamental não aplicado (aqui estamos diante da chamada harmonização ou concordância prática).

A técnica da concordância prática é utilizada pelos tribunais brasileiros, por exemplo, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais ao julgar uma ação de indenização por danos morais,

entendeu que diante do conflito entre direitos constitucionais (a liberdade de informação e a proteção à intimidade, à honra e à vida privada), deve-se analisar, qual o direito deve ser protegido pelo ordenamento jurídico. Assim, considerando que nenhum direito constitucional é absoluto, bem como que tal relatividade é limitada pela existência de outros direitos fundamentais coexistentes, aplicáveis ao caso concreto, o tribunal mineiro decidiu que no conflito aparente de normas constitucionais, o direito à honra e à dignidade deveria se sobrepor ao direito à informação¹

Desse modo, o máximo pode ocorrer é a utilização de pendências condicionantes, isto é, no início da colisão entre direitos fundamentais, já que haveria a possibilidade de impedir a inexistência de hierarquia.

Seguindo esse posicionamento, os direitos fundamentais, não são absolutos, mas face a outros direitos fundamentais, só fazem sentido num determinado contexto histórico. Aparecem em determinada época, modificam-se para uma compreensão a maior que a da originária, ou a menor; e, até mesmo, se extinguem (característica da historicidade, pois os direitos fundamentais são resultado de um processo histórico). E isso ocorre com a necessidade de se lutar em defesa das liberdades face ao antigo poder estatal; nem todos nascendo ou se modificando de uma vez, mas tão somente quando podem ou devem. Indo adiante, os direitos fundamentais também são inalienáveis. Inalienável é um direito que não pode ser disposto pelo próprio titular; é um direito que não pode ser preterido pelo próprio consenso de seu titular.

Nesse aspecto, também são indisponíveis (ou irrenunciáveis), o que significa dizer que, via de regra, os titulares dos direitos fundamentais não podem ser abdicados (pode até deixar de exercê-los, mas jamais dispor dos direitos fundamentais). Com efeito, são irrenunciáveis os direitos fundamentais que “[...] intentem preservar as condições normais de saúde física e mental bem como a liberdade de tomar decisões sem coação externa” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.243). Daqui se extrai a ideia da fundamentalidade material dos direitos fundamentais na dignidade da pessoa humana, embora exista divergência doutrinária a respeito (FERNANDES, 2016, p. 340).

Reduzir-se à miséria absoluta, sofrer atentados ao direito à saúde, à liberdade sexual, ideológica, religiosa, de se exprimir, é inconcebível sob a ótica da inalienabilidade e o princípio

¹ Vide: MINAS GERAIS, TJMG - Apelação Cível 1.0024.14.014044-3/001, Relator(a): Des.(a) Alexandre Santiago, 11ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 01/07/2015, publicação da súmula em 06/07/2015.

da dignidade da pessoa humana, de onde se partem todos os demais. Mas há que se observar que, em determinados casos, a liberdade de expressão, por exemplo, “[...] cede às imposições de não-divulgação de segredos obtidos no exercício de um trabalho ou profissão [...]” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.244). São constitucionalizados, pois são direitos inscritos em diplomas normativos e, assim impõe-se a todos os poderes constituídos, de modo que são parâmetros de organização e limitação destes poderes. Vinculam, assim os poderes executivo, legislativo e judiciário, evidentemente de forma distinta em cada um dada a própria finalidade e competência de cada um desses poderes, atribuídas pela Constituição Federal quando da separação dos poderes (ou melhor, separação de funções, ou atribuições).

A respeito dos chamados direitos fundamentais constitucionais, que são aqueles constantes na Carta Magna, existe uma discussão doutrinária se os direitos fundamentais podem ser limitados por normas infraconstitucionais? Existem duas correntes, a Interna e a Externa. Começando pela “Teoria Interna” (corrente minoritária), seria impossível haver restrição dos direitos fundamentais por outros direitos, portanto, o limite de um direito fundamental estaria dentro do próprio direito fundamental (limites imanentes), por sua estrutura e conteúdo.

Relacionando a “Teoria Interna” com a “Teoria dos Limites Imanentes”, do constitucionalista português Gomes Canotilho, temos que não se admitiria restrições externas a um direito fundamental. Nessa perspectiva, segundo ensina Ana Paula Barcellos “[...] cada direito apresenta limites lógicos, imanentes, oriundos da própria estrutura e natureza do direito e, portanto, da própria distinção que o prevê. Os limites já estão contidos no próprio direito, portanto não se cuida de uma restrição a partir do exterior [...]” (BARCELLOS, 2005, p. 59).

Por outro lado, pela “Teoria Externa” (majoritária no Brasil), existiria dois objetos: os direitos fundamentais e destacado dele suas restrições em outros direitos. Ora, são as circunstâncias fáticas e jurídicas que vão definir a restrição. Desse modo, com base nessa teoria, é possível que os direitos fundamentais sejam limitados não só por normas constitucionais, mas também por normas infraconstitucionais. Exemplo da aplicação da “Teoria Externa” no Brasil é a limitação de idade em concurso militar.

A grande discussão da “Teoria Externa” é como limitar direitos fundamentais sem provocar inconstitucionalidade. Nesse caso, a restrição só é cabível se for destinada a desenvolver o direito fundamental ou outros direitos fundamentais, haja vista que a restrição não pode prejudicar o direito fundamental ou outros direitos fundamentais (se isso ocorrer haveria um impedimento pela ocorrência de inconstitucionalidade). Nessa linha de raciocínio o

parâmetro para tal desenvolvimento deverá respeitar o Princípio da Proporcionalidade (FERNANDES, 2016, p. 348). Virgílio Afonso da Silva afirma que:

[...] a constitucionalidade de uma restrição a um direito fundamental garantido por um princípio depende sobretudo de sua fundamentação constitucional, e se essa fundamentação constitucional é controlada a partir da regra da proporcionalidade, pode-se dizer que toda restrição proporcional é constitucional [...] (SILVA, 2011, p. 206).

Conforme já dito, a “Teoria Externa” é majoritária no Brasil, entretanto, Virgílio Afonso da Silva identifica que “[...] a contraposição entre as teorias interna e externa ainda não foi objeto de debates aprofundados no Brasil, pelo menos não na esfera dos direitos fundamentais [...]” (SILVA, 2006, p. 17). Já em Portugal, tais teses já são discutidas há algum tempo.

Acompanhando o entendimento de Dworkin (2007) acerca da temática, os direitos possuem a característica da complementariedade, pois quando interpretados não podem ser analisados isoladamente, mas precisam de um esforço conjunto em um só sistema de direitos coerentemente interligados. Temos, ainda, a inviolabilidade, que tem relação com a vinculação dos poderes públicos referida supracitada classificação de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2008, p.239 e ss.), eis que os preceitos dos direitos fundamentais devem ser obrigatoriamente respeitados pela administração pública (eficácia vertical), bem como entre os particulares (eficácia horizontal).

Finalmente, resta chamar a atenção para o que se tem ocorrido nas Constituições Modernas, sobretudo, as inegavelmente democráticas: nestas há a expressão, em formas similares, de que os direitos fundamentais são autoaplicáveis. É o que ocorre na América Latina, por exemplo, com a nossa Constituição ao dispor no art. 5º, §1º que “as normas definidoras dos direitos e garantias individuais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988); e é seguido na Europa pela atual Constituição portuguesa em seus artigos 16º e 18º, senão vejamos:

Artigo. 16º. 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e de regras aplicáveis de direito internacional. 2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. [...]

Artigo. 18º. 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só poderá restringir direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para

salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais. (PORTUGAL, 2010, p. 26).

Pelo o que se percebe dos ensinamentos do autor português Jorge Miranda (2012), é uma tendência em vários países. Utiliza como exemplificação, a constituição espanhola, brasileira, colombiana, cabo-verdiana, lituana, russa, sul-africana e polaca. Segundo este ilustre autor, embora na Constituição Portuguesa esteja previsto que os preceitos constitucionais relativos aos direitos, garantias e liberdades, são aplicáveis de modo direto, estes não são os únicos preceitos nessas condições, eis que a Constituição Portuguesa é normativa: suas normas são autoaplicáveis ou suscetíveis de assim serem diretamente nas situações de vida. Isto porque

[...] hoje as normas constitucionais adstringem os comportamentos de todos os órgãos e agentes do poder e conformam as suas relações com os cidadãos sem a necessidade de mediação legislativa. Na expressão bem conhecida de HERBERT KRÜGER, não são os direitos fundamentais que agora se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais. Ou na fórmula de LOUIS FAVOREAU: no Estado legal, a constitucionalidade era uma componente de constitucionalidade. Ou mais sinteticamente, segundo PAULO BONAVIDES: ontem os Códigos, hoje as Constituições. (MIRANDA, 2012, p. 320).

Com isto, constata-se que as normas de direitos fundamentais não são normas programáticas, mas “conforme a doutrina os direitos fundamentais podem ou não ter aplicabilidade imediata. Isso vai depender do marco teórico a ser desenvolvido e trabalhado” (FERNANDES, 2016, p. 341). Apesar disso, no Brasil, a interpretação do art. 5º, §1º, da Constituição Federativa de 1988, não é um consenso entre os constitucionalistas pátrios.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho “os direitos fundamentais só tem aplicação imediata se as normas que os definem são completas na hipótese e no seu dispositivo” (FERREIRA FILHO, 2008, p. 98-100), isto é, se a norma garantidora de direitos e garantias fundamentais foi incompleta ela não será autoaplicável. Outra posição defendida por Eros Grau (esse entendimento também é defendido por Flavia Piovesan, Dirley da Cunha, Luiz Roberto Barroso, entre outros), os direitos fundamentais teriam aplicação imediata, inclusive no caso de normas programáticas. Assim, mesmo não existindo imposição do legislador os direitos devem ser prontamente aplicados (GRAU, 2008).

Gilmar Mendes (2008) e José Afonso da Silva (2010) adotam a tese intermediária. O constitucionalista Gilmar Mendes afirma que se pode, inclusive, valer-se de instrumentos para garantir a sua imediata aplicação, como é o caso do mandado de injunção.

De modo que se pode concluir com Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2008, p. 251) que “os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são, também”, normas diretamente reguladoras das relações jurídicas. Se fundam na Constituição, mas não na lei. É possível haver uma ou outra norma não autoaplicável, como de fato existem em relação aos direitos fundamentais, e nesse caso depende da escolha legislador.

Seguindo os ensinamentos de Jorge Miranda (2012, p. 321), justamente, “nem todas as normas sobre direitos, liberdades e garantias são imediatamente exequíveis”. O português, exemplifica com o direito de antena, a objeção de consciência, e até o próprio sufrágio universal, além de garantias contra a utilização abusiva de informações pessoais, que estão previstos ao longo da constituição portuguesa. Afirma, inclusive, que quase todas as normas de direitos culturais, por exemplo, são programáticas.

Há uma diferença fundamental: enquanto as normas constitucionais auto exequíveis são regulamentadas pelo legislador ordinário, as normas não exequíveis são por ele concretizadas.

Sustenta que: “[...] se as normas não forem exequíveis por si mesmas os direitos apenas poderão ser tornados plenamente efetivos com as providências legislativas subsequentes e, nos casos das normas programáticas, observados os condicionalismos econômicos indispensáveis”. (MIRANDA, 2012 p. 323).

1.3 A Teoria dos Quatro Status de Jellinek e as funções dos direitos fundamentais

Sobre a temática direitos fundamentais e para elucidar as posições que o indivíduo ocupa no Estado, o jurista alemão Georg Jellinek criou a “Teoria dos Quatro Status” (status passivo, status negativo, status ativo e status positivo).

O status passivo (ou *subjectionis*) corresponde ao conjunto de deveres que o indivíduo possui perante o Estado, pois antes de ter direitos existem deveres a serem cumpridos – o Estado controla juridicamente o sujeito com ordenações, mandamentos e proibições. Por outro lado, o status negativo (ou *libertatis*) faz referência a possibilidade do indivíduo demandar prestações negativas, isto é, as omissões do Estado criam uma certa esfera de autonomia privada.

Assim, diante da prerrogativa de exigir do Estado uma abstenção, o sujeito goza de um poder jurídico limitado em que o Estado não pode interferir, salvo, para garantir o próprio direito de exercício de algumas liberdades (autonomia privada). Acerca do status *libertatis* de

Jellinek, o constitucionalista português Jorge Miranda entende que nessas prestações negativas a autoridade do Estado “é exercida sobre homens livres” (MIRANDA, 2012).

No status ativo (ou *activus*), o indivíduo tem o direito de participar na formação da vida política do Estado e da sociedade (direitos de cunho político), ou seja, participação no desenvolvimento da vontade política. Exemplo disso, seria a participação do sujeito como membro da comunidade política e cidadão ativo através do direito de voto.

Ademais, no RE 598099 de 2011, o Supremo Tribunal Federal ao decidir a temática direito subjetivo à nomeação em concurso público, consubstanciou um dos pontos mais relevantes do status ativo dos cidadãos ao efetivar o Princípio da Acessibilidade aos Cargos Públicos. Assim

É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incomensurável conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo Poder Público, de normas de organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos. (RE 598099, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-189 DIVULG 30-09-2011 PUBLIC 03-10-2011 EMENT VOL-02599-03 PP-00314 RTJ VOL-00222-01 PP-00521). (BRASIL, STF, 2011).

183

Finalmente, no status positivo (ou *civitatis*), temos que o indivíduo pode exigir prestações positivas do Estado, de modo a permitir o surgimento de ações que reduzam as desigualdades sociais. Com o *civitatis*, alguns direitos podem ser exigidos do Estado em benefício do indivíduo.

Cumprido destacar, a interpretação Jorge Miranda acerca da “Teoria dos Quatro Status” de Jellinek, realizada sob a ótica da emancipação da pessoa humana. Para o constitucionalista lusitano, primeiramente o homem conseguiu se libertar de objetos viciados pelo Estado e alcançou a posição de sujeito de direitos, após esse penoso processo, abriu-se a possibilidade de exigir prestações positivas, além do direito de participar da formação do poder e da vontade política (FERNANDES, 2016, p. 327-328).

Não obstante sofrer críticas e adaptações, inegavelmente, a “Teoria dos Quatro Status” de Jellinek é pioneira. Para o constitucionalista brasileiro Bernardo Gonçalves Fernandes é censurável o fato de Jellinek ter formulado uma teoria estatalista de abordagem do ordenamento jurídico, eis que os direitos utilizados pelo jurista alemão orbitam em função do Estado e das posições do sujeito diante dele. Já para o alemão Peter Häberle, a Teoria de Jellinek é

dicotômica por colocar o privado e público em extremos, bem como por posicionar a sociedade civil como hostil e apolítica na relação com o Estado (FERNANDES, 2016, p. 328).

As principais adaptações da teoria foram feitas pela doutrina alemã (Robert Alexy²) e portuguesa (José Carlos Vieira de Andrade e José Joaquim Gomes Canotilho³). No Brasil, a doutrina desenvolveu e adequou a Teoria de Jellinek a realidade pátria dividindo as funções dos direitos fundamentais em: **direitos de defesa** - direitos que impõem ao Estado um dever de omissão ou de não intervenção na autodeterminação do sujeito, por exemplo, temos o art. 5º, incisos II, III, IV e VI, da Constituição Federativa de 1988 -, os **direitos de prestação** - direitos que exigem atuação estatal para reduzir as desigualdades sociais, por exemplo, temos as prestações jurídicas, previstas no art. 5º, incisos XLI, XLIII e XXXV, da Constituição Federativa de 1988; as prestações materiais, previstas nos art. 6º, art. 205 e art. 215, da Constituição Federativa de 1988 - e os **direitos de participação** - direitos políticos, que objetivam a garantia do indivíduo como cidadão ativo - (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 258-265).

Na categoria dos direitos de participação, embora os direitos políticos sejam o principal exemplo, para Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

[...] Tanto Canotilho como Alexy situam os diversos direitos políticos, conforme suas características, entre os direitos de prestação ou defesa. Com isso, não cogitam os direitos de participação como um terceiro grupo de direitos fundamentais. Mesmo quem adota essa terceira categoria não nega que esses direitos de participação possuem características mistas de direitos de defesa e de participação. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 265).

A tese de que a “distinção cerrada e estanque” (referente a divisão de direitos de defesa e direitos de prestação) já estaria superada. Para Cass Sunstein (2011), todos os direitos seriam positivos, ou seja, na medida em que os direitos de defesa são dispendiosos, o Estado também atua de forma prestacional nos direitos de defesa.

Desse modo, apesar da “Teoria dos Quatro Status” ter sido criticada e reformulada, notadamente no Brasil, a contribuição de Jellinek relaciona-se com o desenvolvimento das funções atribuídas aos direitos fundamentais, facilitando a aplicabilidade, cobrança de efetividade e identificação de deficiências. Isso porque, na medida em que a Teoria de Jellinek

² Verificar em: ALEXY, 2008.

³ Verificar em: CANOTILHO, 2003.

estabeleceu status para ilustrar as diferentes posições do indivíduo frente ao Estado, as funções permitiram a separação dos direitos fundamentais em direitos de defesa, direitos prestacionais e direitos de participação.

1.4 Os Direitos Humanos Fundamentais como Direitos de Defesa

Adotando os direitos fundamentais como direitos de defesa⁴ e deixando clara a possibilidade de recepcionar outros direitos que ali não estão especificados, ampliando-se, assim o seu rol a Constituição da República Federativa do Brasil pretende dar garantias aos cidadãos brasileiros e aos que estejam em território nacional, embora alienígenas; de uma forma contínua e não taxativa. (BRASIL, 1988). Importante colacionar o entendimento do Supremo Tribunal Federal ao decidir que os estrangeiros mesmo não residentes no Brasil podem ser titulares de direitos fundamentais⁵. Assim, os direitos fundamentais cumprem, no dizer de Canotilho:

[...] a função de direitos de defesa do cidadão sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). (CANOTILHO, 1993, p. 541).

Ao rol de direitos fundamentais expressos nas constituições a doutrina denomina direitos fundamentais formais, caracterizados pela aplicabilidade imediata e estarem nelas contidos por vontade do Poder Constituinte; e aos demais recepcionados pelas constituições, mas que nelas não se encontram expressos, a mesma doutrina denomina como direitos fundamentais materiais, ligados à essência do bem juridicamente protegido. É o que ocorre com a doutrina e nas Constituições brasileira e portuguesa. Na oportunidade, é importante destacar que:

Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na

⁴ Concepção seguida por Alexandre de Moraes (Brasil) em obra citada neste trabalho e Gomes Canotilho (Portugal), em obra também aqui citada, de 1993.

⁵ O STF já decidiu que os estrangeiros mesmo não residentes no Brasil podem ser titulares de direitos fundamentais. Ver HC 94404, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 18/11/2008, DJe-110 DIVULG 17-06-2010 PUBLIC 18-06-2010 EMENT VOL-02406-02 PP-00364.

Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material. (MIRANDA, 2012, p. 9).

Constituição material consiste [por sua vez] no conjunto de regras materialmente constitucionais, estejam ou não codificadas em um único documento; enquanto a Constituição formal é aquela consubstanciada de forma escrita, por meio de um documento solene estabelecido pelo poder constituinte originário. (MORAES, 2014, p. 8).

Formais ou materiais, e postos em Constituições formais ou materiais, distinguem-se dos demais direitos presentes na Constituição, sendo entendidos os fundamentais como direitos que seriam anteriores e, até mesmo, superiores ao Estado. Tais direitos seriam esferas de liberdade capazes de dar origem a direitos de defesa, e, assim, a própria justificativa de existência do Estado estaria associada a tais, uma vez que o papel do Estado seria o de protegê-los, ao passo que, protegendo-os, encontraria a justificação de sua existência.

É o entendimento que recepciona Paulo Bonavides (2004, p.561), que referenciando Schmitt, argumenta que os direitos fundamentais são, segundo este autor, “todos os direitos e garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional”, ou “aqueles que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança”, sendo imutáveis ou de mudança dificultada, alteráveis mediante Emenda Constitucional, por exemplo. São absolutos, e só excepcionalmente se relativizam, segundo as permissões legislativas.

Segundo Bonavides (2004) para Schmitt do ponto de vista material, os direitos fundamentais variam de acordo com a ideologia, a modalidade de Estado que fora adotado, e a espécie de valores e princípios que se consagra constitucionalmente, em razão de que, materialmente, cada Estado vai possuir seus direitos fundamentais em específico. Podem, conforme este autor, ser direitos fundamentais propriamente ditos, que são os direitos que possui face ao Estado.

1.5 A eficácia horizontal e sua aplicabilidade no direito lusitano e brasileiro

Isto posto, é essencial tratar pelo menos em linhas gerais, acerca da eficácia horizontal nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. A eficácia horizontal diz respeito a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas. Originada na Alemanha do Século XX (década de 50), a eficácia horizontal surgiu a partir do *leading case Lüth* que, em 1958 tratou da discussão política de defesa de classes e grupos sociais em face de particulares,

juízo que permitiu o desenvolvimento da “Teoria da Eficácia Mediata dos Direitos Fundamentais”. Posteriormente, também no âmbito germânico, houve a tentativa de explicar a utilização dos direitos fundamentais entre particulares por meio da “Teoria dos Deveres de Proteção aos Direitos Fundamentais”.

Da Alemanha os embates da eficácia horizontal alcançaram outros países de origem romano-germânica, dos quais inclui-se Portugal. Até hoje tal instituto é alvo de discussões exaustivas, tendo surgido a partir dele posições intermediárias e entendimentos alternativos, tanto é assim, que o professor Daniel Sarmiento, da Universidade Estadual do Rio de Janeiro revela que os debates:

[...] acabam se batendo sempre em torno das mesmas questões: Como e com que intensidade incidem os direitos fundamentais nas relações travadas entre particulares? Qual a proteção constitucional que merece, neste contexto, a autonomia privada? Que papel cabe ao Estado na proteção dos direitos fundamentais diante de agressões e ameaças vindas de particulares? A quem compete precipuamente a tutela dos direitos humanos nas relações privadas, ao Legislativo ou ao Judiciário? Como compatibilizar a extensão dos direitos humanos à esfera privada com a segurança e a previsibilidade necessárias ao tráfico jurídico? [...] (SARMENTO, 2006, p. 323)

187

Nessa toada, desenvolveu-se duas espécies de eficácia horizontal, a Indireta (ou mediata) e a Direta (ou imediata). A primeira reconhece a admissão dos direitos fundamentais entre particulares, sustentando que a relação entre ambos deve ser intermediada pelo legislador infraconstitucional e sua produção legal (sindicabilidade legislativa). Desse modo, as normas constitucionais devem passar por um “filtro” de normas infraconstitucionais para serem aplicadas entre particulares.

Por outro lado, a eficácia horizontal imediata (adotada majoritariamente na Alemanha) reconhece a relação entre os direitos fundamentais e particulares, com base na força normativa da constituição e da máxima efetividade das normas fundamentais. Assim, essa espécie refuta o risco de dissolver a autonomia privada ou torná-la insuficiente, na medida em que se quer somente impedir hipertrofia da autonomia privada, eis que cada caso deve ser verificado concretamente.

O constituinte originário português deixou claro – art 18º: “1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas” (PORTUGAL, 2010) – o reconhecimento do vínculo entre particulares e direitos fundamentais. A propósito, Canotilho apresenta em sua obra, o exemplo de uma empresa que condiciona a admissão de um indivíduo à renúncia de

participação partidária ou filiação sindical, ou seja, a empresa está ofendendo o direito de livre associação sindical de seus trabalhadores. Nas palavras do referido constitucionalista português:

[...] a imposição da observância directa dos direitos fundamentais, como princípios ordenadores da vida civil, implica que eles se apliquem nas relações privadas em que fica em perigo o mínimo de liberdade que os direitos fundamentais devem garantir como elementos da ordem objetiva da comunidade. (CANOTILHO, 1980, p. 573.).

Sendo assim, verificando essa situação, seria plausível que os direitos fundamentais dos funcionários prevalecessem diante do regramento da empresa. Embora não apresente expressamente um posicionamento, o sistema brasileiro adota majoritariamente a eficácia mediata. Sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal (que não possui uma posição declarada) já sinalizou pela possibilidade de aplicação de direitos fundamentais aos particulares (RE n. 158215/RS, RE n. 161243/DF, RE n. 201819/RJ). (BRASIL, 1996) (BRASIL, 1997), (BRASIL, 2006).

Assim, ante ao exposto, independentemente de estar expresso, como na Magna Carta Portuguesa de 1976, ou, implícito como no ordenamento brasileiro, na sistemática jurídica atual é inegável a aplicabilidade da eficácia horizontal. Caso contrário haveria o tolhimento dos objetivos essenciais constituições modernas, que objetivam, precipuamente, promover e valorizar os direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos não surgem por mero acaso, mas a história possibilita o seu surgimento. No Brasil e em Portugal, a consolidação de Estados democráticos de direito a partir da promulgação das suas constituições, respectivamente, em 1988 e 1976, consubstanciou o reconhecimento de prerrogativas básicas inerentes ao homem (como a vida, liberdade, educação, saúde), antes alijadas pelo regime militar. Seguramente por terem passado por um período de intenso cerceamento de direitos fundamentais, além do vínculo histórico colônia-colonizado, justifica-se a similitude entre ambas nações.

Apesar disso, será que após esses quarenta anos da Constituição Portuguesa celebrados em 2016 e dos trinta anos da Constituição Brasileira celebrados em 2018 tivemos de fato

avanços na seara dos direitos fundamentais? Como se viu a resposta tende a ser positiva, mas muito precisa ser feito.

A afirmação do constitucionalista lusitano é emblemática e igualmente retrata a realidade brasileira, ou seja, na maioria das vezes as falhas de efetividade dos preceitos constitucionais decorrem de outros fatores, como maus gestores dos recursos públicos. Diante disso e de tudo que foi dito, podemos destacar como principais constatações: a divisão dos direitos fundamentais em dimensões facilita o entendimento histórico e evolutivo ao longo dos séculos, refletindo a conquista gradual das garantias, além do empoderamento social diante do Estado.

Constatamos, também, que o valor dos direitos fundamentais é manifesto quando analisamos as características da universalidade, historicidade, inalienabilidade, indisponibilidade e constitucionalidade. Outrossim, que a relatividade em algumas situações, além da inexistência de hierarquia facilitam a aplicabilidade no caso concreto por meio do já abordado Princípio da Concordância Prática ou da Harmonização das Normas Constitucionais.

A “Teoria dos Quatro Status de Jellinek”, posteriormente readaptada no Brasil, permitiu a divisão dos direitos fundamentais em direitos de defesa (exige do Estado um dever de omissão ou de não intervenção na autodeterminação do sujeito), direitos de prestação (direitos que exigem atuação estatal para reduzir as desigualdades sociais) e os direitos de participação (objetivam a garantia do indivíduo como cidadão ativo). Sobre os direitos de defesa enfatizamos que a Constituição de 1988 assegurou direitos aos cidadãos brasileiros e aos estrangeiros. Finalmente, acerca do último ponto abordado, temos que o constituinte originário lusitano, estabeleceu categoricamente no art. 18º, da Cártula Portuguesa de 1976, a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas. Já no ordenamento brasileiro, embora não esteja expresso, vem sendo aceita a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Ao longo do ensaio, restou demonstrado que os “direitos fundamentais” são complexos e delongam discussões aprofundadas, vez que o estudo do tema e a sua efetividade são essenciais para o desenvolvimento de qualquer sociedade. Desse modo, o presente trabalho se propôs a enaltecer a importância dos direitos fundamentais, discutir e comemorar a consolidação das Constituições democráticas do Brasil e de Portugal e, principalmente, destacar a essencialidade de expansão das prerrogativas imanentes do indivíduo e impedir o risco de supressão de garantias sociais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. (Teoria & direito público). São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar [...]. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 14 jan. 2019.

_____. Habeas Corpus HC94404/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 18. jun. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612361>>. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Recurso Extraordinário 565089RG/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 02. out. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE565089.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. STF. Recurso Extraordinário 598099RG/MS. Relator Gilmar Mendes. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 03.out. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609362>>. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Recurso Extraordinário 158215/RS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 30. abr. 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=212594>>. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Recurso Extraordinário RE 161243/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 19. dez. 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=265814>>. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Recurso Extraordinário RE 201819 / RJ. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 27. out. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=212594>> Acesso em: 17 jan. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1980.

_____. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. xxii, 1228 p.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. 1522 p.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz. Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. - São Paulo. Martins Fontes. 2007

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. rev., ampl. e atual. e em consonância com a jurisprudência do STF. Salvador, BA: Juspodivm, 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*. Colección derecho y política. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (TJMG). Processo - AC 1.0024.14.014044-3/001, Relator: Des. Alexandre Santiago. Belo Horizonte. 01.jul.2015. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=4E156C609EB6A11B1BD9E4513470146C.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.14.014044-3%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 15. jan. 2019.

MIRANDA, Jorge. *As actuais normas constitucionais e o Direito Internacional*. Disponível em: <https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/3431/1/NeD36_JorgeMiranda.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2019.

_____. *Direitos e Deveres Fundamentais do Homem*. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima2/Jorge_Miranda.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.

_____. *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. 5. ed. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Nazareth Oliveira; GOMES, Carla de Marcelino; DOS SANTOS, Rita Páscoa. *Os Direitos Fundamentais em Timor-Leste: teoria e prática*. Disponível em: <http://www.igc.fd.uc.pt/timor/pdfs/livroDFTimor_completo.pdf> Acesso em: 14 jan. 2019.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa: de acordo com a redacção dada pela Lei Constitucional 1/2005, de 12 de Agosto*. Porto: Porto Editora, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 62, de 09.11.2009. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 6 (2006): 541-558. Disponível em: <<http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2005-RLAEC06-Evolucao.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 3. ed. (Coleção Teoria e Direito Público). São Paulo: Malheiros. 2011.

Submissão: 29/10/2018
Aceito para Publicação: 31/12/2018



A NATUREZA COMUNICATIVA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS E AS SUAS INTERAÇÕES COM A OPINIÃO PÚBLICA

THE COMMUNICATIVE NATURE OF CONSTITUTIONAL COURTS AND THEIR INTERACTIONS WITH PUBLIC OPINION

Thiago Sacchetto*

RESUMO: Ao desempenhar a tarefa de solucionar, em última e definitiva instância, os litígios constitucionais, cabem às cortes constitucionais fundamentarem e tornarem públicas as suas decisões com qualidade comunicativa para os jurisdicionados. A função comunicativa dos órgãos jurisdicionais não se concretiza pura e simplesmente com a exposição de decisões para o público, eis que a comunicação, enquanto procedimento que impescinde de dois sujeitos, só se realiza efetivamente quando os destinatários compreendem as mensagens veiculadas pelos remetentes. Por um viés crítico, examinam-se quais são as possíveis consequências negativas que uma maior exposição midiática dos órgãos de cúpula da jurisdição podem ocasionar, e se essas consequências, razoavelmente, são justificáveis para fundamentarem restrições ao direito fundamental à informação.

ABSTRACT: In carrying out the task of resolving, in final and definitive instance, constitutional litigation, it is up to the constitutional courts to base and make public their decisions with communicative quality. The communicative function of the courts is not developed simply by exposing decisions to the public, since communication, as a two-subject procedure, occurs only when the receivers understand the messages conveyed by the senders. The creation of mechanisms capable of improving the communicative function of these jurisdictional bodies is beneficial for the development of the Democratic State of Law, since it takes over the legal discourse promoted by constitutional judges of greater democratic legitimacy. By a critical bias, the article examines the possible negative consequences that a greater media exposure of the supreme jurisdiction bodies can cause, and if those consequences are reasonably justifiable to support restrictions on the fundamental right to information.

PALAVRAS-CHAVE: Cortes Constitucionais. Linguagem Jurídica. Direito à Informação. Influências da Opinião Pública na Jurisdição Constitucional.

KEYWORDS: *Constitutional Courts; Legal Language; Right to Information; Influences of Public Opinion on Constitutional Jurisdiction.*

SUMÁRIO: Introdução. 1 A dimensão comunicativas das Cortes constitucionais. 1.1 As cortes constitucionais como órgãos jurisdicionais de argumentação. 1.2 A natureza exclusória da linguagem jurídica e a necessidade de sua democratização. 2 Opinião pública e cortes constitucionais. 2.1 A influência da opinião pública sobre as cortes constitucionais. 2.2 Hipóteses de influência da opinião pública sobre juízes constitucionais. 2.3 A abertura midiática e a suposição de prejudicialidade à imparcialidade, serenidade e neutralidade dos juízes. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A difusão das deliberações ocorridas nas sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal, por meio da TV Justiça, além de ampliar potencialmente o número de receptores do discurso jurisdicional proferido na Corte, facilita a apreensão da linguagem jurídica utilizada pelos juízes constitucionais. Primeiro, porque induz os próprios magistrados a tornarem seus

* Doutorando em Direito Público pela Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL), Portugal. Professor do Instituto para o Desenvolvimento Democrático e da Faculdade de Direito do Centro Universitário UNA, Minas Gerais.



votos mais apreensíveis para a população. Segundo, porque privilegia a utilização da linguagem oral em detrimento da linguagem escrita, reconhecidamente mais hermética.

Embora a forma de compreender a função e os limites do poder exercido pelas cortes constitucionais possa variar de acordo com a afiliação às mais diversas Teorias da Justiça Constitucional, sejam elas substancialistas ou procedimentalistas; interpretativistas ou não interpretativistas; em todas essas vertentes o aprimoramento da *função comunicativa* das cortes constitucionais contribui para aproximar os modelos de jurisdição constitucional dos preceitos democráticos e republicanos que legitimam a sua atuação.

A prática de transmitir ao vivo e integralmente as sessões de julgamento de uma Corte constitucional, além de materializar um esforço pela efetivação do direito à informação, serve como ferramenta para o desenvolvimento da *função comunicativa* desses órgãos de jurisdição constitucional.

Como função comunicativa dos órgãos jurisdicionais compreende-se a atribuição a eles acometida de tornar o direito inteligível para os jurisdicionados. No que concerne especificadamente às cortes constitucionais, tornar o Direito Constitucional uma realidade apreensível para os seus destinatários¹.

Valendo-se do tipo de investigação jurídico-interpretativo², examina-se a função da cortes constitucionais enquanto órgãos de argumentação de convencimento racional, ao mesmo tempo em que, analiticamente, aborda-se por meio de uma metodologia jurídico-sociológica³, quais são os possíveis malefícios que a intensa exposição midiática de um órgão de jurisdição pode ocasionar para a garantia de imparcialidade, serenidade e neutralidade dos seus juízes.

1 A DIMENSÃO COMUNICATIVAS DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

1.1 As cortes constitucionais como órgãos jurisdicionais de argumentação

A compreensão dos órgãos de cúpula da Justiça constitucional enquanto espaços para promoção de deliberações argumentativas sobre as melhores opções para aplicação do Direito

¹ FARIAS, Paulo José Leite. A dimensão comunicativa da Suprema Corte. *Revista de informação legislativa*, v. 33, n. 131, jul./set. 1996, p. 176.

² GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. 4ª Ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 28-29.

³ GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. 4ª Ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 22.

Constitucional tem sido explicitada por diversos e consagrados juristas há décadas, como primorosamente, faz ROBERT ALEXY⁴.

Seja na resolução de casos fáceis ou na resolução de casos difíceis, a doutrina jurídica tem exaltado a importância que os diversos tipos de argumentos (práticos, lógicos, axiológicos, dedutivos, retóricos, entre outros⁵) possuem como meios de legitimação das decisões proferidas pelos juízes constitucionais⁶.

Sinteticamente, da *Teoria da ação Discursiva do Direito* formulada por HABERMAS decorre a ideia de que somente pela via da comunicação intersubjetiva existe a possibilidade de se conhecer as intenções normativas do Direito⁷.

Ao conceder-se a palavra final da interpretação constitucional às cortes constitucionais, é de se esperar que suas decisões sejam amplamente fundamentadas e expostas ao debate público para que se torne possível legitimá-las com observância aos *melhores argumentos* em evidência⁸.

Em outra via, concebendo o direito como um conceito interpretativo, RONALD DWORCKIN dispõe na sua *Teoria do Direito como Integridade* que a atividade jurisdicional realizada pelos juízes consiste em perquirir quais foram e quais são os princípios – morais e

⁴ “O princípio fundamental: ‘_Todo poder estatal origina-se do povo’ exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiores se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados”. ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 217, 1999, p. 66.

⁵ VIGO, Rodolfo Luís. Argumentación constitucional. In: *Revista ibero-americana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 12, jul./dic. 2009.

⁶ TOLEDO, Cláudia. Teoria da argumentação jurídica. In: *Revista forense*, v. 104, n. 395, jan./fev. 2008, pp. 613-614.

⁷ GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 307-308.

⁸ Vide HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 345 e Soberania Popular como Procedimento. In: *Novos Estudos CEBRAP*, n. 26, 1990, pp. 109- 111.



jurídicos – que orientam a vida de uma determinada sociedade para depois aplicá-los em consonância com a mais coerente interpretação da rede de princípios⁹.

A ampla publicização com transparência da atuação desses órgãos, em consonância com a *Teoria do Direito como Integridade*, pode servir para difundir para toda a *comunidade de princípios* – com mais capacidade comunicativa – como as questões jurídicas são resolvidas pelas cortes constitucionais e com quais tipos de argumentos e fundamentos¹⁰.

Independentemente do posicionamento doutrinário assumido para compreender e legitimar a autoridade da Constituição, seja ele baseado em uma concepção procedimental alicerçada na perspectiva dialógica (pós-ordenante), ou baseado em uma concepção ético-comunitária fundada a partir de um pacto prévio (pré-ordenante)¹¹, a ampla publicização dos julgamentos realizados por uma Corte constitucional melhora indubitavelmente a capacidade desses órgãos de difundir, e aclarar, os argumentos por eles utilizados para fundamentarem as suas decisões.

Por ser evidente que a linguagem jurídica não pode ser facilmente apreendida por todos os cidadãos, a concentração de esforços para melhorar a capacidade comunicativa das cortes constitucionais constitui-se em importante diretriz para democratizar o acesso da população ao direito e ao conteúdo das decisões emanadas por esses órgãos.

A transmissão integral das sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal, conjuntamente com os esforços comunicativos realizados pela TV Justiça, colabora para aproximar o discurso utilizado na Corte dos seus destinatários.

⁹ Vide DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 271 e ss.

¹⁰ Cfr. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 127-204..

¹¹ Na síntese de RODOLFO VIANA PEREIRA (PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito Constitucional Democrático: Controle e Participação como Elementos Fundantes e Garantidores da Constitucionalidade*, p. 75), duas compreensões constitucionais representam em termos analíticos as polaridades teóricas mais debatidas nas últimas décadas: “*de um lado, o modelo da constituição pré-ordenante impositiva, eis que sustentada sobre uma legitimação substancial, um núcleo ético-moral bem definido acerca dos valores fundamentais da sociedade e dos objetivos prioritários do Estado; de outro lado o modelo da constituição pós-ordenante, dialógica, eis que sustentada sobre uma legitimação.*”

1.2 A natureza exclusória da linguagem jurídica e a necessidade de sua democratização

Toda ciência, atividade ou profissão tem o seu jargão. A linguagem jurídica, enquanto linguagem própria das Ciências Jurídicas possui termos técnicos cujos conceitos foram desenvolvidos ao longo de séculos, desde as suas mais remotas origens no Direito Romano e caracteriza-se por conter uma vasta terminologia própria e particular¹².

Menos do que uma questão de imprecisão e deficiência de vocabulário, a problemática comunicativa que desafia o Direito enquanto ciência e fenômeno social que abrange a todos, é a característica hermética de sua linguagem, que pelas suas peculiaridades, é de difícil compreensão para o cidadão comum e acaba se transformando em um instrumento de exclusão social.

Uma pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (IBOPE), revelou que a população brasileira em geral possui grandes dificuldades para compreender os termos jurídicos empregados pelos operadores do Direito. Entre as diversas conclusões obtidas, o levantamento demonstrou que a opacidade da linguagem jurídica contribui de maneira determinante para intensificar a desconfiança da população no Poder Judiciário e nas diversas instituições jurídicas¹³.

Ora, é inequívoco que a função essencial da linguagem é possibilitar a concretização da comunicação¹⁴. Embora o uso de termos jurídicos seja absolutamente necessário para o desenvolvimento da prática forense, é fundamental em Estado Democrático que os cidadãos compreendam as decisões emanadas pelos órgãos jurisdicionais dado que a linguagem utilizada nos foros de Justiça destina-se não somente aos operadores do Direito – mas também – aos próprios jurisdicionados¹⁵.

Para que atuem em conformidade com as leis e a Constituição, e, principalmente, para que sejam capazes de exercer sua cidadania de maneira autônoma e independente, os indivíduos

¹² Cfr. ABDO, Helena. *Mídia e processo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 149; LAGES, Margarida. Os desafios da linguagem jurídica para uma comunicação eficiente. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, v. 55, n. 85, jan./jun. 2012, pp. 182-184.

¹³ Vide: População confunde funções do Judiciário e da Polícia, diz Ibope. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2004-out-13/imagem_judiciario_detalhada_pesquisa_ibope>. Acesso em: 10/05/2017.

¹⁴ ROMAN, Jakobson. *Linguística e comunicação*. 22. ed. São Paulo: Cultrix, 2010, p. 123.

¹⁵ ADORNO JUNIOR, Hélcio Luiz; SILVA, José Luiz Pereira. A linguagem jurídica como importante instrumento de efetivação da justiça. In: *Revista de direito constitucional e internacional*, v. 18, n. 72, jul./set. 2010, pp. 89-95.

precisam compreender o significado das normas e decisões judiciais, o que, em uma perspectiva idealista, somente seria possível se todos possuíssem profundo conhecimento do Direito e da língua vernácula.

Entrementes, considerando-se que a maioria dos indivíduos, nos diversos Estados nacionais, não tem conhecimento técnico suficiente para entender significativa parcela dos termos jurídicos utilizados pelos órgãos de jurisdição, o Direito – enquanto instrumento de democracia – deve estar atento à necessidade de fazer-se apreensível, o tanto quanto possível, para o maior número de cidadãos¹⁶.

Em crítica direcionada à prática jurídica consubstancializada no Brasil, vários autores têm censurado aquilo que apreciam ser excessos de rebuscamento, prolixidade ou utilização indevida da linguagem jurídica como instrumento de exclusão social¹⁷. Sem ignorar a razão de ser dos termos jurídicos, incipiente doutrina tem propugnado a necessidade de se simplificar a linguagem jurídica, sempre que possível, já que “*linguagem é poder [e] esconder a verdade por meio de expressões desconhecidas da média da sociedade significa robustecer, ainda mais, uma das facetas do multifacetado fenômeno da exclusão social*”¹⁸.

199

Nesse desiderato, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) inclusive lançou na década passada uma Campanha pela Simplificação da Linguagem Jurídica, a partir da qual concretizou diversas iniciativas para conscientizar estudantes e operadores do Direito sobre a necessidade de tornar a linguagem forense mais acessível aos cidadãos¹⁹.

Ainda que acordemos que os excessos de rebuscamento e a utilização de termos arcaicos sejam desnecessários na comunicação jurídica em circunstâncias nas quais possam ser substituídos por palavras mais simples, por se tratar de uma área técnica e científica, não é razoável supor que os termos singulares do Direito possam ser apagados da prática forense²⁰.

¹⁶ Cfr. CALIXTO, Clarice Costa. Direito e Mídia: Linguagem e Poder no Mercado de Discursos Públicos. In: *Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade*, Santa Maria - RS. Anais... v. 2012, 2012, p. 8.

¹⁷ Vide BORTOLAI, Luis Henrique; TARTUCE, Fernanda. Ênfase na disseminação de conhecimento jurídico em prol do efetivo acesso à justiça. In: *Processo e ideologia*. São Paulo: LTr, 2015, pp. 67-77; PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. Pela simplificação da linguagem jurídica: ninguém valoriza o que não entende. In: *Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal*, n. 11, 2009, pp. 13-15.

¹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; RODRIGUES, Luiz. Pequeno ensaio sobre a função da linguagem e o fenômeno jurídico. In: *Revista Jurídica Consulex*. Ano XI, n. 240, jan. 2007, p. 47.

¹⁹ A AMB inclusive publicou livro em relação à temática: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *O judiciário ao alcance de todos: noções básicas de Juridiquês*. 2. ed. Brasília: AMB, 2007, pp. 45-58.

²⁰ Sobre o tema, CÂNDIDO DINAMARCO destaca que qualquer Ciência depende em grande parte da sua capacidade de isolar e definir conceitos (DINAMARCO, Cândido Rangel. Vocabulário de direito processual. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2000, t. I, pp. 137-138). Em sentido semelhante,

No cenário em que a democratização do Direito perpassa pelo imperativo de tornar sua linguagem mais acessível, mas também em que o desígnio de simplificar a linguagem jurídica encontra-se limitado pela sua própria natureza científica, esforços estatais que objetivem superar os obstáculos comunicativos perduráveis entre órgãos jurisdicionais e os destinatários de suas decisões podem reduzir o fenômeno de alijamento social que as dificuldades linguísticas ocasionam²¹.

A iniciativa perpetrada pela TV Justiça de não somente transmitir os julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal, mas também fornecer informações explicativas sobre os processos *sub judice*, contribui efetivamente para a educação jurídica dos cidadãos e pode ser ainda mais desenvolvida com o esforço empreendido pelos magistrados para tornarem suas manifestações discursivas mais apreensíveis²².

2 OPINIÃO PÚBLICA E CORTES CONSTITUCIONAIS

200

Considerando a intensa exposição pública a que tem sido submetido o Supremo Tribunal Federal após o advento da TV Justiça – e, por consentâneo, os Ministros que o compõem – ganham importância atualmente no contexto jurídico brasileiro os estudos que visam problematizar os aspectos de influência da opinião pública sobre as cortes constitucionais.

Embora seja inconteste que as cortes constitucionais, no Estado Democrático de Direito, possuem (ou devem possuir) plena autonomia para julgar os litígios a elas submetidos em relação a pressões externas eventualmente vigorantes, alguns cientistas políticos têm enfatizado que esses órgãos estão empiricamente sujeitos às influências da opinião pública antes, durante e após o exercício de suas competências jurisdicionais²³.

BARBOSA MOREIRA enfatiza que: “*a nenhuma linguagem técnica se concede a esperança de ser compreendida com facilidade por qualquer pessoa.*” (MOREIRA, Barbosa. A justiça no limiar de novo século. In: *Revista forense*, v. 319, jul/ago/set. 1992, p. 73).

²¹ A propósito, confira-se MOZDZENSKI, Leonardo Pinheiro. Desconstruindo a linguagem jurídica: multidimensionalidade e argumentatividade visual nas cartilhas de orientação legal. In: *Veredas Revista de Estudos Linguísticos*, v. 8, 2004.

²² É razoável aspirar que esses órgãos se pronunciem, tanto quanto possível, em conformidade com a exigência de clareza e compreensibilidade de suas manifestações para os seus destinatários. Do contrário, corre-se o risco de que as democracias constitucionais se transformem em verdadeiras tecnocracias. Cfr. BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 6ª Edição. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1997, p. 101.

²³ Trabalhos desenvolvidos por cientistas políticos estadunidenses têm concluído que as decisões promovidas pelos juízes constitucionais da Corte Suprema americana têm refletido, em larga medida, as posições majoritárias manifestadas pela opinião pública. A respeito, vide MISHLER, William e SHEEHAN, Reginald S. The Supreme Court as a Counter-majoritarian Institution? The Impact of Public Opinion on Supreme Court Decisions. In: *The*

Como é cediço, a formação da *opinião pública* em sociedades complexas e com contingentes populacionais expressivos perpassa, invariavelmente, pela atuação dos meios de comunicação de massa²⁴. Ainda que o desempenho da mídia estatal possa ser considerado virtuoso na função de promover a transparência de uma Corte constitucional, é razoável se conjecturar que a abertura do STF para os meios de comunicação pode facilitar a utilização das mídias comerciais como instrumento de pressão sobre o órgão.

Por conta das manipulações que a abertura, inicialmente bem quista como densificação do direito a informação e do cumprimento dos deveres de publicidade e de transparência dos atos estatais, pode gerar quando a informação percorre o caminho da mídia oficial para as mídias comerciais cumpre examinar se, de fato, a exposição otimizada das sessões de julgamento de uma Corte constitucional é juridicamente desejável para o paradigma do Estado Democrático de Direito²⁵.

2.1 A influência da opinião pública sobre as cortes constitucionais

201

Um grande problema metodológico que se impõe a todos que desejam estudar de que modo a opinião pública influencia o resultado dos julgamentos realizados pelas cortes constitucionais diz respeito a como aferir a existência desse tipo de influência.

Como não é possível medir e tampouco comprovar que a opinião pública interfira nos posicionamentos jurídicos adotados pelos juízes constitucionais, a relação de causalidade entre esses elementos – quando invocada – costuma basear-se unicamente em suposições e estudos especulativos²⁶.

American Political Science Review, v. 87, n. 1, 1993; MCGUIRE, Kevin T.; STIMSON, James A. *The Least Dangerous Branch Revisited: New Evidence on Supreme Court Responsiveness to Public Preferences*. In: *The journal of politics*, v. 66, n. 4, nov. 2004; NORPOTH, Helmut; SEGAL, Jeffrey A. Comment: Popular Influence on Supreme Court Decisions. In: *The American Political Science Review*, v. 88, n. 3, 1994.

²⁴ Cfr. INNERARITY, Daniel. *O novo espaço público*. Lisboa: Editorial Teorema, 2010, pp. 87-91; ALLPORT, Floyd H. *Toward a science of public opinion. Public opinion and propaganda: a book of readings*. Nova York: Holt, Rinehart and Winston, 1954 e GÓMEZ, Luís Aníbal. *Opinión pública y medios de diffusion*. Quito: Cespal, 1982.

²⁵ Para efeitos conceituais, utiliza-se a definição de opinião pública exposta por HELENA ABDO (ABDO, Helena. *Mídia e processo*, p. 74.) como o “fenômeno psicossocial das massas, que revela uma tendência à uniformidade ou conformidade de pensamento em relação a determinados assuntos, sobretudo de natureza pública”, em consonância com a doutrina de ALLPORT, Floyd H. *Toward a science of public opinion. Public opinion and propaganda: a book of readings*. Nova York: Holt, Rinehart and Winston, 1954 e GÓMEZ, Luís Aníbal. *Opinión pública y medios de diffusion*. Quito: Cespal, 1982.

²⁶ Confira-se NOVELINO, Marcelo. A influência da Opinião Pública no comportamento judicial dos membros do STF. In: *Constitucionalismo e Democracia*. (Orgs.) André Fellet e Marcelo Novelino. Salvador: Juspodivm,



Como leciona MARCELO NOVELINO, eventuais convergências de posicionamento entre opinião pública e cortes constitucionais, ao contrário do que se costuma afirmar, não representam necessariamente a existência de influência da opinião popular sobre esses órgãos, mas simplesmente podem significar que cortes constitucionais e sociedade compartilham semelhantes valores de Justiça²⁷.

Como é cediço, em praticamente todos os Estados que instituem órgãos de cúpula de jurisdição constitucional, exige-se que os indicados para o cargo preencham requisitos qualitativos para exercer a função, como v.g.: amplo conhecimento jurídico, experiência forense e/ou acadêmica, idoneidade moral, desvinculação partidária; além de se garantir prerrogativas para que essas autoridades desempenhem as suas atribuições autonomamente, como inamovibilidade, vitaliciedade e/ou impossibilidade de destituição do cargo, entre outras²⁸.

O amplo rol de pré-requisitos e garantias, usualmente estabelecidos para os juízes constitucionais, objetiva assegurar que os indivíduos investidos nas mais relevantes funções jurisdicionais do Estado tenham capacidade psicológica, técnica e moral para desempenharem suas atribuições com mérito e independência²⁹.

Isso implica em dizer que, embora no exercício de suas competências jurisdicionais essas autoridades possam considerar os desejos da opinião pública, e, quiçá, as suas concepções gerais de Justiça, de maneira alguma elas possuem qualquer vínculo de subordinação ou dever de deferência para com essas manifestações.

A relevância de se identificar situações nas quais há considerável pressão da opinião pública para influenciar os posicionamentos de um juiz constitucional tem a utilidade prática de impulsionar os julgadores, nessas conjunturas, a se manterem em estado de alerta, a fim de minimizar os efeitos de interferências externas sobre suas decisões, quando indesejáveis³⁰. Os

2013, p. 286 e SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 329.

²⁷ NOVELINO, Marcelo. A influência da Opinião Pública no comportamento judicial dos membros do STF, p. 289.

²⁸ Para perspectivas comparadas entre cortes constitucionais e requisitos de investidura na função, vide LEITE, André Ribeiro. Aspectos da legitimidade para a composição e designação de juízes de tribunais constitucionais no direito comparado. In: *Revista brasileira de direito comparado*. Rio de Janeiro, n. 37, 2009, pp. 160-167; ROMAN, Flávio José. O Supremo Tribunal Federal brasileiro e outros tribunais constitucionais sul-americanos: breve estudo comparado. In: *Revista de direito constitucional e internacional*, v. 15, n. 58, jan./mar. 2007, pp. 56-74.

²⁹ SANTOS, Ana Catarina. *Papel político do Tribunal Constitucional: o Tribunal Constitucional (1983-2008): contributos para o estudo do TC, seu papel político e politização do comportamento judicial em Portugal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 23-70.

³⁰ NOVELINO, Marcelo. A influência da Opinião Pública no comportamento judicial dos membros do STF, p. 303.

magistrados precisam avaliar quais fatores extrajurídicos têm potencial para influenciar os seus comportamentos, a fim de que, conscientemente, possam rejeitá-los quando não sejam compatíveis com o mister de sua função jurisdicional.

Porquanto a publicização maximizada das atividades jurisdicionais de uma Corte constitucional intensifique as relações comunicativas entre esses órgãos e a opinião pública, é importante conhecer como a doutrina tem estudado o fenômeno da influência da opinião pública sobre as cortes constitucionais para que, posteriormente, seja possível examinarmos se, hipoteticamente, a cobertura midiática desses órgãos prejudica a independência funcional de seus juízes com maior potencial, ou não.

Ao trazermos a seguir algumas hipóteses desenvolvidas pela doutrina norte-americana – que com maior ou menor rigor possibilitam conjecturar as razões de haver certa convergência entre os posicionamentos da opinião pública e os julgamentos das cortes constitucionais – fica mais fácil compreender de que modo e a partir de quais suposições os estudiosos do Direito e das Ciências Políticas constroem a ideia de que esses órgãos são influenciados pela opinião popular.

203

2.2 Hipóteses de influência da opinião pública sobre juízes constitucionais

De acordo com a intitulada *hipótese do autointeresse*, a condição humana dos juízes constitucionais implicaria em um inevitável desejo de aceitação popular. Especula-se que, ao contrário do que o senso comum acredita, os juízes de modo geral se importariam consideravelmente com a opinião do povo ou de determinados grupos da sociedade sobre as suas decisões³¹. Nessa perspectiva, o desejo consciente, ou às vezes inconsciente, de adquirir maior respeito e admiração influenciaria os decisores judiciais, em larga ou pequena escala, na realização de suas escolhas jurisdicionais³².

³¹ Consoante LAWRENCE BAUM e NEAL DEVINS (BAUM, Lawrence e DEVINS, Neal. Why the Supreme Court Cares About Elites, Not the American People. In: *Faculty Publications College of William & Mary Law School*, Paper 1116, 2010, p. 1.529): “For reasons we will now detail, Supreme Court Justices are not the ‘Spock-like judges of the dominant models [who] have no interest in public approval as an end in itself’; instead, Supreme Court Justices, like other people, ‘care a great deal about what people think of them.’”

³² NOVELINO, Marcelo. A influência da Opinião Pública no comportamento judicial dos membros do STF, p. 295.

Em outro norte, de acordo com a *hipótese de legitimidade institucional*³³ entende-se que por tratarem de órgãos jurisdicionais que possuem particularidades políticas, as cortes constitucionais seriam instituições cuja autoridade dependeria em certa medida do grau de confiança e respeito que suas decisões irradiam no meio social. Por essas razões, os juízes constitucionais se veriam influenciados em questões fracturantes a tomar decisões que possuam respaldo popular, uma vez que a conquista de prestígio por suas instituições contribuiria diretamente para a manutenção do seu próprio poder³⁴.

Ainda, noutra perspectiva, consoante a *hipótese de influência indireta* a doutrina considera que devido ao fato de as nomeações dos juízes constitucionais ocorrerem na maior parte dos Estados com a participação dos Poderes Legislativo e/ou Executivo, e também de os representantes desses poderes serem eleitos pelo voto popular, haveria uma natural tendência para que esses juízes representem as preferências ideológicas da maioria que se consolidou vencedora nas urnas. Isso porque, de acordo com um encadeamento lógico de interesses, os representantes políticos presumivelmente indicariam juízes constitucionais que possuem alguma afinidade com as suas ideologias que, conseqüentemente, representaria a ideologia dominante da população que elegeu esses representantes políticos³⁵.

Por fim, outra teorização que permite conjecturar a existência de influência da opinião pública sobre os juízes constitucionais advém da chamada *hipótese da socialização política*³⁶. Nessa, procura-se demonstrar que os juízes constitucionais estão suscetíveis às mesmas influências sociais e valorativas que os demais indivíduos da sociedade justamente por interagirem, enquanto cidadãos, nos mesmos processos coletivos de formação de opinião. De acordo com ela, o posicionamento dos juízes constitucionais seria influenciado, não diretamente pela opinião pública já formada e consolidada, mas sim pelo compartilhamento prévio de elementos formadores de opinião com os outros indivíduos da comunidade³⁷.

³³ Cfr. NOVELINO, Marcelo. A influência da Opinião Pública no comportamento judicial dos membros do STF, pp. 290-294.

³⁴ MISHLER, William e SHEEHAN, Reginald S. Response: Popular Influence on Supreme Court Decisions. In: *The American Political Science Review*, v. 88, n. 3, 1994, p. 717.

³⁵ Cfr. NOVELINO, Marcelo. A influência da Opinião Pública no comportamento judicial dos membros do STF, p. 296; EPSTEIN, Lee e MARTIN, Andrew D. Does public opinion influence the Supreme Court? Possibly yes (but we're not sure why). In: *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, v. 13, n. 263, 2010, p. 270.

³⁶ NOVELINO, Marcelo. A influência da Opinião Pública no comportamento judicial dos membros do STF, p. 299.

³⁷ MISHLER, William e SHEEHAN, Reginald S. The Supreme Court as a Counter-majoritarian Institution? The Impact of Public Opinion on Supreme Court Decisions, p. 270.

De maneira evidente, percebe-se que as principais hipóteses formuladas pela doutrina para justificar a usual convergência de posicionamentos entre cortes constitucionais e opinião pública são baseadas fundamentalmente em conjecturações e proposições especulativas, e não em dados empíricos ou em premissas universalmente verificáveis. Não se logra, com elas, comprovar que a opinião pública influencie de fato as decisões proferidas pelos juízes constitucionais, mas senão demonstrar que, por diversas e distintas razões, opinião pública e cortes constitucionais podem consentir quanto à melhor solução para uma questão jurídica sem que tal fato resulte obrigatoriamente em parecer conclusivo a respeito da existência de interferências externas sobre o resultado dos procedimentos jurisdicionais.

Malgrado, não se pretende afirmar que os juízes constitucionais, em sua atuação jurisdicional, devam se alijar das interpretações do Direito realizadas pelos múltiplos intérpretes da Constituição existentes na sociedade, e, tampouco, se afirmar que as atividades jurisdicionais devam ser exercidas sem observância à realidade constitucional ou aos fatos sociais. Em outro sentido, o que se assevera é que juízes constitucionais não devem ser influenciados por fatores extrajurídicos, apesar desses fatores poderem ser incorporados ao direito – enquanto elementos factuais de sua composição tridimensional – quando considerados relevantes para auxiliarem na resolução de litígios³⁸.

Considerando que a abertura midiática de uma Corte constitucional intensifique as relações comunicativas entre o órgão jurisdicional e a opinião pública, e, por conseguinte, amplie os laços e percepções comunicativas de um sujeito sobre o outro, seria razoável conjecturar que a implementação do modelo de transparência máxima pode potencializar a influência supostamente exercida pela opinião pública sobre os juízes constitucionais de tal modo que prejudique com maior magnitude a independência e imparcialidade desses magistrados?

³⁸ As conclusões prefaciais da Teoria Tridimensional do Direito de MIGUEL REALE servem para alertar que interpretações não oficiais do Direito – ou consensos da opinião pública – só podem ser tratados como elementos jurídicos quando suscetíveis de incorporação ao fenômeno jurídico enquanto componente da realidade fática de sua tridimensionalidade. Isto é, enquanto influência externa, a opinião pública não tem nenhuma legitimidade para interferir na atividade jurisdicional. É admissível, no entanto, reconhecê-la como elemento de composição do Direito quando considerada um elemento fático aplicável para a resolução de um litígio. Nessas circunstâncias, deixam de ser propriamente influências exteriores para se transformarem em dados interiores do fenômeno jurídico. Cfr. REALE, Miguel. Linha Evolutiva da Teoria Tridimensional do Direito. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Paulo*, v. 88, pp. 301-312 e REALE, MIGUEL. *Filosofia do Direito*. 19ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 497 e ss.



2.3 A abertura midiática e a suposição de prejudicialidade à imparcialidade, serenidade e neutralidade dos juízes

Os principais argumentos utilizados por célebres juristas para fundamentarem a oposição à prática adotada pioneiramente pela Corte constitucional brasileira podem ser condensados em três principais feixes³⁹. Relacionam-se ao temor de que a práxis:

- i. Prejudique ou anule a independência, serenidade e imparcialidade dos magistrados;
- ii. Encoraje os ministros a assumirem posturas altamente performáticas e teatrais;
- iii. Polarize os debates entre os juízes constitucionais, de modo a vulgarizá-los como disputas competitivas.

Por lançarem importantes questionamentos teóricos sobre as consequências perniciosas que podem ser estimuladas pela abertura do Tribunal para a mídia, examinaremos a consistência das objeções desferidas contra o modelo de publicidade e transparência inovadoramente adotado pela Corte constitucional brasileira.

Prefacialmente, no que diz respeito à elucubração de que a cobertura midiática das sessões de julgamento do Tribunal pode prejudicar a independência, imparcialidade e serenidade dos seus ministros, entendemos que a hipótese apenas pode fazer sentido, se, antes de tudo, assumirmos que a opinião pública tem poder e legitimidade para interferir diretamente no resultado das decisões jurisdicionais do Supremo Tribunal Federal.

Na perspectiva *normativa*, o ordenamento jurídico brasileiro garante plena autonomia e independência aos ministros do STF para decidirem os litígios a eles submetidos com obediência tão somente ao Direito, isto é, sem qualquer subserviência aos clamores da opinião popular ou de outros poderes públicos⁴⁰.

³⁹ Cfr. DALLARI, Dalmo de Abreu. Publicidade, vedetismo e deslumbramento. In: *Observatório da Imprensa*, 21 de janeiro de 2014, ano 18, nº 828. Disponível em: <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/_ed782_publicidade_vedetismo_e_deslumbramento> Acesso em: 10/05/2017; SILVA, Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado Hübner. *Entre a transparência e o populismo judicial*. In: *Folha de São Paulo*, 14 de maio de 2009, Opinião, p. A14. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1105200908.htm>>. Acesso em: 10/05/2017; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A TV Justiça deveria parar de transmitir ao vivo as sessões do Supremo Tribunal Federal? Sim. In: *Folha de São Paulo*, 02 de maio de 2009, Caderno Tendências / Debates, p. A3. MEDINA, José Miguel Garcia. Juízes do Supremo Tribunal Federal são midiáticos In: *Conjur*, 27 de janeiro de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jan-27/jose-miguel-medina-juizes-supremo-sao-midiaticos#_ftn1> Acesso em: 10/05/2017.

⁴⁰ A Constituição da República de 1988 estabelece como pré-requisitos para a investidura no cargo que os sujeitos indicados para o STF tenham mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, que sejam detentores de notável saber jurídico e que possuam reputação ilibada (art. 101). Ademais, com o intuito de proteger o exercício

Na perspectiva *fática*, a influência da opinião pública sobre a imparcialidade e independência dos juízes constitucionais não é uma realidade comprovável. No entanto, mesmo que optemos por aceitar no *plano fático* a premissa de que juízes constitucionais são influenciados pela opinião pública e desconsideremos no *plano normativo* que o direito pátrio rejeita a legitimidade dessa influência, continua a parecer melhor que os procedimentos decisórios realizados pelas cortes constitucionais sejam expostos com publicidade otimizada se quisermos preservar a independência, imparcialidade e serenidade dos seus juízes.

Como leciona a doutrina, os comandos normativos que determinam que as decisões judiciais devam ser públicas e motivadas geram a possibilidade de se aferir nas situações concretas a verossimilhança da neutralidade do juiz, a conformidade legal de seus atos decisórios, a forma como se dão suas escolhas valorativas para aplicar conceitos jurídicos indeterminados, bem como permitem examinar-se de que modo os julgadores avaliam as questões de fato e de direito a eles submetidas, e se regras que proíbem a apreciação de elementos processualmente vetados são observadas⁴¹.

207

Aceita a premissa de que, empiricamente, juízes constitucionais são influenciados pela opinião pública, a necessidade de se concretizar otimizada o princípio da publicidade parece-nos ainda mais imperativa, já que, com ou sem transmissão midiática, reconhecer-se-ia que os magistrados estão constantemente suscetíveis a interferências de influências externas.

Com a ampla publicização, eventuais desvios extrajurídicos ocorridos nas condutas dos magistrados passam a ser expostos para toda a sociedade com ampla difusão. Havendo menor publicidade e transparência, ficam menos evidentes ou até ocultos para a apreciação popular.

Noutro viés, a suposição de que o televisionamento das sessões de julgamento possa estimular condutas performáticas ou teatrais por parte dos magistrados não nos parece uma preocupação relevante. Não é possível se afirmar que a presença de câmeras de televisão necessariamente impulsiona juízes a terem significativas e negativas alterações comportamentais. Ao ter consciência do alargamento do número de receptores das suas deliberações, pode ser que esses juízes tenham maior cuidado comunicativo ao se

das suas funções com independência e imparcialidade, a Lei Maior garante a todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios (art. 95, I, II, III) bem como assegura autonomia financeira e administrativa para todo o Poder Judiciário (art. 99).

⁴¹ ALMADA, Roberto José Ferreira de. *A garantia processual da publicidade*, p. 88.



pronunciarem, ou mesmo que mudem a forma convencional de se expressarem, no entanto, isso não vem a ser necessariamente prejudicial ao Direito⁴².

O problema talvez possa ter mais relevância nos países em que os juízes constitucionais assumem o cargo por mandatos temporários. Nesses Estados, a emersão das cortes constitucionais nos meios de comunicação pode incitar os magistrados a terem comportamentos contrários à conduta de reserva que deles se espera. Considerando-se que no longo prazo essas autoridades não estarão permanentemente garantidas na função, a ampla visibilidade que as coberturas midiáticas proporcionam pode ser percebida como uma oportunidade para a adoção de condutas autopromocionais, no entanto, é evidente que suposta adesão a um modelo comportamental dessa natureza é absolutamente incompatível com os preceitos éticos, jurídicos e morais que orientam a atuação profissional de juízes.

Por esta razão, não entendemos razoável supor que a possível atratividade a desvios comportamentais que a cobertura midiática pode estimular possa ser vista como razão impeditiva para a consolidação da prática. Ainda que os referidos desvios de conduta possam se tornar mais “recompensáveis”, eles não deixarão de ser comportamentos de exceção, cabalmente contrários à deontologia profissional do cargo público para o qual essas autoridades são investidas.

Por fim, a ideia de que a ampla exposição das sessões de julgamento de uma Corte constitucional contribua para a espetacularização do ambiente judicial, e também para a polarização ideológica dos debates nele desenvolvidos, não nos parece consistente para justificar a proscrição da prática.

Certamente, nos litígios de grande repercussão social é comum que os meios de comunicação de massa deem atenção redobrada para os acontecimentos ocorridos nos foros judiciais. Não obstante, a cobertura desses fatos não transmuda a substância dos atos jurisdicionais para atos políticos, e, tampouco lhes transforma em espetáculos cênicos para entretenimento de espectadores.

A possível evidenciação de diferentes perspectivas adotadas por dois ou mais juízes constitucionais como a melhor solução para os litígios *sub judice*, ao contrário de polarizar os debates judiciais em confrontos ideológicos, serve para demonstrar aos espectadores a realidade

⁴² A alteração no uso da linguagem pode inclusive ser vista como um aspecto positivo das transmissões por aproximar, o quanto possível, os jurisdicionados das questões jurídicas por meio de uma comunicação mais apreensível.



verossímil de que o direito não se trata de uma ciência exata e que, eventualmente, as decisões jurídicas são proferidas sem o consenso de todos os integrantes da Corte⁴³.

A difusão fidedigna dos procedimentos que o constituinte elegeu como os melhores para solucionar as controvérsias constitucionais, além de dar transparência às sessões deliberativas do órgão competente, consoma otimizada o dever estatal de fornecer aos cidadãos prestações informacionais positivas, orientando-lhes política e juridicamente sobre as divergências interpretativas existentes no Tribunal.

O verdadeiro receio que a abertura das sessões do Supremo Tribunal Federal para os meios de comunicação desperta não é propriamente a fragilização da independência e imparcialidade de seus magistrados, mas sim a intensificação de possibilidades concedidas à mídia comercial para que distorça os acontecimentos ocorridos na Corte, a fim de que os litígios sejam decididos em conformidade com seus interesses particulares⁴⁴. Nada que a

⁴³ Parece haver um medo exacerbado do homem das Ciências Jurídicas de admitir que sua ciência nem sempre é exata, e que, de algum modo, ela não foge a alguma subjetividade inerente aos seres humanos. O confronto de ideias é um fenômeno natural do Direito e não nos parece que deva ser mascarado para garantir a autoridade dos tribunais.

⁴⁴ De acordo com pesquisas elaboradas por acadêmicos brasileiros, somente oito grupos familiares controlam quase que a totalidade dos setores de rádio e televisão no Brasil. Se agregarmos ainda outros grupos familiares com substancial domínio sobre revistas, jornais, portais de internet e TV por assinatura chega-se ao índice aproximado de que quase 90% da mídia brasileira é controlada por 15 grupos familiares. LIMA, Venício A. de. *Mídia: teoria e política*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004 e AZEVEDO, Fernando Antônio. *Democracia e mídia no Brasil: um balanço dos anos recentes*. In: *Mídia e Democracia*. (Org.) Jefferson O. Goulart. São Paulo: Annablume Editora, 2006, pp. 34-35. Nesse cenário é natural que irrompam vozes defendendo a necessidade de se garantir certa blindagem do Judiciário em relação à influência da mídia e da opinião pública com lastro no temor de que estes meios de comunicação possam interferir no posicionamento dos juízes constitucionais. Não obstante, de acordo com o que já se afirmou alhures, discorda-se destas posições radicais por se acreditar que a exposição dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal não redundará em uma necessária invasão à autonomia dos juízes para julgarem e decidirem as questões a eles submetidas, porquanto as suas garantias constitucionais permanecem incólumes. Apartando-se daqueles que devido a uma desconfiança nos sistemas de mídia (por serem controlados por pequenos oligopólios) justificam uma menor publicização dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, entende-se que o temor sobre um “quarto poder” (POPPER, Karl e CONDRY, John. *Televisão: Um perigo para a democracia*. 4ª Edição. Lisboa: Gradiva, 2012, p. 29) não pode ser justificativa apta para cercar a densificação e a concretização do direito a informação devido à possibilidades hipotéticas de cometimento de abusos. É inequívoco que certas características de desenvolvimento da mídia podem *a priori* ser mais benéficas ou menos benéficas para a vida democrática, social, jurídica, e política de um país, *v.g.*, o desenvolvimento de órgãos de imprensa pública (e não apenas órgãos de imprensa estatais ou particulares), a real existência de pluralidade de conteúdo na oferta de informações, a regulamentação da reponsabilidade civil e penal dos meios de comunicação, entre outros aspectos. No entanto, concordamos com aqueles que defendem que a liberdade de imprensa deve ser a regra em Estados Democráticos, e as hipóteses de sanção, repressão e regulamentação desta atividade devem ser vistas como exceções raras e pontuais, somente necessárias para coibir o abuso na utilização do poder comunicacional.



responsabilização por abusos comunicativos apurados com o devido processo legal não seja suficiente para coibir nos termos da lei⁴⁵.

Por já serem essencialmente públicas no Brasil, o que a transmissão integral e ao vivo das sessões de julgamento do Supremo Tribunal evita é justamente que jornalistas, ou um número restrito de pessoas, tenham o monopólio de acesso a todos os acontecimentos ali ocorridos⁴⁶.

Como bem alerta a doutrina, supor que a presença continuada de câmeras em uma Corte facilite a prática de atos descontextualizadores ou manipulativos por parte da imprensa pode ser um erro crasso. O difundido perigo de distorção pode ser significativamente maior quando se permita apenas a difusão posterior de partes dos julgamentos em peças jornalísticas editadas⁴⁷.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As cortes constitucionais somente desenvolvem sua função comunicativa, satisfatoriamente, quando fornecem condições para que seus destinatários apreendam efetivamente o teor de suas decisões, isto é, quando concretizam de maneira otimizada o princípio de publicidade e transmitem informações em linguagem acessível aos seus jurisdicionados.

Para consumarem o dever de transparência, não basta que os Estados publiquem informações sobre assuntos públicos por intermédio de instrumentos insuficientes para promover a apreensão daquilo que se difunde. Em consonância com o atual estágio de desenvolvimento das ferramentas de comunicação, é de se esperar que o dever de transparência seja concretizado por meio de mecanismos hábeis a disponibilizar informações em uma perspectiva não apenas formal, mas também substancial.

⁴⁵ Como qualquer outro direito fundamental, os direitos de comunicação social e/ou expressão não são ilimitados, mas devem se compatibilizar também com outros direitos assegurados nas constituições.

⁴⁶ A ressaltar o valor da transparência e da possibilidade de acesso direta aos fatos ocorridos nas sessões judiciais, a doutrina norte-americana vide WEST, Sonja R. The Monster in the Courtroom. In: *The Brigham Young University Law Review*, n. 6, 2012, pp. 1966-1967.

⁴⁷ Cfr. CASTRO, Raquel Alexandra Brízida. O Estatuto Constitucional dos Media e as Exceções ao Princípio da Publicidade da Actuação dos Poderes Públicos. In: *Media, Direito e Democracia: I curso pós-graduado em direito da comunicação*. (Coords.) Carlos Blanco de Moraes, Maria Luísa Duarte, Raquel Alexandra Brízida Castro. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 75-76.



Nesse sentido, esses órgãos de cúpula possuem uma obrigação institucional de pronunciarem as razões de suas decisões de modo compreensível para os titulares do poder constituinte. Se em Estado Democrático todo poder emana do povo, cabem a esses órgãos de cúpula ser inteligíveis em seus pronunciamentos, de maneira a demonstrar explicitamente, quais são os fundamentos dos acordos ou dos desacordos que compõem e caracterizam as suas decisões.

A abertura das sessões de julgamento de uma Corte constitucional para os meios de comunicação de massa intensifica inquestionavelmente as relações comunicativas entre esses órgãos de jurisdição e a opinião pública. Não obstante, não é possível extrair dessa abertura midiática uma relação consequencial de recrudescimento do poder de influência da opinião pública sobre a autonomia das cortes constitucionais.

Enquanto órgãos de Poder autônomos, sejam eles pertencentes ou não à estrutura do Poder Judiciário, as cortes constitucionais devem apreciar os litígios a elas submetidos com independência e imparcialidade. Obviamente, o modo como os juízes constitucionais são indicados, as diferentes garantias a eles asseguradas e o grau de proteção com o qual se salvaguardam essas prerrogativas podem culminar em modelos mais ou menos suscetíveis a interferências de influências externas.

A exposição pública das sessões de julgamento das cortes constitucionais em veículos de comunicação com considerável alcance difusivo gera a possibilidade de se aferir, otimizada, como se dão as escolhas valorativas dos juízes para aplicar conceitos jurídicos indeterminados, como eles avaliam as questões de fato e de direito a eles submetidas, de que maneira os votos e argumentos dos seus pares são considerados, dentre outros benefícios que os meios de publicidade tradicionais não conseguem proporcionar com a mesma vivacidade, fidedignidade e alcance comunicativo.

Supor, categoricamente, que a gravação integral pelos meios de comunicação de massa das sessões de julgamento realizadas por uma Corte constitucional facilite a prática de atos descontextualizadores ou manipulativos dos acontecimentos ocorridos nos órgãos é um erro. O perigo de distorção ou perversão dos fatos pode ser significativamente maior quando apenas se permita a difusão dos julgamentos em partes ou quando se proíba a sua transparencialização.

REFERÊNCIAS

ABDO, Helena. *Mídia e processo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ADORNO JUNIOR, Hélcio Luiz; SILVA, José Luiz Pereira. A linguagem jurídica como importante instrumento de efetivação da justiça. *Revista de direito constitucional e internacional*, v. 18, n. 72, jul./set. 2010.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, v. 217, 1999.

ALLPORT, Floyd H. *Toward a science of public opinion. Public opinion and propaganda: a book of readings*. Nova York: Holt, Rinehart and Winston, 1954.

ALMADA, Roberto José Ferreira de. *A garantia processual da publicidade*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2005.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *O judiciário ao alcance de todos: noções básicas de Juridiquês*. 2ª Edição. Brasília: AMB, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BAUM, Lawrence e DEVINS, Neal. Why the Supreme Court Cares About Elites, Not the American People. *Faculty Publications College of William & Mary Law School*, Paper 1116, 2010.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 6ª Edição. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

BORTOLAI, Luis Henrique; TARTUCE, Feernanda. Ênfase na disseminação de conhecimento jurídico em prol do efetivo acesso à justiça. In: *Processo e ideologia*. São Paulo: LTr, 2015.

CALIXTO, Clarice Costa. Direito e Mídia: Linguagem e Poder no Mercado de Discursos Públicos. *Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade*, Santa Maria - RS. Anais. v. 2012, 2012.

CASTRO, Raquel Alexandra Brízida. O Estatuto Constitucional dos Media e as Exceções ao Princípio da Publicidade da Actuação dos Poderes Públicos. In: MORAIS, Carlos Blanco de; DUARTE, Maria Luísa; CASTRO, Raquel Alexandra Brízida (Coords.). *Media, Direito e Democracia: I curso pós-graduado em direito da comunicação*. Coimbra: Almedina, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Publicidade, vedetismo e deslumbramento. In: *Observatório da Imprensa*, 21 de janeiro de 2014, ano 18, nº 828. Disponível em:

<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/_ed782_publicidade_vedetismo_e_d_eslumbramento> Acesso em: 10/05/2017.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Vocabulário de direito processual. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2000.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

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

EPSTEIN, Lee e MARTIN, Andrew D. Does public opinion influence the Supreme Court? Possibly yes (but we're not sure why). *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, v. 13, n. 263, 2010.

FARIAS, Paulo José Leite. A dimensão comunicativa da Suprema Corte. In: *Revista de informação legislativa*, v. 33, n. 131, jul./set. 1996.

GÓMEZ, Luís Aníbal. *Opinión pública y medios de diffusion*. Quito: Cespal, 1982.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 4ª Ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Soberania Popular como Procedimento*. São Paulo: Novos Estudos CEBRAP, n. 26, 1990.

INNERARITY, Daniel. *O novo espaço público*. Lisboa: Editorial Teorema, 2010.

LAGES, Margarida. Os desafios da linguagem jurídica para uma comunicação eficiente. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, v. 55, n. 85, jan./jun. 2012.

LEITE, André Ribeiro. Aspectos da legitimidade para a composição e designação de juízes de tribunais constitucionais no direito comparado. In: *Revista brasileira de direito comparado*. Rio de Janeiro, n. 37, 2009.

LIMA, Venício A. de. *Mídia: teoria e política*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004 e AZEVEDO, Fernando Antônio. *Democracia e mídia no Brasil: um balanço dos anos recentes*.



In: GOULART, Jefferson O. (Org.). *Mídia e Democracia*. São Paulo: Annablume Editora, 2006.

MCGUIRE, Kevin T.; STIMSON, James A. The Least Dangerous Branch Revisited: New Evidence on Supreme Court Responsiveness to Public Preferences. *The journal of politics*, v. 66, n. 4, nov. 2004.

MEDINA, José Miguel Garcia. Juízes do Supremo Tribunal Federal são midiáticos In: *Conjur*, 27 de janeiro de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jan-27/jose-miguel-medina-juizes-supremo-sao-midiaticos#_ftn1> Acesso em: 10/05/2017.

MISHLER, William; SHEEHAN, Reginald S. The Supreme Court as a Countermajoritarian Institution? The Impact of Public Opinion on Supreme Court Decisions. *The American Political Science Review*, v. 87, n. 1, 1993.

MISHLER, William; SHEEHAN, Reginald S. Response: Popular Influence on Supreme Court Decisions. In: *The American Political Science Review*, v. 88, n. 3, 1994.

MOREIRA, Barbosa. A justiça no limiar de novo século. In: *Revista forense*, v. 319, jul/ago/set. 1992.

MOZDZENSKI, Leonardo Pinheiro. Desconstruindo a linguagem jurídica: multidimensionalidade e argumentatividade visual nas cartilhas de orientação legal. *Veredas Revista de Estudos Linguísticos*, v. 8, 2004.

NORPOTH, Helmut; SEGAL, Jeffrey A. Comment: Popular Influence on Supreme Court Decisions. *The American Political Science Review*, v. 88, n. 3, 1994.

NOVELINO, Marcelo. A influência da Opinião Pública no comportamento judicial dos membros do STF. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: Juspodivm, 2013.

PEREIRA, Rodolfo Viana, *Direito Constitucional Democrático: Controle e Participação como Elementos Fundantes e Garantidores da Constitucionalidade*. 2. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. Pela simplificação da linguagem jurídica: ninguém valoriza o que não entende. *Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal*, n. 11, 2009.

POPPER, Karl e CONDRY, John. *Televisão: Um perigo para a democracia*. 4. Edição. Lisboa: Gradiva, 2012.

REALE, MIGUEL. *Filosofia do Direito*. 19ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. Linha Evolutiva da Teoria Tridimensional do Direito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Paulo*, v. 88.



ROMAN, Flávio José. O Supremo Tribunal Federal brasileiro e outros tribunais constitucionais sul-americanos: breve estudo comparado. *Revista de direito constitucional e internacional*, v. 15, n. 58, jan./mar. 2007.

ROMAN, Jakobson. *Linguística e comunicação*. 22. Edição, São Paulo: Cultrix, 2010.

SANTOS, Ana Catarina. *Papel político do Tribunal Constitucional: o Tribunal Constitucional (1983-2008): contributos para o estudo do TC, seu papel político e politização do comportamento judicial em Portugal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado Hübner. Entre a transparência e o populismo judicial. *Folha de São Paulo*, 14 de maio de 2009, Opinião, p. A14. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1105200908.htm>>. Acesso em: 10/05/2017.

TOLEDO, Cláudia. Teoria da argumentação jurídica. *Revista forense*, v. 104, n. 395, jan./fev. 2008.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A TV Justiça deveria parar de transmitir ao vivo as sessões do Supremo Tribunal Federal? Sim. *Folha de São Paulo*, 02 de maio de 2009, Caderno Tendências / Debates.

VIGO, Rodolfo Luís. Argumentación constitucional. In: *Revista ibero-americana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 12, jul./dic. 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; RODRIGUES, Luiz. Pequeno ensaio sobre a função da linguagem e o fenômeno jurídico. *Revista Jurídica Consulex*. Ano XI, n. 240, jan. 2007.

WEST, Sonja R. The Monster in the Courtroom. *The Brigham Young University Law Review*, n. 6, 2012.



O CONSTITUCIONALISMO POPULAR E A LEGITIMAÇÃO ATIVA NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

POPULAR CONSTITUTIONALISM AND ACTIVE LEGITIMACY IN THE CONCENTRATED CONTROL OF CONSTITUTIONALITY

Angela Baptista Balliana Kock*

Alexandre de Castro Coura**

RESUMO: O presente trabalho descreve a teoria do Constitucionalismo Popular para apontar sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, em especial, através da ampliação do rol dos legitimados para propositura das ações de controle concentrado de constitucionalidade.

ABSTRACT: This paper describes the theory of Popular Constitutionalism to point out its compatibility with the Brazilian legal system, in particular, through the extension of the role of those legitimized to bring about the actions of concentrated control of constitutionality.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo Popular. Democracia. Legitimidade ativa. Controle concentrado de constitucionalidade.

KEYWORDS: Popular Constitutionalism. Democracy. Active legitimacy. Concentrated control of constitutionality.

SUMÁRIO: Introdução. 1 O Constitucionalismo Popular. 2 Constituição e Democracia No Brasil. 3 Controle Concentrado de Constitucionalidade. 3.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade. 3.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade. 3.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. 3.4 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Considerações Finais. Referências.

217

INTRODUÇÃO

O Constitucionalismo Popular é uma teoria constitucional norte-americana, que surgiu como resposta ao ativismo conservador da Suprema Corte, no período presidido por Willian Rehnquist. Em traços gerais, avalia criticamente a supremacia judicial na prerrogativa de interpretar a Constituição e ressalta a importância dos movimentos sociais como criadores de sentido constitucional (Niembro, 2013, pp. 192/193).

Roberto O. Niembro afirma que o constitucionalismo tradicional converteu o princípio democrático em um mecanismo de seleção pelas elites, alijando os processos de comunicação pública não organizados (2013, p. 193), mas o Constitucionalismo Popular reivindica o papel

* Doutoranda em Direitos e Garantias Fundamentais pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Espírito Santo. Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Juíza do Trabalho vinculada ao Tribunal Regional do Trabalho da 17. Região.

** Pós-Doutor pela American University, Estados Unidos. Doutor em Direito Material e Processual Penal pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor de Teoria e Direitos Fundamentais no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Vitória (FDV), Espírito Santo. Ex-professor Adjunto da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Promotor de Justiça do Estado do Espírito Santo.

do povo nesta tarefa. Na experiência norte-americana, o principal mérito da Teoria talvez esteja em recuperar o sentido ativo de comunidade que se havia esquecido.

Efetivamente, o Constitucionalismo Popular revigora valores essenciais ao constitucionalismo. Fundamenta-se na efetividade do poder exercido pelo povo, como premissa do regime democrático, inclusive no desempenho do papel de atribuir sentido às normas constitucionais instituídas.

O legítimo exercício do poder popular também é um valor essencial para o ordenamento brasileiro. Afinal, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, onde todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição Federal – artigo 1º da CF.

Na nossa experiência social, a tarefa de interpretar a Constituição é exercida pelos três Poderes, nos seus atos e práticas rotineiros, mas ao Poder Judiciário cabe a prerrogativa especial de dirimir os eventuais conflitos na compreensão das normas e dar a palavra final nas controvérsias que envolvem dispositivos ínsitos na Constituição.

Cerqueira Neto aponta pretérita repercussão do trabalho de Peter Häberle no Brasil, no sentido de destacar que todos aqueles que vivem sob uma determinada Constituição também são responsáveis por interpretá-la (2015, p. 02). Não há fundamentação teórica para restringir a interpretação jurídica sobre a Constituição aos juízes e tribunais. Não uma que seja verdadeiramente democrática.

A interpretação complementa a norma, a traduz, lhe confere sentido. Aplicada a antiga máxima, *in eo quod plus est semper inest et minus*, se foi o povo brasileiro que instituiu Assembleia Nacional Constituinte para elaborar uma Constituição e instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias – Preâmbulo da Constituição Federal, o titular desse poder também pode aplicar inteligência na compreensão do sentido das normas

A doutrina não vislumbra aplicação do Constitucionalismo Popular no Brasil. Cerqueira Neto narra experiências lançadas em outros países, como Israel, Índia, África do Sul e Colômbia (2015, p. 05). Na Colômbia, o instrumento correspondente ao implemento da Teoria é a chamada Ação Pública de Inconstitucionalidade, que pode ser proposta por qualquer um do

povo. Como se verá adiante, trata-se de uma linha mais moderada do Constitucionalismo Popular.

Contudo, analisando a experiência brasileira, pode-se constatar uma tendência de democratização na legitimação ativa para propositura das ações de controle concentrado de constitucionalidade, que são instrumentos de interpretação constitucional e de garantia dos direitos fundamentais.

O presente trabalho pretende demonstrar que a ampliação da legitimação ativa para propositura dos remédios de controle concentrado de constitucionalidade no Brasil é compatível com os pressupostos democráticos do Constitucionalismo Popular e pode contribuir para o aperfeiçoamento e democratização do sistema jurídico brasileiro.

1 O CONSTITUCIONALISMO POPULAR

O Constitucionalismo Popular é uma teoria constitucional que recusa a premissa de que o judiciário é ou deve ser a autoridade que dá a palavra final sobre o sentido da Constituição. Assevera que há interpretação da Constituição fora das cortes e a supremacia judicial tem comprometido essa percepção e, conseqüentemente, o pleno exercício da cidadania (Cerqueira Neto, 2015, p. 02).

Roberto Niembro acrescenta que as Cortes Constitucionais são predominantemente conservadoras, pouco permeáveis aos legítimos anseios populares (2013, p. 198). A primazia judicial afasta o cidadão, que é levado a pensar nesse monopólio como algo inexorável, esquecendo que a opção por um ou outro mecanismo de controle de constitucionalidade é uma decisão do próprio povo, através da sua Constituição.

Há duas importantes vertentes do Constitucionalismo Popular: o Constitucionalismo Popular Democrático e o Constitucionalismo Popular Mediado, na esteira das ponderações lançadas por Post - Siegel e Friedman, respectivamente.

No Constitucionalismo Popular Democrático, a legitimidade de uma Constituição decorre de sua habilidade de ser reconhecida pelos cidadãos. Essa vertente teórica se sustenta no ativismo popular, na atuação dos movimentos sociais, na prerrogativa popular de apresentar interpretações constitucionais e manifestar oposição ao governo que não as respeita.

Por seu lado, o Constitucionalismo Popular Mediado vê o controle judicial como justificável e compatível com a vontade popular, uma vez que os tribunais interagem com a sociedade e exercem o papel que o povo permite. A atuação das cortes constitucionais não exclui a cidadania e deve servir para algo além de expressar as preferências populares imediatas, sob pena de ser equiparada à política comum.

Qualquer que seja o modelo, o Constitucionalismo Popular é uma proposta teórica que sugere repensar o papel do povo e dos juízes como intérpretes constitucionais. Temos adotado um constitucionalismo fortemente elitista, que não respeita os movimentos sociais e ignora que a democracia não é algo que se dá ou concede. É um movimento na direção da liberdade de todos (Niembro, 2013, p. 223).

Também importantes são as considerações de Bolonha, Zettel e Rangel acerca da visão de Rawls sobre o tema (2014, p. 184). O Judiciário não poderia atender aos princípios de uma Constituição Popular, que somente seriam efetivados através do Legislativo, vez que ao povo foi conferido o poder de interpretar e estabelecer as características essenciais à ordem democrática. No caso, trata-se do poder conferido ao povo da forma indireta, através dos seus representantes legislativos. Os referidos autores destacam que Rawls defende que “há questões políticas quando há envolvimento dos princípios de justiça, estabelecidos pelos cidadãos como valores tão essenciais que, em uma sociedade bem-ordenada, sobre eles recai um consenso razoável” (2014, p. 185).

Em outro ponto, vislumbram que o Constitucionalismo Popular busca os “valores políticos centrais à ordem democrática na interpretação do sentido da Constituição” para verificar se as instituições os atendem. Valores essenciais seriam verdadeiros consensos, “princípios de justiça devem ser tomados como critérios legitimatórios apriorísticos à própria ordem constitucional” (Bolonha, Zettel e Rangel, 2014, p. 185).

No artigo intitulado *As teorias do constitucionalismo popular e do diálogo na perspectiva da jurisdição constitucional brasileira*, Rodrigo Cardoso afirma que o “grande desafio para essas teorias é articular dinâmicas alternativas para o controle de constitucionalidade, através de um compartilhamento de poder, que integre efetivamente o Legislativo, o Executivo e a comunidade no processo de interpretação constitucional”. Destaca a importância de reconhecer “o peso institucional da participação popular, ampliando os espaços públicos de deliberação sobre o significado da Constituição” (2014, p. 226).

Assim, traçadas essas sucintas considerações sobre a Teoria Constitucional em apreço, cumpre verificar as concepções de democracia e controle de constitucionalidade adotadas pelo ordenamento brasileiro.

2 CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA NO BRASIL

O princípio democrático encontra-se expressamente adotado pelo regime político brasileiro, um Estado Democrático de Direito fundamentado na soberania popular, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político – artigo 1º da Constituição Federal.

Na lição de José Afonso da Silva (2015, p. 127):

Democracia é conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do evoluir social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático. Mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história.

221

A democracia arrima-se essencialmente na soberania popular e na participação política, direta ou indireta, no poder. As técnicas que usa para concretizar esses princípios são variáveis no tempo e espaço. Hoje, vale-se das técnicas eleitorais e do sistema partidário, mas pode e deve acompanhar as características do momento histórico.

Democracia é mais do que forma de governo: “é regime, forma de vida e, principalmente, processo”. Governo do povo significa que este “é fonte e titular do poder, de conformidade com o princípio da soberania popular que é, pelo visto, o princípio fundamental de todo o regime democrático”. Governo pelo povo quer dizer “governo que se fundamenta na vontade popular, que se apoia do consentimento popular; governo democrático é o que se baseia na adesão livre e voluntária do povo à autoridade, como base da legitimidade do exercício do poder”. Governo para o povo é “aquele que procure liberar o homem de toda imposição autoritária garantir o máximo de segurança e bem-estar” (Silva, 2015, p. 137).

Luís Roberto Barroso traceja histórico do conceito de soberania (2013, pp. 127-131):

1. Nas sociedades primitivas, o poder se legitimava na força bruta: “A capacidade de um indivíduo sobrepujar fisicamente os demais conferia-lhe ascendência sobre o grupo”. A supremacia física lhe dava “capacidade de melhor proteger a coletividade contra as ameaças externas, fossem as da natureza, as dos animais ou as de outros grupos humanos” e isso o referendava diante do seu grupo social.

2. O caráter divino do poder “foi outro fundamento histórico da sua justificação. Pelos séculos afora, a titularidade do poder máximo, do poder constituinte, recaía diretamente sobre Deus” e, conseqüentemente, sobre quem o representava na coletividade. Em certas sociedades, a soberania do monarca era associada à escolha e concessão de Deus.

3. Após as Revoluções Francesa e Americana, com a fundação do Estado moderno, foi concebida a soberania nacional e a criação de um poder constituinte cujo titular era a nação. Com tal teoria, “subtraía-se o poder constituinte tanto do monarca como um dos poderes constituídos. Ao combinar poder constituinte com sistema representativo, Sieyès admitiu que a constituição fosse elaborada não diretamente pelo povo” e sim por meio de uma assembleia constituinte que representasse a nação.

4. Por fim, foi concebida a teoria da soberania popular: o poder constituinte titularizado pelo povo. “Foi esse fundamento invocado desde a primeira hora para o constitucionalismo americano”. O princípio da soberania popular e a “locução inicial do preâmbulo da constituição dos Estados Unidos - *'We are the people'* -, estando inscrito, igualmente, no preâmbulo da Constituição alemã, de 1949, e na francesa, de 1958, em meio a inúmeras outras”. Também na Constituição Brasileira de 1988, no preâmbulo: “Nós, representantes do povo brasileiro”.

Barroso conclui, reforçando que é a soberania popular que atribui poderes ao poder constituinte. Concluída a obra, “o poder constituinte retorna ao seu estado de latência, cedendo lugar à norma por ele criada. A Constituição passa a ser a lei suprema e os poderes do Estado passam a ser poder constituído. Por esse mecanismo, a soberania popular se converte em supremacia da Constituição” (2013, p. 131).

3 CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

O Brasil adota sistema híbrido de controle de constitucionalidade, inspirado nos modelos anglo-saxão e europeu-continental, de forma que, funcionam simultaneamente: o



controle difuso, procedido por qualquer autoridade judiciária, com efeitos limitados às partes, e o controle concentrado, exercido através de quatro tipos de instrumentos jurídicos, em regra, intentados perante o Supremo Tribunal Federal e que produzem efeitos *erga omnes*: a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Nosso controle de constitucionalidade é jurisdicional e foi instituído com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891: adotou o critério de controle difuso por via de exceção que perdurou nas sucessivas Constituições. Posteriormente, foram introduzidos novos elementos e, aos poucos o sistema se afastou do puro critério difuso, com adoção de características do método concentrado (Silva, 2015, p. 82).

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 trouxe três inovações: a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, a regra de que somente por maioria absoluta dos votos os membros dos tribunais poderiam declarar a inconstitucionalidade e a estipulação da competência do Senado Federal para suspender a execução de lei ou ato declarado inconstitucional por decisão do Supremo Tribunal Federal. Tais inovações foram definitivamente incorporadas ao direito constitucional brasileiro (Silva, 2015, p. 84).

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil 1946 trouxe outras duas outras novidades: criou uma modalidade de ação direta de inconstitucionalidade de amplitude geral e atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência para atos normativos federais ou estaduais, com legitimação exclusiva do Procurador-Geral da República. Também autorizou lei que atribuísse aos tribunais de justiça a competência originária para conhecer e julgar conflito de constitucionalidade de lei ou ato municipal em face das respectivas constituições estaduais (Silva, 2015, p. 86).

Por fim, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 introduziu mais três inovações: previu a inconstitucionalidade por omissão, tal como lançado no artigo 103, § 2º, ampliou a legitimidade para propositura da ação direta de inconstitucionalidade por ação ou omissão - artigo 103 da CF, e instituiu a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, tal como disposto no artigo 102, § 1º.

Posteriormente, com a Emenda Constitucional 03/1993, foi introduzida no ordenamento pátrio a Ação Declaratória de Constitucionalidade – redação do artigo 102, I, “a”, da Constituição Federal.

Seguem as principais características dos instrumentos de controle concentrado, com indicação dos legitimados para propositura e alguma referência histórica do conceito, como forma de demonstrar que a evolução neste campo aponta para a ampliação da participação popular, em sintonia com os pressupostos do Constitucionalismo Popular.

3.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade

Seu objeto é a verificação da constitucionalidade da norma atacada. Não há conflito de interesses entre partes: o requerente pede a declaração de inconstitucionalidade. Pode ser proposta perante o Supremo Tribunal Federal ou perante os Tribunais de Justiça.

A ação direta, assim, é ação em que não se tem caso concreto, julgamento de litígio e coisa julgada material *inter partes*. Constitui, como visto, ação voltada unicamente à análise de pedido de inconstitucionalidade, que deve ser feita em abstrato, tendo a sua sentença efeitos *erga omnes*, precisamente porque a constitucionalidade da norma diz respeito a todos e não a “partes”. (Sarlet, Marinoni e Mitidiero, 2012, p. 905)

224

Nas ações de competência do Supremo o parâmetro de controle é a Constituição Federal, para avaliação das leis e atos normativos federais ou estaduais. Nos Tribunais de Justiça são discutidos os parâmetros das Constituições Estaduais respectivas, para controle das leis e atos normativos estaduais e municipais (Sarlet, Marinoni e Mitidiero, 2012).

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, não são passíveis de controle “as normas constitucionais primárias. São, porém, as normas constitucionais secundárias, vale dizer, as emendas constitucionais e os tratados internacionais acerca de direitos humanos aprovados por quórum qualificado pelo Congresso Nacional” (2012, p. 921).

Esse instrumento de controle abstrato de constitucionalidade foi inserido no ordenamento brasileiro em 1965. Desse marco até a promulgação da Constituição Federal de 1988, a competência para propor ação era exclusiva do Procurador-Geral da República, na época, cargo de confiança do Presidente da República.

Mais atenta à democracia participativa, através do artigo 103, a Constituição Federal de 1988 concebeu “importante reforço à tutela da ordem jurídica e à afirmação da força normativa da Constituição”, atribuindo significativa extensão da “possibilidade de participação do próprio poder e da sociedade - ainda que de forma indireta - no controle da ordem jurídica e na

fiscalização da tutela estatal dos direitos fundamentais” (Sarlet, Marinoni e Mitidiero, 2012. p. 906).

Com efeito, o artigo 103 da Constituição Federal define competência e legitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade:

- 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;
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- 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.

3.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade

225

Outra importante via para o controle abstrato é a Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal – artigo 102, I, “a”, da Constituição Federal, em que se coloca como questão autônoma a constitucionalidade uma norma. Foi instituída pela Emenda Constitucional 03/1993.

Posteriormente, através da Emenda Constitucional 45/2004, o texto do parágrafo segundo do artigo 102 da Constituição Federal foi reformulado e recebeu a redação hoje vigente:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Questionada a necessidade de Ação Declaratória de Constitucionalidade, se pode ser tomada apenas como ação inversa à direta de inconstitucionalidade, temos como relevante que a ação declaratória tem como pressuposto uma situação de dúvida a ser eliminada por sentença declaratória. Não apenas no interesse de “eliminar a incerteza sobre a constitucionalidade mas antes de tudo no intuito de ver afirmada a constitucionalidade da norma”, com eficácia *erga omnes* e vinculante (Sarlet, Marinoni e Mitidiero, 2012, p. 958).

Se a dúvida pertinente a uma relação jurídica exsurge da contestação de uma das partes, o mesmo certamente não pode se passar em relação a uma norma. A dúvida acerca da constitucionalidade não diz respeito a participantes de uma relação jurídica ou a sujeitos previamente individualizados, mas a todos aqueles que estão submetidos ao ordenamento jurídico. Não é um cidadão ou qualquer legitimado à ação declaratória quem pode colocar em dúvida a constitucionalidade de uma norma. Em tese, a dúvida acerca da constitucionalidade de uma norma apenas pode derivar de decisões reiteradas de juízes e tribunais, da não aplicação da lei pela Administração e de autorizada posição difundida na academia (Sarlet, Marinoni e Mitidiero, 2012, p. 959).

A Emenda Constitucional 03/1993, ao criar a Ação Direta de Constitucionalidade, atribuiu legitimidade apenas ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República.

Contudo, em razão de críticas à restrição e da necessidade de ampliar a participação da sociedade, o *caput* do artigo 103 da Constituição Federal, conforme redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004, ampliou o leque de legitimados para a propositura, conferindo poderes aos mesmos atores da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

226

3.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é uma classe processual criada para suprir omissão na criação de norma que torne efetiva uma determinada regra constitucional.

A força da Constituição depende da efetivação das normas constitucionais. Os direitos fundamentais que estabelecem garantias para os cidadãos não devem ser restritos pela inércia do legislador. Esta ação volta-se para a efetividade da norma constitucional. Não examina litígio entre partes ou caso concreto, “não se falando por conta disso de sentença com efeitos para as partes, a sentença opera exclusivamente no plano normativo, possuindo efeitos *erga omnes*” (Sarlet, Marinoni e Mitidiero, 2012, p. 1.096).

Portanto, a omissão inconstitucional, objeto da ação, não decorre, necessariamente, de previsão de legislar contida em norma constitucional, mas pode advir da falta ou da insuficiência de norma, ou de prestação fático-administrativa, para proteger ou viabilizar a realização de um direito fundamental. Evidencia-se, neste momento, que o legislador não tem dever apenas quando a norma constitucional expressamente lhe impõe a edição de lei, mas também quando um direito fundamental carece, em vista da sua natureza e estrutura, de norma infraconstitucional, especialmente para lhe outorgar tutela de proteção (Sarlet, Marinoni e Mitidiero, 2012, p. 1.100).

Sua disciplina foi traçada pelo parágrafo 2º do artigo 103 da Constituição Federal: “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

A indicação dos legitimados parte do artigo 12 da Lei 9.868/1999, nos seguintes termos: “podem propor ação direta de inconstitucionalidade por omissão os legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade”.

3.4 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

As Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental são a segunda categoria de instrumento jurídico mais ajuizado no Supremo Tribunal Federal para fazer o “controle concentrado” de uma determinada norma ou ato normativo. Servem para evitar ou reparar uma violação de algum preceito fundamental da Constituição Federal¹.

Prevista pelo artigo 102, parágrafo 1º, da Constituição Federal, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi regulamentada pela lei 9.882/1999. É uma ação que “intensifica o poder de controle de constitucionalidade do Supremo. Tem como objeto editar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do poder público”, ou quando houver relevante controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal estadual ou municipal, inclusive os anteriores a Constituição Federal de 1988. Exige inexistência de outro meio processual capaz de sanar a lesão e a relevância do fundamento de controvertido (Sarlet, Marinoni e Mitidiero, 2012, p. 1.127).

A arguição de descumprimento, tal como tratada pela Lei 9.882/1999, pode ser autônoma e incidental. No primeiro caso, a questão constitucional é dirigida ao STF independentemente de caso concreto em que tenha surgido questão constitucional relevante. O controle de constitucionalidade, assim, é feito mediante ação absolutamente autônoma – desvinculada de ação concreta – levada diretamente ao STF, que, então, faz controle principal da constitucionalidade. No outro caso, a questão constitucional, para dar origem à arguição de descumprimento, tem que não apenas brotar em caso concreto em curso, como ainda ter fundamento relevante nos aspectos econômico, político, social ou jurídico (Sarlet, Marinoni e Mitidiero, 2012, pp. 1.127-1.128).

¹ Disponível em: <www.stf.jus.br/PORTAL/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=108009>. Acesso em: 05 out. 2018.

A questão da legitimidade ativa foi definida pelo artigo 2º da Lei 9.882/1999, cujo primeiro inciso dispõe que os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade do artigo 103 da Constituição Federal também são os que podem propor a Arguição de Descumprimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Constitucionalismo Popular é uma teoria fundamentada no poder exercido pelo povo na interpretação das normas constitucionais, como pressuposto da democracia. O Constitucionalismo Popular Mediado é uma das suas correntes, pautada na admissibilidade da intermediação jurisdicional constitucionalmente prevista.

A doutrina não reconhece inserção desse movimento no ordenamento brasileiro, mas a Constituição Federal de 1988 adotou a soberania popular, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o equilíbrio entre trabalho e a livre iniciativa como pilares do nosso sistema.

O povo delega poderes ao poder constituinte para formular a Constituição e *in eo quod plus est semper inest et minus*. A interpretação complementa a norma, lhe confere sentido.

A ordem jurídica brasileira exhibe tendência de expansão nos mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade, que são, inexoravelmente, instrumentos de interpretação da Constituição.

Se na Constituição de 1891 só havia previsão do controle difuso, hoje, no âmbito federal, também há instrumentos como a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, intentados ante ao Supremo Tribunal Federal e que produzem efeitos *erga omnes*.

Se a Constituição de 1946 atribuiu legitimação exclusiva ao Procurador-Geral da República para propositura de uma modalidade de ação direta de constitucionalidade, hoje, para todos os instrumentos, legitimados ativos são os atores listados no artigo 103 da Constituição Federal.

Nesses moldes, resta confirmada a similitude entre o Constitucionalismo Popular Mediado e o movimento de expansão dos instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade do modelo brasileiro e, assim, delineada a vocação democrática na



interpretação constitucional, como importante via de preservação e consolidação dos direitos e garantias fundamentais no Brasil.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

BOLONHA, Carlos; ZETTEL, Bernardo; RANGEL, Henrique. *O constitucionalismo popular em uma leitura rawlsiana*. Scientia Iuris, Londrina, v.18, n.2, p.171-187, dez.2014.DOI:10.5433/2178-8189. 2014V18n2p171.

CARDOSO, Rodrigo Mendes. *As teorias do constitucionalismo popular e do diálogo na perspectiva da jurisdição constitucional brasileira*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 6(2):218-227, julho-setembro 2014 © 2014 by Unisinos - doi: 10.4013/rechtd.2014.62.10

CERQUEIRA NETO, José Nunes. *O discurso da supremacia judicial e a resposta do constitucionalismo popular*. Direito.UnB, 2015, disponível em http://www.direito.unb.br/index.php?option=com_content&view=article&id=571:o-discurso-de-supremacia-judicial-e-a-resposta-do-constitucionalismo-popular&catid=86&Itemid=416&lang=pt

NIEMBRO O., Roberto. *Una mirada al constitucionalismo popular*. Isonomía, México, n. 38, p. 191-224, abr. 2013. Disponible en <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182013000100007&lng=es&nrm=iso>. accedido en 11 jun. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

229

Submissão: 28/04/2018

Aceito para Publicação: 31/12/2018



O TRATAMENTO DA INSEGURANÇA ALIMENTAR À LUZ DAS NORMATIVAS DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

DEALING WITH FOOD INSECURITY THROUGH THE WORLD TRADE ORGANIZATION'S RULES

Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff*

RESUMO: O alimento é um direito básico da pessoa humana, cuja satisfação deve ser promovida pelo Estado, constituindo em um dever deste, tal como positivado em diversos conjuntos normativos internacionais. Ocorre que hodiernamente, prover o alimento significa não só fornecer comida quantitativamente, como também garantir o acesso ao alimento de qualidade a todos. No entanto, as atuais regras que regulam o comércio internacional não parecem ser suficientes para auxiliar as nações na promoção da segurança alimentar, sendo esse o debate central que norteia o presente artigo. Para tanto, debate-se o Acordo sobre Agricultura firmado sob os auspícios da Organização Mundial do Comércio quanto aos seus três grandes compromissos (acesso aos mercados, apoio interno e subsídios à exportação). Na sequência, inclina-se às discussões existentes quando à sua revisão frente a crescente preocupação dos diversos atores do plano internacional para com a questão da segurança alimentar. Ao cabo, conclui-se que as últimas negociações ocorridas já demonstram uma maior preocupação no que tange a ocorrência da insegurança alimentar no plano do comércio internacional, demonstrando ser esse um foro propício para combater a falta de acesso ao alimento seguro e de qualidade, em que pese o progresso não ocorrer em passo acelerado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito ao Alimento. Segurança Alimentar. Organização Mundial do Comércio. Acordo sobre Agricultura.

SUMÁRIO: Introdução. 1 A problemática da Insegurança Alimentar. 2 As *commodities* primárias em perspectiva histórica: do GATT ao Acordo sobre Agricultura. 3 A Rodada de Doha e os Possíveis Avanços. Considerações Finais. Referências.

ABSTRACT: Food is a basic human right that must be promoted by the state, constituting an obligation as set out in several international agreements. Currently, providing food means not only to deliver food quantitatively, but also to ensure people have access to quality food. However, the current rules governing international trade do not seem to be appropriate to assist nations in upholding food security, being this the main debate of this article. Thus, the Agreement on Agriculture, signed under the auspices of the World Trade Organization, and its three major commitments (market access, domestic support and export subsidies) are discussed. Accordingly, the paper moves toward the existing debates to review such Agreement, which are a result of the growing concern about food security of the various actors in the international arena. At the end, the conclusion extracted off of the article is that the latest negotiations demonstrate a greater concern within the international trading plan regarding the existence of food insecurity, demonstrating that this is a suitable forum to address the lack of access to safe and quality food, despite of the fact that no substantial progress has been achieved.

KEYWORDS: Right to Food, Food Security, World Trade Organization, Agreement on Agriculture.

231

INTRODUÇÃO

O presente escrito tem como objetivo geral debater a temática da segurança alimentar no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC), buscando expor como esse organismo multilateral, por meio de suas regras, trata o problema da (in)acessibilidade dos alimentos. Afinal, o alimento é um item de sobrevivência humana e cuja produção, valor e disponibilidade

* Doutora em Direito Internacional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito Público pela Unisinos, Rio Grande do Sul. Professora Adjunta de Direito Internacional da Universidade Federal de Uberlândia, Minas Gerais.

tem sido alterados pela lógica distorcida do mercado oriunda da influência de alguns Estados desenvolvidos no setor agrícola.

Assim, busca-se explorar por meio desse texto o contexto procedente da crise financeira de 2007-2008, haja vista existir atualmente regras relativas à questão agrícola no Direito do Comércio Internacional, em que pese não terem as mesmas impedido certos Estados de adotar medidas individualistas para resguardar a sua soberania alimentar (em detrimento da segurança alimentar a nível global).

Nesse sentido, questiona-se: o combate à segurança alimentar no âmbito da OMC tem sido suficiente para garantir a segurança alimentar? Para responder à essa pergunta, em um primeiro momento, almeja-se exteriorizar o problema da insegurança alimentar que afeta uma parcela expressiva da população mundial. Ato contínuo, em um segundo plano, pretende-se mostrar como a questão alimentar foi primeiramente abordada pelas regras destinadas à questão agrícola no âmbito do sistema multilateral de comércio, para então, na terceira parte, explanar como esse tema foi tratado na Rodada de Doha até a Conferência de Bali, já nos auspícios da OMC, verificando os aspectos novos atinentes a essa temática.

232

Registra-se que para o desenvolvimento desse trabalho realiza-se uma revisão crítica da bibliográfica existente sobre a questão alimentar no âmbito da OMC, a fim de que se possa, através do método indutivo, verificar a veracidade da hipótese de que o combate à insegurança alimentar em nível multilateral de comércio ainda não é suficiente, sobretudo, em função do protecionismo exacerbado de alguns Estados e de suas dificuldades de ceder às tratativas.

1 A PROBLEMÁTICA DA INSEGURANÇA ALIMENTAR

O alimento é muito importante para o desenvolvimento e realização do homem. Na sua acepção mais comum, compreende “tudo aquilo que é necessário para a conservação do ser humano com vida”.¹ Portanto, compreende o acesso e a disponibilidade de itens imprescindíveis para assegurar a subsistência biológica do indivíduo, seja de propriedades sólidas (como grãos) ou líquidas (como a água).²

¹ CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 15. (Importante registrar que, por mais que se utilize uma obra de direito de família, não se está utilizando o termo ‘alimento’ na sua linguagem jurídica, a qual compreenderia, para a consecução do *necessarium vitae*, outros itens como vestuário e habitação.)

² Adota-se a visão de Flávio Valente, quem divide a questão da alimentação, da fome e da má-nutrição em três dimensões, porém, a serem aplicadas conjuntamente: a dimensão econômica (acesso à renda), a alimentar em si



Cada cultura apresenta um hábito alimentar distinto, formado a partir da disposição regional de alimentos, os quais moldam as atividades diárias e caracterizam cada comunidade.³ De acordo com a *Food and Agriculture Organization* (FAO), o “acesso a alimentos de qualidade sempre foi o objetivo do homem”, o que implica diretamente na sua produção e disponibilidade, fazendo com que a busca por novas fontes sempre estivesse presente.⁴

As trocas comerciais de alimentos entre as diferentes nações, por conseguinte, também foram importantes. Isso porque, elas não só ampliaram as possibilidades alimentares dos diferentes povos ao longo dos anos, difundindo novos hábitos e costumes, como também desenvolveram o critério de ‘produção eficiente’, fazendo com que a produção de alimentos ocorresse em locais economicamente e ambientalmente mais propícios para o seu cultivo, muito embora essa regra não impedisse a produção em outros sítios.

Afinal, a possibilidade de um país deixar de produzir alimentos, restando totalmente a mercê da produção de outros Estados, não podendo ditar a sua própria política agrícola, é uma questão relevante, eis que atinge diretamente a sua soberania.⁵ Nesse viés, se a produção, disponibilidade e qualidade dos alimentos são fundamentais para o desenvolvimento do homem e da segurança da sociedade, a sua falta é igualmente impactante.

A fome e a desnutrição são problemas extremamente preocupantes, os quais, muito embora venham decaindo na última década, ainda atingem cerca de 805 milhões de pessoas ao redor do globo.⁶ Os mais atingidos são indivíduos em países em desenvolvimento, correspondendo a 98% da população “faminta” – em especial na região da África Subsaariana, onde estão um em cada quatro indivíduos que sofrem com a fome crônica.⁷

E o prejuízo de uma dieta minimamente calórica e deficiente nutricionalmente está exatamente na probabilidade de o homem desenvolver diversos problemas de saúde, os quais

(disponibilidade de alimentos) e a biológica (estado nutricional). VALENTE, Flávio Luiz S. Fome, desnutrição e cidadania: inclusão social e direitos humanos. *Saúde e sociedade*. v. 12, n. 1, pp. 51-60, 2003, p. 53.

³ ABREU, Edeli S.; VIANA, Isabel C.; MORENO, Rosymaura; TORRES, Elizabeth A.. Alimentação mundial: uma reflexão sobre a história. *Saúde e Sociedade*. v.10, n.2, pp. 3-14, 2001.

⁴ FAO. *The Importance of Food Quality and Safety for Developing Countries*. Committee on World Food Security, mai./jun. 1999. Disponível em: <<http://www.fao.org/docrep/meeting/x1845e.htm>>. Acesso em 24 fev. 2015.

⁵ Para o conceito de ‘soberania alimentar’, cf.: SANTOS, Francis. Perspectiva para a soberania alimentar brasileira. In: DAL SOGLIO, Fábio; KUBO, Rumi Regina. *Agricultura e Sustentabilidade*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009, p. 118-119.

⁶ FAO. *Hunger Map*. 2014. Disponível em: <http://www.fao.org/fileadmin/templates/ess/foods_eurity/poster_web_001_MDG.jpg>. Acesso em 24 fev. 2015.

⁷ *Idem*.



podem levar, inclusive, à morte.⁸ Ademais, a qualidade do alimento também é importante, já que a ingestão de itens nocivos pode fazer com que o indivíduo contraia diversos tipos de doenças.⁹

Portanto, segurança alimentar, de acordo com o conceito originário da FAO, arquitetado no *World Food Summit* de 1996, significa

[ter], a todo o momento, acesso físico e econômico a alimentos seguros, nutritivos e suficientes para satisfazer as necessidades dietéticas e preferências alimentares [das pessoas], a fim de [que essas levem] uma vida ativa e sã.¹⁰

Como é possível vislumbrar, esse conceito engloba a produção constante de alimentos e a consideração deste enquanto uma *commodity* com valor econômico acessível, abarcando, ao mesmo tempo, a qualidade dos alimentos disponibilizados, cuja repercussão está no valor nutricional dos alimentos oferecidos e nas suas propriedades orgânicas.

Ocorre que as flutuações acentuadas de preço dos alimentos, tal como aquela vislumbrada com a crise de 2007-2008, impactam diretamente na consecução da segurança alimentar, haja vista a necessidade desse bem ser produzido e comercializado em alta escala para suprir as demandas globais. Conclusão essa que se chega a partir da análise contextual de outras crises mundiais anteriores a supracitada, as quais já haviam demonstrado o impulso negativo à disponibilidade dos estoques de alimentos, como em 1972-1974.¹¹

Nesse sentido, tem-se que o comércio internacional, ao invés de facilitar as trocas em meio a esses períodos crítico, acaba dificultado o acesso ao alimento por força do forte protecionismo que ronda os mercados globais de alimentos. Afinal, as regras multilaterais de comércio foram teoricamente estabelecidas para tornar as *commodities* (como os alimentos) menos distorcidas – o que não se vislumbra na prática entre os Estados.

Por exemplo, a produção de alimentos em países em desenvolvimento sofre grande concorrência dos bens agrícolas de países exportadores já desenvolvidos, notadamente em razão dos subsídios recebidos tanto para produzir como para exportar determinado bem

⁸ MONTEIRO, Carlos Augusto. A dimensão da pobreza, da desnutrição e da fome no Brasil. *Estudos avançados*. São Paulo, v. 17, n. 48, pp. 7-20, 2003, p. 7-8.

⁹ FAO. *op. cit.* (1999), p. 1.

¹⁰ FAO. *Declaração de Roma sobre a Segurança Alimentar Mundial*. 1996. Parte I - Plano de Ação, 1º parágrafo.

¹¹ HEADEY, Derek; FAN, Shenggen. *Reflections on the Global Food Crisis*. Washington D.C.: IFPRI, 2010, p. 81-91.

agrícola. E com isso, há a possibilidade de gerar-se e/ou aumentar-se a insegurança alimentar pela restrição de acesso aos bens alimentares, sobretudo, em países em desenvolvimento.¹²

E no momento em que a crise financeira piora a situação alimentar mundial, especialmente quanto às metas de erradicação da fome e da subnutrição, e que as regras vigentes do comércio internacional não impediram a distribuição desigual dos poucos alimentos disponíveis à época e tampouco o próprio lançamento de medidas domésticas protecionistas, nota-se que o desenvolvimento realizado no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) tem sido insuficiente para garantir a segurança alimentar.

Assim, na divisão subsequente, delinear-se-á como a segurança alimentar é tratada no seio da OMC, especificamente no Acordo sobre Agricultura (AsA), e como essa organização tem respondido a esses novos fatores durante a Rodada de Doha.

2 AS *COMMODITIES* PRIMÁRIAS EM PERSPECTIVA HISTÓRICA: DO GATT AO ACORDO SOBRE AGRICULTURA

235

O Acordo sobre Agricultura (AsA), negociado durante a Rodada do Uruguai iniciada em 1986, tinha como objetivo reduzir o protecionismo exacerbado adotado mundialmente no setor agrícola, sobretudo, por países desenvolvidos, os quais por meio de suas políticas de reserva de mercado, acabavam dominando a produção e as trocas globais de produtos alimentares, participando, à época, na ordem de 71% das relações comerciais desse tipo.¹³ Por isso, pugnava-se pela adoção de uma postura mais liberal também nesse setor, cuja proposta – mesmo que limitada – está no AsA.

Contudo, as negociações não foram fáceis. Na visão dos países desenvolvidos (PDs), liberalizar o mercado no setor agrícola, geraria uma concorrência “desmedida” em favor dos países em desenvolvimento (PEDs), vez que esses Estados eram mais competitivos em razão

¹² JEPPESEN, H. *et al.* Fome é causada pela má distribuição e não pela falta de alimentos. *DW – Internacional*. Notícia veiculada em 15 out. 2009. Disponível em: <<http://www.dw.de/fome-causada-pela-falta-de-alimentos/a-4792836>>. Acesso em 25 fev. 2015; BELIK, Walter; CUNHA, Altivo Roberto A.; COSTA, Luciana A. Crise dos alimentos e estratégias para a redução do desperdício no contexto de uma política de segurança alimentar e nutricional no Brasil. *Planejamento e Políticas Públicas*, n. 38, pp. 107-132, jan./jun. 2012, p. 109; CHRISTIAENSEN, Luc. *Revisiting the global food architecture: lessons from the 2008 food crisis*. WIDER Discussion Papers, World Institute for Development Economics, 2009 [Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10419/84664>>. Acesso em: 01 mar. 2015]; LANG, Tim. Crisis? What crisis? The normality of the current food crisis. *Journal of Agrarian Change*, v. 10, n. 1, pp. 87-97, 2010.

¹³ LUPI, André Lipp B. Comércio Agrícola. In: WELBER, Barral (Org.). *O Brasil e a OMC*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 185-186.

de seus custos de produção e de oportunidade serem menores.¹⁴ Assim, fazer as nações abdicarem do fornecimento de incentivos internos para que a alocação dos recursos ocorresse de modo natural e sem distorções, era um grande passo e não tão simples de ser negociado junto aos PDs, em especial, aos Europeus por força da sua PAC¹⁵.

Na verdade, a agricultura já era objeto de discussões anteriores. Durante as negociações da Carta de Havana em 1947, “as questões atinentes ao comércio de produtos agrícolas em geral e as matérias primas básicas (cacau, açúcar, trigo, café, etc.) em particular”, foram alvos de debates.¹⁶ Apesar disso, com a negativa americana para a criação da Organização Internacional do Comércio, diversas regras negociadas foram colocadas de lado – inclusive o capítulo VII (artigos 55 a 70), onde a maioria das previsões agrícolas se encontrava.¹⁷

No único documento originário de Havana que efetivamente logrou sucesso, qual seja, o *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), não havia nenhuma referência direta a liberalização das *commodities* primárias. O que existia eram regras esparsas, dilatadas ao longo de diversas rodadas de negociação¹⁸, as quais tangenciavam o tema, tal como nos artigos VI

236

¹⁴ ANNONI, Danielle. Comércio Agrícola: o Brasil e a OMC. *Scientia Iuris*. Londrina, v. 7/8, pp.29-40, 2003/2004, p. 30-31.

¹⁵ Como referido anteriormente, a PAC, estabelecida a partir das previsões do art. 39(1) do Tratado de Roma de 1957 e edificada, de fato, em 1962 tinha como objetivo inicial garantir a produção de alimentos em solo europeu, para que este não restasse a mercê de importações, sendo, por força disso, considerado não apenas um dos pilares do próprio projeto integracionista, como também uma área chave para a segurança “nacional” do bloco (Cf. OLIVEIRA, Maria Odete. *União Europeia: processos de integração e mutação*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 202). De se notar, igualmente, que o próprio GATT, contém uma previsão que trabalha nesse sentido, qual seja, o art. XXI, cujo teor defende a adoção de medidas dos seus Estados-membros em prol da garantia da segurança (*nacional, e não alimentar!*) em tempo de guerra ou situações de emergência (Cf. SENA JUNIOR, Roberto Di. *Comércio Internacional & Globalização: a cláusula social na OMC*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 58-59).

¹⁶ SOLER, Montserrat M.; HUET, Patrícia G. Las Normas del Comercio Agrícola Internacional y la Seguridad Alimentaria. In: RAFOLS, Xavier Pons. (ed.) *Alimentación y Derecho Internacional: normas, instituciones y procesos*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 360.

¹⁷ *Ibidem*, p. 361.

¹⁸ Ao longo do GATT, foram oito rodadas de negociação para o desenvolvimento das regras do comércio internacional. Nas cinco primeiras Rodadas – Genebra/1948, Anecy/1949, Torquay/1951, Genebra/1956 e Dillon/1960-1961 – não foram adotadas medidas específicas para a liberalização do comércio agrícola. Contudo, na Rodada Kennedy, a sexta rodada ocorrida ao final da década de 1960, já se começou a *tangenciar* o tema, vez que na pauta de negociações estavam, além das concessões tarifárias recíprocas, as discussões acerca de subsídios agrícolas (não adotadas) e medidas *antidumping* (adotadas no ‘Código Antidumping’). Ato contínuo, as questões *envolvendo* produtos primários começaram a desenrolar-se com mais vigor com o advento da Rodada de Tóquio, ocorrida entre 1973 e 1979. E em que pese não terem sido adotadas obrigações específicas sobre o tema, foram formalizadas outras regras no campo de subsídios e medidas *antidumping*, as quais servem como ponto de partida. Ademais, não se pode olvidar dos acordos sobre Carne Bovina e Produtos Lácteos, adotados nessa ocasião, já que são os primeiros textos específicos sobre bens primários ora firmados. Cf. THORSTENSEN, Vera. *Organização Mundial do Comércio: as regras do Comércio Internacional e a Nova Rodada de Negociações Multilaterais*. 2ª ed. São Paulo Aduaneiras, 2001, p. 30-31 e 41 e seguintes; REIS, Felipe Nagel. *Subsídios na OMC*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 40-42 e 57-59; ANNONI, Danielle. *Protecionismo Regulatório e Comércio Internacional*. In: BARRAL,

(*antidumping*), XI (restrições quantitativas), XVI (subsídios), XVIII (assistência governamental para desenvolvimento econômico) e XX (exceções gerais); além dos artigos XXXVI, XXXVII e XVIII (todos relativos ao comércio e desenvolvimento).

O artigo VI, por exemplo, trazia em seu parágrafo sétimo que a sustentação de preços para a estabilização do mercado doméstico ou para o retorno de produtores à atividade, resultando na exportação dos bens primários à um preço menor do que aquele cobrado internamente pelo Estado, não seria uma forma de prejuízo material para fins de solicitação de consultas por nações afetadas *se* essa medida fosse (a) sistemática, isto é, ocorrendo em todos os mercados, ou (b) corriqueira, não sendo pontualmente aplicada para estimular propositalmente as exportações ou prejudicar os interesses de outrem.¹⁹

O artigo XVI, ao seu turno, apresentava em sua ‘seção b’ que os Estados deveriam se abster de subsidiar a exportação de produtos primários. Além disso, previa que na ocorrência de tal fomento, esse não poderia ser aplicado de forma a permitir que um país detivesse mais do que uma parcela equitativa do mercado mundial em tal produto quando comparadas aos números do período anterior até o limite de primeiro de janeiro de 1955 – subsídio esse que não poderia ser concedido após a data de primeiro de janeiro de 1958 se o valor do produto exportado restasse maior do que o seu preço no mercado doméstico.²⁰

Por sua vez, o artigo XVIII trabalhava com a possibilidade de relativização das regras do GATT quando envolvendo nações situadas em um primeiro estágio de desenvolvimento, as quais, por dependerem da exportação de um limitado rol de *commodities* primárias, poderiam solicitar consultas quando medidas de outros Estados afetassem o seu rendimento.²¹ Já através do artigo XX, alínea ‘h’, permitia-se excepcionalmente que os Estados assumissem obrigações paralelas ao GATT sobre *commodities*, muito embora elas não pudessem ser aplicadas injustificadamente ou arbitrariamente de forma discriminatória.²²

Welber. *O Brasil e o Protecionismo*. São Paulo: Aduaneiras, 2002, p. 49 e seguintes; DANTAS, Adriana. *Subsídios Agrícolas*. São Paulo: Saraiva, 2009, p 32-33.

¹⁹ OMC. *The General Agreement on Tariffs and Trade*. 1947 [Disponível em: <https://www.wto.org/English/docs_e/legal_e/gatt47.pdf> . Acesso em 15 mar. 2015]. Art. VI(7).

²⁰ OMC. *The General Agreement on Tariffs and Trade*. 1947. Art. XVI -B(3)(4); nesse sentido, cf.: MADRID, Gustavo E. Luengo. *El derecho de las Subvenciones em la OMC*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 76-80; DANTAS, *op cit.*, p 43-45; e sobre a aplicação e interpretação dessas regras, vide o caso: OSC. *French Assistance to Exports of Wheat and Wheat Flour*. (Austrália v. França). Decisão de 21 nov. 1958 (L/924 - 7S/46). Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/58wheflr.pdf>. Acesso em 15 mar. 2015.

²¹ OMC. *The General Agreement on Tariffs and Trade*. 1947. Art. XXVIII.

²² OMC. *The General Agreement on Tariffs and Trade*. 1947. Art. XX(h); nesse sentido, cf.: SOLER, *op cit.*, p. 361.

Já os artigos XXXVI, XXXVII e XVIII, todos ligados ao fomento da expansão do comércio internacional e desenvolvimento econômico das nações, trazem uma série de medidas ao alcance de países menos desenvolvidos (PMDs). Por exemplo, o artigo XXXVI, parágrafo quarto, prescrevia a necessidade de serem criados meios para possibilitar o acesso de produtos primários oriundos de PMDs ao mercado mundial, como a inserção de medidas estabilizadoras, equitativas e remuneratórias de preços.²³

No que tange o artigo XXXVII, nas alíneas ‘a’ e ‘c’ do parágrafo primeiro, apresentava uma série de comprometimentos direcionados à PDs para que estes não criassem, reduzissem e eliminassem barreiras tarifárias ou ajustes fiscais que pudessem prejudicar a exportação de produtos primários centrais às economias de PMDs.²⁴ Por fim, o artigo XXXVIII fomentava, no seu parágrafo segundo, a adoção por todos os membros de medidas e condições que promovessem o acesso de produtos primários de interesse dos PMDs ao mercado internacional.²⁵

E ao cabo, diretamente atrelado à segurança alimentar, pode-se citar o artigo XI, parágrafo segundo, o qual proibia a adoção de restrições quantitativas como impostos, taxas ou quotas de importação e/ou exportação a produtos primários, exceto quando essas medidas fossem tomadas para: (a) prevenir a falta de alimentos no país exportador, (b) adotar-se um determinado padrão internacional, ou (c) estimular a produção e o consumo de produtos similares e/ou substitutos.²⁶

Apesar disso, note-se que vigorava no sistema do comércio internacional à época do GATT duas regras que limitavam a aplicação generalizada dos seus regramentos, quais sejam, a “Cláusula do Avô” e o “GATT à La Carte”. Enquanto a primeira correspondia à possibilidade de os membros continuarem aplicando regras nacionais contrárias àquelas negociadas internacionalmente, desde que já estivessem em vigor no ano de 1947; a segunda direcionava-

²³ OMC. *The General Agreement on Tariffs and Trade*. 1947. Art. XXXVI(4).

²⁴ OMC. *The General Agreement on Tariffs and Trade*. 1947. Art. XXXVII(1)(a)(c).

²⁵ OMC. *The General Agreement on Tariffs and Trade*. 1947. Art. XXXVIII(2).

²⁶ OMC. *The General Agreement on Tariffs and Trade*. 1947. Art. XI(2)(a)(b)(c); nesse sentido, cf.: TREBILCOCK, Michael J.; HOWSE, Robert. *The Regulation of International Trade*. 3ª ed. London: Routledge, 2005, p. 322-323; e sobre a aplicação e interpretação dessas regras, vide os casos: OSC. *Japanese Measures on Imports of Thrown Silk Yarn*. (United States v. Japan). Decisão de 17 mai. 1978 (L/4637 - 25S/107). Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/77silyrn.pdf>. Acesso em 15 mar. 2015; e OSC. *Canadian Import Restrictions on Ice Cream And Yoghurt*. (United States v. Canada). Decisão de 5 dez. 1989 (L/6568 - 36S/68). Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/88icecrm.pdf>. Acesso em 15 mar. 2015;

se às obrigações dos Estados frente tão-somente as regras do GATT com quais eles haviam expressado seu consentimento, não sendo essas, portanto, obrigatórias às partes apenas com a sua participação em negociações.²⁷

Ademais, aos Estados podiam ser concedidos *waivers*, os quais permitiam que um país pudesse adotar medidas contrárias às previsões legais contidas no GATT e não ter contra si nenhum questionamento levantado no órgão de solução de controvérsias por outrem pela violação de certa regra.²⁸ Nesse sentido, em que pese o sistema multilateral conter algumas regras mais liberais relativas a produtos primários que culminariam na realização de trocas mais equitativas, ele ao mesmo tempo permitia exceções, as quais acabavam por conduzir o sistema ainda ao protecionismo, cuja consequência foi justamente distorcer a produção eficiente de alimentos em nível global.

Pautados, portanto, na necessidade de rever as regras então vigentes e com o compromisso de aumentar o acesso aos mercados, na oitava Rodada de Negociação do sistema GATT – a Rodada do Uruguai, o tema da agricultura torna-se central. Iniciada em 1986, essa reunião estava originalmente prevista para durar apenas três anos, porém, arrastou-se até 1994, quando na Conferência de Marraqueche os maiores exportadores à época (Estados Unidos e Comunidade Europeia) já haviam chegado a um denominador comum.²⁹

Destarte, considerando que um dos grandes motivos pelos quais essa Rodada demorou tanto para ser concluída foi justamente a negociação no setor agrícola³⁰, além de dar origem a Organização Mundial do Comércio (OMC), a sua importância está atrelada à adoção do AsA. Assim, além da aplicação do Acordo Geral (sobre Comércio e Tarifas) à certos produtos agrícolas, o qual seria integralmente incorporado pela OMC, da revogação da “Cláusula do

²⁷ THORSTENSEN, *op cit.*, p 27.

²⁸ Por exemplo, isso foi concedido aos estados unidos em relação à commodities agrícolas. OSC. *Japanese Measures on Imports of Thrown Silk Yarn*. (United States v. Japan). Decisão de 17 mai. 1978 (L/4637 - 25S/107); LUPI, *op cit.*, *passim*.

²⁹ Trata-se do acordo bilateral de *Blair House*, assinado em 1993, após o insucesso do *Dunkel Draft* (projeto de proposta da Ata Final Rodada do Uruguai apresentada pelo então Diretor, Arthur Dunkel, em 1991). Ademais, insta dizer que a participação do Grupo Cairns, onde o Brasil se encaixava, também era relevante. Afinal, na Conferência de Bruxelas em 1990, que seguiu a de Punta del Este, quase houve a interrupção das negociações pelas animosidades entre esse Grupo e o bloco europeu. Apesar disso, as reivindicações do Grupo foram sensivelmente alteradas pelo *Blair House*, ensejando certo descontentamento por parte dos países que compunham o grupo (Argentina, Austrália, Bolívia, Brasil, Canada, Chile, Colômbia, Costa Rica, Guatemala, Indonésia, Malásia, Nova Zelândia, Paquistão, Paraguai, Peru, Filipinas, África do Sul, Tailândia e Uruguai) com a redação geral do AsA, pois queriam uma equiparação entre as regras aplicadas à produtos manufaturados e aos agrícolas. TREBILCOCK; HOWSE, *op cit.*, p. 334-336; THORSTENSEN, *op cit.*, p. 68; LUPI, *op cit.*, p. 191-192.

³⁰ SOLER; HUET, *op cit.*, p. 366.

Avô” e o “GATT à La Carte”, ter-se-ia outra proteção, mais específica, contendo 21 artigos e cinco anexos sobre o tema.³¹

O AsA detinha como objetivo principal, por conseguinte, reformar o sistema aplicado aos produtos primários, na tentativa de guiar o sistema em direção à liberalização, deixando menos espaços para distorções unilaterais dos Estados-membros. Para tanto, inseriram-se três grandes compromissos no sistema multilateral, quais sejam: (a) garantir maior acesso aos mercados, (b) diminuir as quantias repassadas à produção interna e, (c) reduzir os subsídios à exportação.³²

Seguindo as linhas de André Lupi³³, para que se incrementasse o acesso ao mercado, dever-se-ia adotar certas restrições que não impedissem as importações, as quais englobariam cinco elementos fundamentais: “a tarifação, a redução das tarifas vigentes e das resultantes da tarifação, a consolidação imediata de todas as tarifas referentes a produtos agrícolas, a salvaguarda especial e a cláusula de acesso mínimo”.

A tarifação, prevista no artigo quatro do AsA, refere-se à “transformação em equivalentes tarifários das medidas não tarifárias de restrição e importação”, fazendo com que todas as barreiras não-tarifárias, então, restassem mais visíveis para que pudessem ser reduzidas.³⁴ Quanto a redução das tarifas vigentes, esta seria na ordem detalhada na tabela 1, indicada a seguir, sem quaisquer restrição quanto ao tipo de produto, bastando a observância dos limites.

240

³¹ Mister dizer que os *waivers*, contudo, encontraram guarida no artigo 13 do AsA, o qual não permitia que ações fossem ajuizadas com base nas medidas de apoio interno situadas nas caixas verde e azul até 31 de dezembro de 2003. Era também conhecida como “Cláusula da Paz”. Após esse período, porém, seria possível. O Brasil, por exemplo, iniciou procedimentos contra a União Europeia pela quantidade de açúcar exportado e de subsídios concedidos pelo bloco, muito além dos limites previstos pelo AsA, prejudicando sobremaneira as exportações açucareiras brasileiras. Austrália e Tailândia também foram lesados pela prática europeia, de modo que se uniram ao Brasil no procedimento iniciado em 2002-2003. Cf. OMC. *EC – Export Subsidies on Sugar*. WT/DS265/R. Decisão do Painel de 15 out. 2004. p. 157-158. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds265_e.htm>. Acesso em: 02 mar. 2015.

³² SOLER; HUET, *op cit.*, p. 366-373; LUPI, *op cit.*, p. 191-199; TREBILCOCK; HOWSE, *op cit.*, p. 336-342; MADRID, *op cit.*, p. 253-259; OMC. *Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT*. 1994. Anexo 1A - Acordo sobre Agricultura.

³³ LUPI, *op cit.*, p. 193.

³⁴ THORSTENSEN, *op cit.*, p. 69-70; OMC. *Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT*. 1994. Anexo 1A - Acordo sobre Agricultura. Art. 4.

TABELA 1

Compromissos de Redução de Tarifas no AsA

<i>Países</i>	<i>Redução (%)</i>	<i>Redução mínima por produto (%)</i>	<i>Prazos</i>
PDs	36	15	6 anos
PEDs	24	10	10 anos
PMDs	sem obrigações	—	—

Fonte: SOLER; HUET, *op cit.*, p. 371.

A consolidação, ao seu turno, estipulou que as tarifas já aplicadas aos produtos agrícolas teriam “patamares máximos fixados”, não podendo o Estado criar novas tarifas, semelhantes às ora convertidas, sob pena de “ter que compensar os parceiros comerciais” pelo valor ultrapassado.³⁵ No que tange ao quarto elemento, o qual está detalhado no artigo quinto do AsA, esse refere-se à possibilidade de aplicar-se uma salvaguarda especial para mitigar os efeitos da tarifação na agricultura, seja pela ocorrência de um alto volume de importações ou um baixo preço de importações.³⁶

Por fim, a cláusula de acesso mínimo estipulava a necessidade de diminuir-se as barreiras não tarifárias, garantindo o acesso mínimo de 3% do mercado interno (calculado com base no período de 1986-1988) à produtos oriundos do exterior, os quais seriam aumentados à ordem de 5% após o período de seis anos, resguardados os direitos dos Estados em aplicar salvaguardas especiais, tendo como base as importações do período de 1986-1988.³⁷

No tocante ao segundo compromisso introduzido pelo AsA, este requereu, nos artigos seis e sete, a diminuição das quantias repassadas à produção interna por causar um alto excedente (e, conseqüentemente, impactar diretamente o preço dos alimentos à nível mundial).³⁸ Para tanto, criou-se uma medida chamada de *Agregate Measure of Support* – um “indicador geral do nível de apoio interno” baseado nos níveis de 1986-1988, o qual deveria ser reduzido nos termos prescritos na tabela 2, abaixo detalhada:

³⁵ LUPI, *op cit.*, p. 194; TREBILCOCK; HOWSE, *op cit.*, p. 339-340.

³⁶ LUPI, *op cit.*, p. 194; SOLER; HUET, *op cit.*, p. 372; OMC. *Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT*. 1994. Anexo 1A - Acordo sobre Agricultura. Art. 5.

³⁷ LUPI, *op cit.*, p. 194; TREBILCOCK; HOWSE, *op cit.*, p. 339-340.

³⁸ OMC. *Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT*. 1994. Anexo 1A - Acordo sobre Agricultura. Arts. 6 e 7; Anexos 2 e 4.

TABELA 2

Compromissos de Redução de Ajuda Interna no AsA

<i>Países</i>	<i>Redução (%)</i>	<i>Prazos</i>
PDs	20	6 anos
PEDs	13,3	10 anos
PMDs	sem obrigações	—

Fonte: SOLER; HUET, *op cit.*, p. 371.

Entretanto, a redução das quantias conferidas a título de ajuda interna seria compartimentada, no sentido de excluir certos tipos de repasse realizados pelos Estados aos agricultores. Nesse sentido, o AsA inovou sobremaneira a Sistema Multilateral de Comércio, “visto que pela primeira vez na história [...], políticas agrícolas nacionais passaram a ser reguladas por uma estrutura normativa multilateral/internacional”.³⁹ A dita estrutura englobaria a classificação dos apoios internos em três compartimentos, nomeados de caixa verde, caixa azul e caixa amarela.⁴⁰

Na caixa verde estariam todos os tipos de ajuda permitidos, as quais *não* geram efeitos no mercado, por serem parte de programas governamentais (como de ajuda alimentar) ou verbas concedidas diretamente aos produtores que não estimulam a produção (como, por exemplo, aquelas concedidas por força de desastres ambientais).⁴¹ Por força dessa natureza, minimamente impactando o comércio agrícola, esses subsídios estariam *isentos* dos limites de redução.⁴²

Já na caixa azul, estariam os subsídios concedidos para fins de limitar a produção, os quais *não* estariam sujeitos à redução, apesar de causarem leves distorções no mercado.⁴³ Por fim, na caixa amarela estariam os apoios destinados a sustentar os preços dos produtos e a

³⁹ VIEIRA, Gustavo Oliveira; D’ORNELLAS, Maria Cristina G. Direitos Humanos e Comércio Internacional: a necessidade da construção de pontes por meio da segurança alimentar e os novos desafios da OMC. *Nomos – Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*. Fortaleza, v.32, n.2, pp. 179-203, jul./dez. 2012, p.194.

⁴⁰ *Ibidem*; MADRID, *op cit.*, p. 253-254; LUPI, *op cit.*, p. 196-198; SOLER; HUET, *op cit.*, p. 369-371.

⁴¹ SOLER; HUET, *op cit.*, p. 369.

⁴² VIEIRA; D’ORNELLAS, *op cit.*, p. 194.

⁴³ SOLER; HUET, *op cit.*, p. 370; VIEIRA; D’ORNELLAS, *op cit.*, p. 194 ; LUPI, *op cit.*, p. 197 ; OMC. *Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT*. 1994. Anexo 1A - Acordo sobre Agricultura. Art. 6(5)(a).

fomentar a produção agrícola, sendo considerados, por isso, fundamentalmente distorcivos ao comércio.⁴⁴

Logo, as subvenções incluídas nessa caixa *estão* sujeitos aos compromissos de redução descritos na tabela 2 (abaixo). As suas únicas exceções, previstas no artigo seis, estariam na regra (i) *minimis*, cujo teor permite certa manobra por parte dos países quanto a continuação de políticas preferenciais referentes à agricultura em geral⁴⁵; e (ii) no *tratamento especial e diferenciado*, autorizando os PEDs a dispor de verbas direcionadas “ao campo da assistência governamental e de programas de atividade rural”.⁴⁶

O terceiro e último compromisso contido nos artigos oitavo, nono (principalmente) e décimo do AsA, prescreve a *diminuição* dos subsídios destinados à exportação com intuito de torná-los mais competitivos no mercado internacional.⁴⁷ Assim, quem não concedia esses subsídios, não poderá fazê-lo. A única exceção a essa regra seriam as subvenções previamente estabelecidas por cada país e dispostas em listas anexas ao Acordo, desde que pautadas na média dos montantes repassados no período de 1986-1990.⁴⁸ Seguindo os moldes dos demais compromissos, essa diminuição também seria diferenciada em relação ao desenvolvimento dos Estados, conforme se demonstra na tabela 3:

⁴⁴ *Ibidem*; MADRID, *op cit.*, p. 257-258; SOLER; HUET, *op cit.*, p. 369-370.

⁴⁵ A cláusula *minimis* não precisava estar dirigida especificamente a um produto ou à adoção de uma forma em especial, sendo, por isso, aplicada à política agrícola como um todo. Além disso, cumpre dizer que os limites seriam na ordem de 5% para os PDs e 10% para os PEDs, a fim de manter minimamente a concorrência. Aliás, note-se que não há quaisquer previsões para os PMDs. SOLER; HUET, *op cit.*, p. 370; OLIVEIRA, Ivan. Visões Brasileiras sobre a Diplomacia do Primário. In: MILANI, Carlos R.; DE LA CRUZ, María Gabriela G. *A Política Mundial Contemporânea*. Salvador: Ed. UFBA, 2010, p. 125-126. OMC. *Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT*. 1994. Anexo 1A - Acordo sobre Agricultura. Art. 6(4).

⁴⁶ *Ibidem*; VIEIRA; D'ORNELLAS, *op cit.*, p. 194; OMC. *Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT*. 1994. Anexo 1A - Acordo sobre Agricultura. Art. 6(2).

⁴⁷ TREBILCOCK; HOWSE, *op cit.*, p. 337; OMC. *Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT*. 1994. Anexo 1A - Acordo sobre Agricultura. Arts. 8, 9 e 10.

⁴⁸ SOLER; HUET, *op cit.*, p. 372-373 ; DANTAS, *op cit.*, p. 74-75 ; LUPI, *op cit.*, p. 195.

TABELA 3

Compromissos de Redução de Subsídios à Exportação no AsA

<i>Países</i>	<i>Redução Orçamentária(%)</i>	<i>Redução de Quantidades (%)</i>	<i>Prazos</i>
PDs	36	21	6 anos
PEDs	24	14	10 anos
PMDs	sem obrigações	–	–

Fonte: SOLER; HUET, *op cit.*, p. 373.

Portanto, de forma sucinta, pode-se dizer que o AsA foi importante para que: (a) restassem conhecidas todas as barreiras não tarifárias que dissimulavam o comércio de bens agrícolas; (b) houvesse a redução gradual dos repasses governamentais, a fim de reduzir-se e, eventualmente, eliminar-se os apoios causadores de distorções mercadológicas; (c) reconhecesse a necessidade de compensar os parceiros comerciais quando da utilização de mecanismos subversivos à lógica natural do mercado; (d) possibilitasse a proteção, em casos especiais, da produção agrícola doméstica; e (e) evitasse a discriminação no ambiente do Sistema Multilateral do Comércio.

Destarte, pautados nesses comandos gerais, a Rodada do Uruguai foi sem sobra de dúvidas um avanço em prol de um comércio de bens agrícolas mais liberalizado, muito embora não se proibissem terminantemente os apoios no setor, restando clara a necessidade de uma harmonia entre esses dois extremos, vez que essencial para a garantia da segurança alimentar. Afinal, se todas as possibilidades forem expostas e praticadas, as “surpresas” tendem a ser menos recorrentes, de modo que o alimento de qualidade seja equitativamente produzido e distribuído, sem descomedimentos – o que é benéfico à todos.

Em que peses todos esses avanços, porém, os resultados não ocorreram na forma esperada, fazendo com que os Estados ainda estivessem insatisfeitos com a aplicação prática das regras contidas no próprio GATT e no AsA.⁴⁹ Em números, no ano de “1995, os produtos agrícolas representavam 10% do comércio mundial (500 bilhões de dólares) e 30% da produção agrícola [ainda] enfrentava quotas e restrições às importações”, fazendo com que a agricultura

⁴⁹ VIEIRA; D'ORNELLAS, *op cit.*, p. 197; THORSTENSEN, *op cit.*, p. 74.



ainda fosse um dos principais entraves do comércio internacional, e, por conseguinte, da própria garantia de alimentos à todos.⁵⁰

Por isso, no próximo item serão apontados os passos que seguiram a Rodada do Uruguai, em especial, na Rodada de Doha, explanando os seus objetivos, os possíveis avanços que estão em vias de adoção e os seus impactos para a segurança alimentar.

3 A RODADA DE DOHA E OS POSSÍVEIS AVANÇOS

Conforme as regras da então edificada OMC ao final da Rodada do Uruguai, os Estados-partes reunir-se-iam em Conferências Ministeriais a cada dois anos, a fim de debater temas atinentes aos objetivos da Organização e seus Acordos. Logo, após reuniões em Cingapura (1996) e Genebra (1998), os países reuniram-se em Seattle (1999), destinados a lançar uma nova rodada de negociação.⁵¹

Muito embora essa conferência tenha sido interrompida, haja vista centenas de manifestantes terem protestado à ponto de impedir que ela se desenrolasse⁵², algumas discussões ocorreram, denotando que a agricultura voltaria novamente ao centro das discussões em virtude da falta concreta de liberalização do mercado agrícola, em especial por parte de Estados Unidos e União Europeia, os quais mostravam-se inflexíveis quanto ao tema.⁵³ Nesse sentido, a posição brasileira foi bem nítida:

O Brasil acredita que a maior responsabilidade dessa conferência e o cerne do seu mandato, foi o tratamento das distorções mais sérias que ainda afetam o comércio internacional. Especialmente, o comércio de bens agrícolas. Não é mais aceitável que certos países – justamente alguns dos mais ricos do mundo – sejam autorizados a bloquear o acesso a seus mercados agrícolas internos, ao mesmo tempo em que demandam abertura ainda maior para produtos nos quais podem competir.⁵⁴

Ademais, o próprio artigo 20 do AsA previa a continuidade das negociações por considerar as reduções substanciais um processo ininterrupto, estipulando, nessa linha, que

⁵⁰ DE FIGUEIREDO DIAS, Bernadete. Acordo sobre agricultura: a cláusula de paz e as perspectivas futuras. *Revista da Faculdade de Direito da USP*. São Paulo, v. 99, pp. 683-706, 2004, p. 689.

⁵¹ AMORIM, Celso. O pós-Seattle. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do (Coord.). *OMC e o Comércio Internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2002, p. 336-337.

⁵² THORSTENSEN, *op cit.*, p. 415.

⁵³ AMORIM, *op cit.*, p.338-339.

⁵⁴ LAMPREIA, Luiz Felipe. Discurso na III Session of the WTO Ministerial Conference. Seattle, 30 nov. 1999. *Apud*. RASZL, Simone M. Alimentos. In: WELBER, Barral (Org.). *O Brasil e a OMC*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 276.



novas reuniões deveriam se iniciar um ano antes do final do período de implementação do tratado, o que ocorreria em 2000.⁵⁵ Portanto, trazer as discussões agrícolas novamente à baila não era apenas uma vontade dos PEDs, mas igualmente uma obrigação nos termos do AsA. E após o insucesso da Conferência de Seattle, os Estados decidem reunir-se novamente em novembro de 2001, no Catar, lançando uma nova rodada de negociações, cuja pauta contaria com o tema da agricultura.

A Declaração Ministerial de Doha, no seu item 13, primeiramente reafirma o seu propósito de estabelecer um sistema agrícola mundial menos distorcido pelos Estados, nos seguintes termos:

[...] We recall the long-term objective referred to in the Agreement to establish a fair and market-oriented trading system through a programme of fundamental reform encompassing strengthened rules and specific commitments on support and protection in order to correct and prevent restrictions and distortions in world agricultural markets.⁵⁶

Na sequência, a referida Declaração faz menção aos três compromissos do sistema multilateral em nível agrícola estipulados no AsA, os quais ainda deverão guiar as negociações nessa área, incluindo uma novidade – a de buscar *eliminar* os subsídios à exportação. Isso porque, essa seria a forma de promover o desenvolvimento dos Estados e a garantir da segurança alimentar (!), tal como descreve o documento na seguinte passagem:

*[...] Building on the work carried out to date and without prejudging the outcome of the negotiations we commit ourselves to comprehensive negotiations aimed at: [a] substantial improvements in market access; [b] reductions of, with a view to **phasing out**, all forms of export subsidies; and [c] substantial reductions in trade-distorting domestic support. We agree that special and differential treatment for developing countries shall be an integral part of all elements of the negotiations and shall be embodied in the schedules of concessions and commitments and as appropriate in the rules and disciplines to be negotiated, so as to be operationally effective and to enable developing countries to effectively take account of their development needs, **including food security and rural development.**⁵⁷ (grifo nosso)*

Além disso, no item 14, a Declaração Ministerial de Doha previa que todos os acordos a serem assinados, deveriam levar em consideração a regra do tratamento especial e diferenciado aos PEDs e PMDs, o que foi considerado um retorno positivo por parte da

⁵⁵ OMC. *Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT*. 1994. Anexo 1A - Acordo sobre Agricultura. Art. 20.

⁵⁶ OMC. *The Doha Mandate*. Genebra: OMC, 2001. Arts. 13 e 14 (agricultura). [Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/agric_e/dohaagmandate_e.htm>. Acesso em 16 mar. 2015].

⁵⁷ *Ibidem*.

Organização às propostas feitas por esses Estados para a redação do mandato dessa rodada.⁵⁸ Por fim, esse mesmo item traçava uma data limite – 31 de março de 2003 – para a conclusão das negociações⁵⁹.

Desta feita, nota-se que a Rodada de Doha tinha como objetivo continuar as negociações anteriormente finalizadas em Marraqueche, buscando corrigir as restrições do mercado advindas do (ainda existente) protecionismo no setor agrícola, em especial dos PDs, em prol do desenvolvimento. Rodada esta que se estendeu por diversas negociações ao longo dos anos, ainda persistindo na atualidade, o que a torna a mais longa da história do sistema multilateral.

Após Doha, as negociações foram retomadas em Cancun no mês de setembro de 2003, as quais, todavia, não obtiveram sucesso. Além de perder o prazo estipulado na Declaração Ministerial, as reuniões ocorridas no México foram um fracasso na perspectiva das próprias concessões, haja vista a clara cisão entre as ambições dos PDs e PEDs.⁶⁰ Impende dizer que essa posição proativa por parte dos PEDs só foi possível em razão do G20 – grupo liderado pelo Brasil, formado ainda em agosto daquele ano nas reuniões preparatórias para a referida conferência, cujo trabalho concentrar-se-ia no combate às cláusulas distorcivas do comércio agrícola.⁶¹

247

O próprio grupo se descreve como:

[...] uma coalizão de países formada para tratar das preocupações de seus membros, que são também comuns à maioria dos países em desenvolvimento, no que se refere: a **eliminação de práticas que distorcem o comércio e a produção agrícolas**; a busca de aumento substancial de acesso a mercados; e seu desenvolvimento rural,

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ OLIVEIRA, *op cit.* (2010), p. 133; DALTON, Erich *et al.* A questão da Agricultura na OMC: Avanços e Retrocessos para a liberalização do comércio agrícola. *Jus Gentium*. Curitiba, a. 5, n. 10, pp. 53-68, jul./dez. 2011, p. 59-60; OMC. *Quinto día – la conferencia termina sin consenso*. Resumo das reuniões de 14 set. 2003. Para. 3 e 5. [Disponível em: <https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/minist_s.htm>. Acesso em 18 mar. 2015].

⁶¹ Inicialmente era composto por “apenas por cinco membros e, sob a liderança do Brasil chegou a vinte na reunião de Cancun”, os quais, juntos, representavam “quase 60% da população mundial, 70% da população rural em todo o mundo”. A sua composição, porém, se alterou na medida em que os Estados assinavam tratados bilaterais com os Estados Unidos. “Com isso, Colômbia, Peru, Uruguai [inicialmente] e Guatemala declinaram da participação no Grupo. O G-20 chegou a ser G-23, depois passou a ser G-12”. Em 2009, todavia, o grupo era composto por 19 membros: “5 da África (África do Sul, Egito, Nigéria, Tanzânia e Zimbábue), 6 da Ásia (China, Filipinas, Índia, Indonésia, Paquistão e Tailândia) e 8 da América Latina (Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Cuba, México, Paraguai e Venezuela)”. VIZENTINI, Paulo. O G-3 e o G-20: o Brasil e as novas coalizões internacionais. *In: ALTEMANI, Henrique; LESSA, Antônio Carlos (orgs). Relações Internacionais do Brasil: temas e agendas*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 168.



segurança alimentar e/ou necessidades de subsistência dos agricultores nesses países.⁶² (grifos nossos)

Nesse sentido, apesar de as negociações dessa reunião terem sido suspensas pelas desavenças encontradas nas propostas, ela foi importante pelo lançamento do G20 – um grupo heterogêneo quanto aos interesses específicos, porém, preparado para debater as condições dos acordos sobre a agricultura em conjunto, em prol de um mercado agrícola justo, possuindo “uma margem de manobra suficiente para permitir-lhes rejeitar um tratado que para eles era desfavorável”.⁶³

E como ressalta Paulo Fagundes Vizentini, se não fosse o G20, a reunião de Genebra, iniciada em 2004, que retomou as transações, não teria obtido sucesso na formulação do ‘Pacote de Julho’, como ficou conhecido o documento proposto nessa ocasião. Isso porque, foi o poder de influência do G20,

[...] confirmado na fase final das negociações, que levaram ao acordo-quadro de julho de 2004. Graças aos esforços do G-20, o acordo-quadro adotado reflete todos os objetivos negociadores do Grupo na fase inicial de negociações da Rodada de Doha: 1) ele respeita o mandato de Doha e seu nível de ambição; 2) aponta para resultados positivos das negociações de modalidades; e 3) representa, além disso, uma melhoria substantiva em relação ao texto submetido em Cancun, em todos os aspectos da negociação agrícola.⁶⁴

248

Foi graças à sugestão do ‘Pacto de Julho’ em 2004, direcionando as negociações nos termos do Mandato inicial para a Rodada, que Doha “sobreviveu”. Acerca desse documento, cumpre ressaltar que o ‘Anexo A’ tornar-se-ia o novo marco para as discussões sobre a Agricultura, destacando uma série de assuntos que deveriam nortear as discussões para a adoção de um documento ao final da Rodada, a qual contava com uma nova data limite – 1º de janeiro de 2005.⁶⁵

Sobressai-se do Pacote de Julho o reconhecimento da importância da agricultura para o desenvolvimento dos Estados, de modo que ainda exista uma preocupação muito latente em permitir que os PEDs e PMDs continuem apoiando programas domésticos que atinjam esse fim,

⁶² MRE. *Comunicado da Reunião Ministerial do G-20*. Brasília: MRE, 12 dez. 2003. Disponível em: <<http://kitplone.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/2003/12/comunicado-da-reuniao-ministerial-do-g-20/print-nota>>. Acesso em 16 mar. 2015.

⁶³ DALTON *et al.*, *op cit.*, p. 60.

⁶⁴ VIZENTINI, *op cit.*, p. 172.

⁶⁵ OMC. *Texto del Paquete de Julio – Pasado Cancún, el Consejo General Decide*. Adotado em 1 ago. 2004. Anexo A. [Disponível em: <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/d_da_s/draft_text_gc_dg_31july04_s.htm>. Acesso em 18 mar. 2015].



incluindo-se mecanismos atinentes à segurança alimentar.⁶⁶ Apesar disso, outro ponto muito debatido foram justamente as caixas, vez que o *box shifting* era uma manobra muito utilizada pelos países para não enquadrar os subsídios internos sujeitos à diminuição na caixa amarela, mas sim na verde e, sobretudo, na azul, demandando a adoção de limites e critérios fixos para a sua alocação, além de meios de monitoramento, a fim de que as distorções mercadológicas verdadeiramente diminuíssem.⁶⁷

Outro fator importante inserido (e talvez o mais relevante no tocante aos três compromissos centrais do AsA) foi justamente a necessidade de *eliminar-se* por completo os subsídios à exportação e, especialmente, ao algodão.⁶⁸ Já quanto à melhoria de acesso aos mercados, notou-se que as tarifas deveriam ser diminuídas com base na estrutura de cada Estado, conforme a regra do tratamento especial e diferenciado.⁶⁹ Ademais, nesse quesito, determinou-se que os países poderiam designar medidas especiais à produtos sensíveis para suas economias, bem como introduzir a salvaguarda especial, ligada à adoção de meios para evitar a queda abrupta nos preços de alimentos por intermédio de medidas temporárias.⁷⁰

249

Com base nesses critérios, a Decisão do Conselho Geral de 2004, nome oficial do Pacote de Julho, foi crucial para que a sexta Conferência Ministerial da OMC em Hong Kong, em dezembro de 2005, fosse lançada, afinal, é nela que as negociações a respeito das referidas diretrizes, de fato, ocorreriam. Contudo, novamente a data limite não foi observada, sendo a mesma postergada para 30 de abril de 2006.⁷¹

A Conferência de Hong Kong, contudo, não foi um total fracasso, posto que na sua Declaração final, alguns avanços foram atingidos. Em relação aos subsídios à exportação, por exemplo, estipulou-se que os mesmos seriam eliminados até o final de 2013, para os PDs, e

⁶⁶ *Idem*, parágrafo 2.

⁶⁷ OLIVEIRA, *op cit.* (2010), p.140; OMC. *op cit.* (2004), parágrafos 6 (aborda a redução da ajuda interna, observando o tratamento igual e diferenciado aos PEDs e PMDs, na medida que busca estabelecer prazos mais longos e índices menores à esses Estados), 7 (estabelece que quanto mais a ajuda era concedida, mais o país deveria reduzir), 11 (prega a redução dos índices da cláusula minimis) 12 (prescreve que os países podem fazer reduções maiores que as previstas), 13 (reforça as áreas em que o compartimento azul poderia ser utilizado), 14 (busca negociar a caixa azul de modo que se reduzam as distorções), 15 (impõe um teto máximo de 5% da média de promoção agrícola em 2001), 16 (pugna pela caixa verde ser mais transparente) e 48 (trata da vigilância e supervisão).

⁶⁸ *Idem*, parágrafo 18.

⁶⁹ *Idem*, parágrafo 29.

⁷⁰ *Idem*, parágrafos 31 (produtos sensíveis) e 42 (salvaguarda especial).

⁷¹ OMC. *Declaración Ministerial de Hong Kong*. Adotada em 18 dez. 2008. Parágrafo 1. [Disponível em: <https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min05_s/min05_s.htm>. Acesso em 18 mar. 2015].



2018, para os PEDs.⁷² No que compete as salvaguardas especiais, restou decidido que os PEDs poderiam apoiar medidas excepcionalmente, desde que pautados em critérios de segurança alimentar.⁷³ Por fim, quanto aos produtos básicos, destacou-se que a flutuação dos preços de *commodities* agrícolas é prejudicial ao desenvolvimento e que PMDs poderão precisar de assistência técnica para contornar situações como essas, clamando para que os demais Estados os ajudem quando necessário.⁷⁴

Apesar disso, não se conseguia formalizar um acordo no âmbito da agricultura que pudesse encaminhar a Rodada de Doha ao fim. No ano de 2006, novas negociações ocorreram em Genebra, em especial, entre Estados Unidos, União Europeia, Índia, Brasil, Japão e Austrália – o denominado G6. Esses países, contudo, falharam em chegar a um denominador comum, haja vista as propostas terem sido no sentido de os PEDs fazerem concessões no setor industrial para que, em troca, obtivessem maiores ganhos na área agrícola junto aos PDs, indo de encontro à regra do tratamento especial e diferenciado.⁷⁵

Por força dessas desavenças, nenhuma proposta concreta foi adotada, fazendo com que novas negociações ocorressem em 2007, na cidade de Potsdam, na Alemanha. As reuniões centraram-se entre Estados Unidos e União Europeia, por parte dos PDs, e Brasil e Índia, defendendo os interesses dos PEDs, os quais, em virtude das inflexibilidades daqueles no setor agrícola no que tange a diminuição do teto para a concessão de apoio interno, retiraram-se sumariamente das reuniões, encaminhando-se novamente para um impasse.⁷⁶

Em meio a essas incertezas, outra reunião ocorreu em Genebra no ano de 2008, onde até sugeriu-se outro ‘Pacote de Julho’, cujo conteúdo centrava-se na adoção de novas fórmulas

250

⁷² Mister registrar que a data limite para os PDs, na opinião do G20, deveria ter sido até 2010. *Idem*, parágrafo 6.

⁷³ *Idem*, parágrafo 7.

⁷⁴ *Idem*, parágrafo 55.

⁷⁵ MRE. *Comunicado de Imprensa do G-20*. Genebra: MRE, 29 de jun. 2006. Disponível em: <<http://kitplone.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/2006/06/29/comunicado-de-imprensa-do-g-20-genebra-29-de-junho>>. Acesso em 16 mar. 2015; REDAÇÃO FOLHA. Sem acordo, Rodada Doha é suspensa. *Folha de São Paulo*. Notícia veiculada em 25 jul. 2006. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi2507200602.htm>>. Acesso em 20 mar. 2015; CARVALHO, Maria Izabel. Condicionantes internacionais e domésticos: O Brasil e o G-20 nas negociações agrícolas da Rodada Doha. *Dados – Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, v. 53, n. 2, pp. 405-445, 2010, p. 432.

⁷⁶ IICA. *Situação e Perspectivas da Agricultura no Brasil 2007*. Brasília: IICA, 2008, p. 26 [Disponível em: <www.iica.org.br>. Acesso em 14 mar. 2015]; AFP. Temas a serem debatidos pelos quatro grandes da OMC. *UOL Notícias - Internacional*. Notícia veiculada em 19 jun. 2007. Disponível em: <noticias.uol.com.br/ultnot/afp/2007/06/19/ult34u183798.jhtm>. Acesso em 15 mar. 2015; BBC. Brasil e Índia se retiram de reunião sobre Rodada Doha. *BBC Brasil*. Notícia veiculada em 21 jun. 2007. Disponível em: <www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/sto_ry/2007/06/070621_omc_colapsorg.shtml>. Acesso em 16 mar. 2015.

para que os Estados pudessem estipular novos tetos para a concessão de subsídios distorcivos.⁷⁷ Ocorre que, em razão de uma desavença quanto à flexibilização das fórmulas, as quais permitiriam um Estado adotar excepcionalmente outra modalidade, o acordo não foi possível.⁷⁸ Ademais, outros desacordos relativos à estipulação do mecanismo de salvaguarda, possibilitando-se a sobretaxa em questões pontuais tal como a garantia da segurança alimentar, em razão dos preços dos alimentos estarem gerando surtos de importação em tal ano, igualmente colocaram um termo nas tratativas da sexta conferência, sem alcançar nenhuma proposta concreta para a Rodada.⁷⁹

Assim, uma sétima Conferência Ministerial adveio em 2009, em Genebra, a qual foi paralisada após nove dias de debates, sendo retomada em outra Conferência Ministerial nessa mesma cidade, apenas no ano de 2011. Ambas as reuniões destacaram a necessidade de se concluir a Rodada de Doha, reafirmando a necessidade de fornecer-se uma solução para as questões presentes no longínquo documento de 2001, e criticando a crescente conduta dos países em preferir firmar acordos regionais e bilaterais.⁸⁰

Nessas reuniões, tal como sucedido nas demais, não se obteve avanços significativos no âmbito da agricultura notadamente pelas dificuldades encontradas em debater novos limites de apoio interno.⁸¹ Além disso, a segurança alimentar voltou a receber atenção das partes pela crise dos preços de 2008, tornando-se um “novo” desafio mundial, em que pese nenhuma proposta

⁷⁷ OLIVEIRA, *op cit.* (2011), p. 61-62; OMC. *Chairperson's texts 2008*. Adotado em 9 dez. 2008. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/agric_e/chair_texts08_e.htm>. Acesso em 16 mar. 2015.

⁷⁸ STEWART, Heather. Tariffs: WTO talks collapse after India and China clash with America over farm products. *The Guardian*. Notícia veiculada em 30 jul. 2008. Disponível em: <www.theguardian.com/world/2008/jul/30/wto.india>. Acesso em 14 mar. 2015; STEWART, Heather. Doha: India accuses US of sacrificing world's poor at trade talks. *The Guardian*. Notícia veiculada em 31 jul. 2008. Disponível em: <www.theguardian.com/world/2008/jul/31/wto.india>. Acesso em 15 mar. 2015.

⁷⁹ BIZZOTTO, Márcia. Polêmica sobre salvaguarda põe em risco acordo na Rodada Doha. *BBC Brasil*. Notícia veiculada em 28 jul. 2008. Disponível em: <www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2008/07/080728_omc_atualizarg.shtml>. Acesso em 16 mar. 2015; BIZZOTTO, Márcia. OMC anuncia fracasso das negociações da Rodada Doha. *BBC Brasil*. Notícia veiculada em 29 jul. 2008. Disponível em: <www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2008/07/080729_doha_fim2rg.shtml>. Acesso em 16 mar. 2015.

⁸⁰ OMC. *Séptima Conferência Ministerial: resumen del presidente*. Adotado em 2 dez. 2009. p. 1. [Disponível em: <https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min09_s/min09_s.htm>. Acesso em 16 mar. 2015]; OMC. *Octava Conferência Ministerial: resumen del presidente*. Adotado em 17 dez. 2011. p. 5. [Disponível em: <https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min11_s/min11_s.htm>. Acesso em 16 mar. 2015].

⁸¹ ICTSD. WTO Agriculture Discussions Revert Back to Basics. *Bridges*. v. 13, n. 1, 2009. Disponível em: <<http://www.ictsd.org/bridges-news/bridges/news/wto-agriculture-discussions-revert-back-to-basics>>. Acesso em 16 mar. 2015; BBC. Lamy: Falha da OMC é 'sinal ruim' para economia. *BBC Brasil*. Notícia veiculada em 24 jul. 2006. Disponível em: <www.bbc.co.uk/portuguese/economia/story/2006/07/060724_rodadadohalamyw.shtml>. Acesso em 15 mar. 2015.



concreta ter sido ventilada.⁸² Logrou-se apenas chamar a atenção das partes para a necessidade de adotar-se um novo pacote, mesmo que “de custo final limitado”, a fim de estimular as negociações na OMC.⁸³

Em meio a esse contexto, por conseguinte, há o lançamento da Conferência de Bali em 2013, cuja relevância está justamente na *adoção* de um acordo – o primeiro desde a adoção do AsA. Chamado de ‘Doha Light’, o acordo compreende três pilares:

[a] a agricultura, com um compromisso de reduzir os subsídios às exportações [as quais deveriam extinguir-se em 2013 conforme sugestões advindas de Hong Kong, mas que não caminhavam nessa direção]; [b] a ajuda ao desenvolvimento, que prevê uma isenção crescente das tarifas alfandegárias para os produtos procedentes dos países menos desenvolvidos [permitindo um acesso maior aos mercados], e [c] a facilitação de intercâmbios, que pretende reduzir a burocracia nas fronteiras [isto é, a redução de barreiras administrativas/ não-tarifárias].⁸⁴

Por conseguinte, apesar de não ter havido um termo concreto quanto às reduções de tarifas à PEDs ou requisitos mais específicos para a vinculação de um dado apoio interno à produção a uma das caixas (verde, amarela ou azul), o Pacote de Bali foi visto com bons olhos. Isso porque, um dos três maiores compromissos para a garantia de um mercado menos distorcido, os subsídios à exportação, está em vistas de ser extinto – e não apenas diminuído, o que é muito importante para a questão dos alimentos em virtude dos preços variarem um pouco menos no mercado mundial.

Além disso, o Pacote de Bali confirmou a viabilidade dos programas dos PEDs que visam à garantia da segurança alimentar, permitindo a criação de estoques públicos, desde que eles não tenham efeitos distorcivos no mercado mundial ou afetam negativamente a segurança de outros membros da comunidade internacional.⁸⁵ Por isso, foi considerado um passo

252

⁸² OMC. *op cit.* (2009), p. 2; OMC. *op cit.* (2011), p. 4.

⁸³ OMC. *op cit.* (2011), p. 4.

⁸⁴ EFE. OMC fecha 1º acordo em quase 20 anos para facilitar comércio global. *G1 – Economia*. Notícia veiculada em 7 dez. 2013. Disponível em: <g1.globo.com/economia/noticia/2013/12/omc-desbloqueia-rodada-de-doha-na-conferencia-ministerial-de-bali.html>. Acesso em 22 nov. 2014; em relação ao item ‘a’: OMC. *Competência de las exportaciones*. Adotado em 11 dez. 2013. Disponível em: <https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/mc9_s/desci40_s.htm>. Acesso em 22 nov. 2014; em relação ao item ‘b’: OMC. *Acceso a los mercados libre de derechos y de contingentes para los países menos adelantados*. Adotado em 11 dez. 2013. Disponível em: <https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/mc9_s/desci44_s.htm>. Acesso em 22 nov. 2014; em relação ao item ‘c’: OMC. *Acuerdo Sobre Facilitación del Comercio*. Adotado em 11 dez. 2013. Disponível em: <https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/mc9_s/desci36_s.htm>. Acesso em 22 nov. 2014.

⁸⁵ OMC. *Constitución de existencias públicas con fines de seguridad alimentaria*. Adotado em 11 dez. 2013. Disponível em: <https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/mc9_s/desci38_s.htm>. Acesso em 22 nov. 2014.

importante adotado em 2013, vez que reconhece o papel do sistema multilateral de comércio para a garantia do alimento. Apesar disso, conforme a própria FAO, para que não haja uma dependência institucional, a utilização de mecanismos como este deve vir seguida de políticas que promovam o mercado agrícola, de modo que não distorçam o mercado.⁸⁶

A questão dos programas de estocagem, inclusive, foi um ponto de atrito entre Estados Unidos e Índia que quase levou ao insucesso da Conferência quando da ratificação, em 2014, dos documentos firmados em 2013. Tratava-se, na verdade, de um problema relativo à Índia, haja vista o lançamento de um programa nacional de fornecimento de alimentos, o qual depende fortemente de subsídios e da estocagem.⁸⁷ Nesse sentido, queriam que essas medidas fossem excepcionadas da aplicação das regras de Bali, o que não era aceito pelos Estados Unidos.⁸⁸ Apesar dessa reticência norte-americana, um consenso foi estabelecido em 13 de novembro de 2014, por intermédio de uma *peace clause*, excluindo a possibilidade de a Índia ser acionada no Órgão de Solução de Controvérsias da OMC por causa do seu programa – o que, por sua vez, deixou outros membros, como o Paquistão, insatisfeitos.⁸⁹

Note-se, nessa esteira, que a Rodada de Doha não está tão próxima ao fim no que tange a agricultura, existindo, ainda, uma série de obstáculos a serem contornados. Bali, contudo, mostra-se como um pequeno – mas importante – avanço para a diminuição das distorções mercadológicas. Outrossim, quanto a questão da segurança alimentar, tem-se que as negociações tem se mostrado bem mais preocupadas com esse problema com o passar dos anos, fazendo de Bali um exemplo positivo dessas inquietações, muito embora outras discussões e medidas sejam necessárias para promover o acesso apropriado ao alimento.

⁸⁶ FAO. *The Bali Package: implications for trade and food security*. Roma: FAO, 2014, p. 3 [Disponível em: <<http://www.fao.org/docrep/019/i3658e/i3658e.pdf>>. Acesso em 20 mar. 2015].

⁸⁷ MAINENTI, Mariana. Índia emperra acordo sobre comércio internacional em Bali. *Brasil Econômico*. Notícia Veiculada em 6 dez. 2013. Disponível em: <economia.ig.com.br/2013-12-06/india-emperra-acordo-sobre-comercio-internacional-em-bali.html>. Acesso em 22 nov. 2014; SACO, Isabel. Índia pode frustrar 1º acordo comercial da OMC em 20 anos. *Revista Exame*. Notícia veiculada em 25 jul. 2014. Disponível em: <exame.abril.com.br/economia/noticias/india-pode-frustrar-1o-acordo-comercial-da-omc-em-20-anos>. Acesso em 22 nov. 2014.

⁸⁸ VALOR ECONÔMICO. Acordo na reunião da OMC, em Bali, depende da Índia e dos EUA. *Valor Econômico*. Notícia Veiculada em 6 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.valor.com.br>>. Acesso em 22 nov. 2014.

⁸⁹ HINDUSTAN TIMES. India, US settle row over food security. *Hindustan Times*. Notícia veiculada em 14 nov. 2014. Disponível em: <www.hindustantimes.com/business-news/wto-impasse-ends-india-us-reach-agreement-on-food-subsidies/article1-1285521.aspx>. Acesso em 22 nov. 2014; DAMODARAN, Harish. Explained: Understanding the permanent solution at WTO. *The Indian Express*. Notícia veiculada em 17 nov. 2014. Disponível em: <indianexpress.com/article/india/india-others/understanding-the-permanent-solution-at-wto>. Acesso em 22 nov. 2014.



CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho tinha como objetivo central debater a questão da segurança alimentar a partir das normativas do comércio internacional, de modo a verificar como o sistema multilateral do comércio tem trabalhado para promover o acesso ao alimento de qualidade. Isso porque, o Direito Humano ao Alimento encontra grandes restrições hodiernamente no que tange à sua efetividade em função da crescente insegurança alimentar, a qual não é apenas consequência da falta de qualidade nutricional e sanitária desses bens, como também de outros fatores, tal como a própria falta de *acesso* ao alimento.

Nesse sentido, a distribuição desigual de alimentos de qualidade à população mundial tem sua origem no modelo de mercado atualmente vigente, o qual sofre com o protecionismo exacerbado de países desenvolvidos em relação aos seus produto(re)s. E a partir disso, questionou-se o papel da OMC para a garantia da segurança alimentar, apresentando-se as regras atinentes à matéria advindas do GATT de 1947 e as suas restrições.

Ato contínuo, estudou-se o AsA, documento negociado na Rodada do Uruguai que pretendia reformar o sistema aplicado aos produtos primários, em prol de um mercado mais liberalizado e, conseqüentemente, mais propício para a garantia da segurança alimentar. Desta feita, trabalhou-se com os seus três grandes compromissos (acesso aos mercados, apoio interno e subsídios à exportação) e que novas medidas eles imputavam os Estados.

No último subitem, o texto direcionou-se à discussão da revisão do AsA por meio de diversas negociações e Conferências Ministeriais desenroladas no seio de outra Rodada de Negociação lançada em Doha no ano de 2001. Assim, debateram-se as diversas tentativas de reforma, as quais seriam guiadas pela promoção do desenvolvimento e pelo tratamento especial e diferenciado para os não desenvolvidos, e vislumbrou-se a crescente preocupação dos diversos atores para com a questão da segurança alimentar, tornando-a um objetivo a ser alcançado.

Ao cabo, o texto ressalta a última Conferência Ministerial, ocorrida em Bali no ano de 2013, onde obteve-se sucesso nas reformas após diversos anos de estagnação e contratemplos causados, sobretudo, pelos choques de interesses entre PEDs e PDs. Acerca do acordo lá celebrado, o *Doha Light*, ressaltou-se a importância do mesmo para a questão dos alimentos, em virtude do mesmo excluir uma medida extremamente distorciva das relações comerciais

internacionais que são os subsídios à exportação, além da própria previsão de programas públicos de estocagem, a fim de assegurar a soberania e segurança alimentar dos seus cidadãos.

Nessa esteira, pode-se asseverar que o direito humano ao alimento já está devidamente sedimentado no âmbito internacional e que uma das formas de efetivá-lo é justamente contar com um mercado menos protecionista e discriminatório. Afinal, apenas com um mercado mais liberalizado, tanto por parte dos países desenvolvidos quanto dos países em desenvolvimento, em que as assimetrias entre eles não resem latentes, é que esse direito não será mais objeto de restrições, tal como aquele causado pelo aumento de subsídios internos e/ou à exportação, além das próprias restrições possíveis quando da sua entrada em um dado território, garantido, pois, a segurança alimentar.

Em que pese essa última afirmação ressaltar o viés mercantil do alimento, ele deve ser buscado por todos os Estados – obrigação essa que advém da sua natureza enquanto direito humano. Logo, é dever dos Estados buscar mecanismos para que haja o acesso da população ao alimento nutritivo e saudável, onde se pode incluir as próprias negociações do plano do comércio multilateral. De certa forma, reconhecendo a existência dessa obrigação, os Estados deveriam cooperar mais em prol do debate e da confecção de novos acordos, os quais tornassem o acesso amplo (no sentido de espaço e tempo) e mais equitativo.

Por isso, o Pacote de Bali mostrou-se um grande passo o qual não pode ser negado, mas sim expandido, vez que diminui as desigualdades do sistema multilateral e, conseqüentemente, os riscos da ocorrência de (uma maior) insegurança alimentar. Logo, o papel da OMC no combate à segurança alimentar é de se destacar. Entretanto, não se pode dizer que ele é plenamente suficiente, pois o mercado é apenas um meio pelo qual se pode combater a falta de acesso ao alimento seguro e de qualidade.

REFERÊNCIAS

ABREU, Edeli S.; VIANA, Isabel C.; MORENO, Rosymaura; TORRES, Elizabeth A.. Alimentação mundial: uma reflexão sobre a história. *Saúde e Sociedade*. v.10, n.2, pp. 3-14, 2001.

AFP. Temas a serem debatidos pelos quatro grandes da OMC. *UOL Notícias - Internacional*. Notícia veiculada em 19 jun. 2007. Disponível em: <noticias.uol.com.br/ultnot/afp/2007/06/19/ult34u183798.jhtm>. Acesso em 15 mar. 2015.

AMORIM, Celso. O pós-Seattle. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do (Coord.). *OMC e o Comércio Internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2002.

ANNONI, Danielle. Comércio Agrícola: o Brasil e a OMC. *Scientia Iuris*. Londrina, v. 7/8, pp.29-40, 2003/2004.

ANNONI, Danielle. Protecionismo Regulatório e Comércio Internacional. In: BARRAL, Welber. *O Brasil e o Protecionismo*. São Paulo: Aduaneiras, 2002.

BBC. Brasil e Índia se retiram de reunião sobre Rodada Doha. *BBC Brasil*. Notícia veiculada em 21 jun. 2007. Disponível em: <www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/story/2007/06/070621_omc_colapsorg.shtml>. Acesso em 16 mar. 2015.

BBC. Lamy: Falha da OMC é 'sinal ruim' para economia. *BBC Brasil*. Notícia veiculada em 24 jul. 2006. Disponível em: <www.bbc.co.uk/portuguese/economia/story/2006/07/060724_rodadadohalamyrw.shtml>. Acesso em 15 mar. 2015

BIZZOTTO, Márcia. OMC anuncia fracasso das negociações da Rodada Doha. *BBC Brasil*. Notícia veiculada em 29 jul. 2008. Disponível em: <www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2008/07/080729_doha_fim2rg.shtml>. Acesso em 16 mar. 2015.

BIZZOTTO, Márcia. Polêmica sobre salvaguarda põe em risco acordo na Rodada Doha. *BBC Brasil*. Notícia veiculada em 28 jul. 2008. Disponível em: <www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2008/07/080728_omc_atualizarg.shtml>. Acesso em 16 mar. 2015

CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CARVALHO, Maria Izabel. Condicionantes internacionais e domésticos: O Brasil e o G-20 nas negociações agrícolas da Rodada Doha. *Dados – Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, v. 53, n. 2, pp. 405-445, 2010.

DALTON, Erich *et al.* A questão da Agricultura na OMC: Avanços e Retrocessos para a liberalização do comércio agrícola. *Jus Gentium*. Curitiba, a. 5, n. 10, pp. 53-68, jul./dez. 2011.

DAMODARAN, Harish. Explained: Understanding the permanent solution at WTO. *The Indian Express*. Notícia veiculada em 17 nov. 2014. Disponível em: <indianexpress.com/article/india/india-others/understanding-the-permanent-solution-at-wto>. Acesso em 22 nov. 2014.

DANTAS, Adriana. *Subsídios Agrícolas*. São Paulo: Saraiva, 2009.



DE FIGUEIREDO DIAS, Bernadete. Acordo sobre agricultura: a cláusula de paz e as perspectivas futuras. *Revista da Faculdade de Direito da USP*. São Paulo, v. 99, pp. 683-706, 2004.

EFE. OMC fecha 1º acordo em quase 20 anos para facilitar comércio global. *G1 – Economia*. Notícia veiculada em 7 dez. 2013. Disponível em: <g1.globo.com/economia/noticia/2013/12/omc-desbloqueia-rodada-de-doha-na-conferencia-ministerial-de-bali.html>. Acesso em 22 nov. 2014.

FAO. *Hunger Map*. 2014. Disponível em: <http://www.fao.org/fileadmin/templates/ess/foodsecurity/poster_web_001_MDG.jpg>. Acesso em 24 fev. 2015.

FAO. *The Bali Package: implications for trade and food security*. Roma: FAO, 2014, p. 3 Disponível em: <<http://www.fao.org/docrep/019/i3658e/i3658e.pdf>>. Acesso em 20 mar. 2015.

FAO. *The Importance of Food Quality and Safety for Developing Countries*. Committee on World Food Security, mai./jun. 1999. Disponível em: <<http://www.fao.org/docrep/meeting/x1845e.htm>>. Acesso em 24 fev. 2015.

HEADEY, Derek; FAN, Shenggen. *Reflections on the Global Food Crisis*. Washington D.C.: IFPRI, 2010

HINDUSTAN TIMES. India, US settle row over food security. *Hindustan Times*. Notícia veiculada em 14 nov. 2014. Disponível em: <www.hindustantimes.com/business-news/wto-impasse-ends-india-us-reach-agreement-on-food-subsidies/article1-1285521.aspx>. Acesso em 22 nov. 2014.

ICTSD. WTO Agriculture Discussions Revert Back to Basics. *Bridges*. v. 13, n. 1, 2009. Disponível em: <<http://www.ictsd.org/bridges-news/bridges/news/wto-agriculture-discussions-revert-back-to-basics>>. Acesso em 16 mar. 2015.

IICA. *Situação e Perspectivas da Agricultura no Brasil 2007*. Brasília: IICA, 2008, p. 26 Disponível em: <www.iica.org.br>. Acesso em 14 mar. 2015.

JEPPESEN, H.; ZAWADSKY, K.; ABDELMALCK, R. Fome é causada pela má distribuição e não pela falta de alimentos. *DW – Internacional*. Notícia veiculada em 15 out. 2009. Disponível em: <<http://www.dw.de/fome-%C3%A9-causada-pela-m%C3%A1-distribui%C3%A7%C3%A3o-e-n%C3%A3o-pela-falta-de-alimentos/a-4792836>>. Acesso em 25 fev. 2015.

LAMPREIA, Luiz Felipe. Discurso na III Session of the WTO Ministerial Conference. Seattle, 30 nov. 1999. *Apud*. RASZL, Simone M. Alimentos. In: WELBER, Barral (Org.). *O Brasil e a OMC*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

LUPI, André Lipp B. Comércio Agrícola. In: WELBER, Barral (Org.). *O Brasil e a OMC*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.



MAINENTI, Mariana. Índia emperra acordo sobre comércio internacional em Bali. *Brasil Econômico*. Notícia Veiculada em 6 dez. 2013. Disponível em: <economia.ig.com.br/2013-12-06/india-emperra-acordo-sobre-comercio-internacional-em-bali.html>. Acesso em 22 nov. 2014.

MONTEIRO, Carlos Augusto. A dimensão da pobreza, da desnutrição e da fome no Brasil. *Estudos avançados*. São Paulo, v. 17, n. 48, pp. 7-20, 2003.

MRE. *Comunicado da Reunião Ministerial do G-20*. Brasília: MRE, 12 dez. 2003. Disponível em: <<http://kitplone.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/2003/12/comunicado-da-reuniao-ministerial-do-g-20/print-nota>>. Acesso em 16 mar. 2015.

MRE. *Comunicado de Imprensa do G-20*. Genebra: MRE, 29 de jun. 2006. Disponível em: <kitplone.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/2006/06/29/comunicado-de-imprensa-do-g-20-genebra-29-de-junho>. Acesso em 16 mar. 2015.

OLIVEIRA, Maria Odete. *União Europeia: processos de integração e mutação*. Curitiba: Juruá, 2005.

OLIVEIRA, Visões Brasileiras sobre a Diplomacia do Primário. In: MILANI, Carlos R.; DE LA CRUZ, María Gabriela G. *A Política Mundial Contemporânea*. Salvador: Ed. UFBA, 2010.

OMC. *Acceso a los mercados libre de derechos y de contingentes para los países menos adelantados*. Adotado em 11 dez. 2013. Disponível em: <https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/mc9_s/desci44_s.htm>. Acesso em 22 nov. 2014.

OMC. *Acuerdo Sobre Facilitación del Comercio*. Adotado em 11 dez. 2013. Disponível em: <https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/mc9_s/desci36_s.htm>. Acesso em 22 nov. 2014.

OMC. *Chairperson's texts 2008*. Adotado em 9 dez. 2008. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/agric_e/chair_texts08_e.htm>. Acesso em 16 mar. 2015.

OMC. *Competência de las exportaciones*. Adotado em 11 dez. 2013. Disponível em: <https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/mc9_s/desci40_s.htm>. Acesso em 22 nov. 2014.

OMC. *Constitución de existencias públicas con fines de seguridad alimentaria*. Adotado em 11 dez. 2013. Disponível em: <https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/mc9_s/desci38_s.htm>. Acesso em 22 nov. 2014.

OMC. *Declaración Ministerial de Hong Kong*. Adotada em 18 dez. 2008. Parágrafo 1. Disponível em: <https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min05_s/min05_s.htm>. Acesso em 18 mar. 2015.

OMC. *Octava Conferência Ministerial: resumen del presidente*. Adotado em 17 dez. 2011. p. 5. Disponível em: <https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min11_s/min11_s.htm>. Acesso em 16 mar. 2015.

OMC. *Quinto día – la conferencia termina sin consenso*. Resumo das reuniões de 14 set. 2003. Para. 3 e 5. Disponível em: <https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/minist_s.htm>. Acesso em 18 mar. 2015.

OMC. *Séptima Conferência Ministerial: resumen del presidente*. Adotado em 2 dez. 2009. p. 1. [Disponível em: <https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min09_s/min09_s.htm>. Acesso em 16 mar. 2015.

OMC. *Texto del Paquete de Julio – Pasado Cancún, el Consejo General Decide*. Adotado em 1 ago. 2004. Anexo A. Disponível em: <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dda_s/draft_text_gc_dg_31july04_s.htm>. Acesso em 18 mar. 2015.

OMC. *The Doha Mandate*. Genebra: OMC, 2001. Arts. 13 e 14 (agricultura). Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/agric_e/dohaagmandate_e.htm>. Acesso em 16 mar. 2015.

OMC. *The General Agreement on Tariffs and Trade*. 1947 Disponível em: <https://www.wto.org/English/docs_e/legal_e/gatt47.pdf> . Acesso em 15 mar. 2015.

OSC. *Canadian Import Restrictions on Ice Cream And Yoghurt*. (United States v. Canada). Decisão de 5 dez. 1989 (L/6568 - 36S/68). Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/88icecrm.pdf>. Acesso em 15 mar. 2015.

OSC. *French Assistance to Exports of Wheat and Wheat Flour*. (Austrália v. França). Decisão de 21 nov. 1958 (L/924 - 7S/46). Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/58wheflr.pdf>. Acesso em 15 mar. 2015

OSC. *Japanese Measures on Imports of Thrown Silk Yarn*. (United States v. Japan). Decisão de 17 mai. 1978 (L/4637 - 25S/107).

OSC. *Japanese Measures on Imports of Thrown Silk Yarn*. (United States v. Japan). Decisão de 17 mai. 1978 (L/4637 - 25S/107). Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/77silyrn.pdf>. Acesso em 15 mar. 2015.

RADIS. Produção e Distribuição de Alimentos. *Revista Radis – Comunicação e Saúde*. Rio de Janeiro, n. 8, abr. 2003. Disponível em: <<http://www6.ensp.fiocruz.br/radis/revista-radis/08/reportagens/producao-e-distribuicao-de-alimentos>>. Acesso em: 25 fev. 2015.

REDAÇÃO FOLHA. Sem acordo, Rodada Doha é suspensa. *Folha de São Paulo*. Notícia veiculada em 25 jul. 2006. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi2507200602.htm>>. Acesso em 20 mar. 2015

REIS, Felipe Nagel. *Subsídios na OMC*. Curitiba: Jurua, 2008.

SACO, Isabel. Índia pode frustrar 1º acordo comercial da OMC em 20 anos. *Revista Exame*. Notícia veiculada em 25 jul. 2014. Disponível em: <exame.abril.com.br/economia/noticias/india-pode-frustrar-1o-acordo-comercial-da-omc-em-20-anos>. Acesso em 22 nov. 2014.

SANTOS, Francis. Perspectiva para a soberania alimentar brasileira. In: DAL SOGLIO, Fábio; KUBO, Rumi Regina (coords.). *Agricultura e Sustentabilidade*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

SENA JUNIOR, Roberto Di. *Comércio Internacional & Globalização: a cláusula social na OMC*. Curitiba: Jurua, 2008.

SOLER, Montserrat M.; HUET, Patrícia G. Las Normas del Comercio Agrícola Internacional y la Seguridad Alimentaria. In: RAFOLS, Xavier Pons. (ed.) *Alimentación y Derecho Internacional: normas, instituciones y procesos*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

STEWART, Heather. Doha: India accuses US of sacrificing world's poor at trade talks. *The Guardian*. Notícia veiculada em 31 jul. 2008. Disponível em: <www.theguardian.com/world/2008/jul/31/wto.india>. Acesso em 15 mar. 2015.

STEWART, Heather. Tariffs: WTO talks collapse after India and China clash with America over farm products. *The Guardian*. Notícia veiculada em 30 jul. 2008. Disponível em: <www.theguardian.com/world/2008/jul/30/wto.india>. Acesso em 14 mar. 2015.

THORSTENSEN, Vera. *Organização Mundial do Comércio: as regras do Comércio Internacional e a Nova Rodada de Negociações Multilaterais*. 2ª ed. São Paulo Aduaneiras, 2001.

TREBILCOCK, Michael J.; HOWSE, Robert. *The Regulation of International Trade*. 3ª ed. London: Routledge, 2005.

VALENTE, Flávio Luiz S. Fome, desnutrição e cidadania: inclusão social e direitos humanos. *Saúde e sociedade*. v. 12, n. 1, pp. 51-60, 2003.

VALOR ECONÔMICO. Acordo na reunião da OMC, em Bali, depende da Índia e dos EUA. *Valor Econômico*. Notícia Veiculada em 6 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.valor.com.br>>. Acesso em 22 nov. 2014.

VIEIRA, Gustavo Oliveira; D'ORNELLAS, Maria Cristina G. Direitos Humanos e Comércio Internacional: a necessidade da construção de pontes por meio da segurança alimentar e os novos desafios da OMC. *Nomos – Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*. Fortaleza, v.32, n.2, pp. 179-203, jul./dez. 2012.



VIZENTINI, Paulo. O G-3 e o G-20: o Brasil e as novas coalizões internacionais. *In*: ALTEMANI, Henrique; LESSA, Antônio Carlos (orgs). *Relações Internacionais do Brasil: temas e agendas*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2006.

WTO. *Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT*. 1994.

WTO. *EC – Export Subsidies on Sugar*. WT/DS265/R. Decisão do Painel de 15 out. 2004. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds265_e.htm>. Acesso em: 02 mar. 2015.

Submissão: 05/05/2018
Aceito para Publicação: 31/12/2018



IMPOSSIBILIDADE DE COMERCIALIZAÇÃO DE SANGUE HUMANO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA: O PROBLEMA DA AUSÊNCIA DE UM SISTEMA DE PREÇOS PARA O SANGUE E O DESEQUILÍBRIO ENTRE A OFERTA E A DEMANDA

*THE IMPOSSIBILITY OF HUMAN BLOOD MARKETING IN THE BRAZILIAN LEGAL
ORDER: THE PROBLEM OF THE INEXISTENCE OF A BLOOD PRICING SYSTEM AND
THE IMBALANCE BETWEEN THE OFFER AND THE DEMAND*

Yannie Araujo Mota*

Unie Caminha**

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo demonstrar que a vedação constitucional e legal de comercialização de sangue humano é prejudicial para o indivíduo e para a coletividade. A disposição do sangue humano passou a ser objeto de tutela do Estado a partir da Constituição Federal de 1988, e, posteriormente, da Lei 10.205, de 2001. Ambos os dispositivos foram criados com o escopo de atender determinados anseios da sociedade à época de suas respectivas elaborações. Na década de 1980, ocorreu a propagação em massa do HIV. Assim, ante a disseminação do vírus, o país adotou um protocolo de exigências mínimas para garantir a integridade dos doadores e receptores de sangue. Para tanto, resolveu-se proibir a venda de sangue. A justificativa era de que o sangue proveniente da comercialização era menos seguro, pois as pessoas omitiriam informações importantes com medo de não se beneficiarem da vantagem econômica prometida. Todavia, este argumento não parece mais suficiente para limitar o comércio de sangue no Brasil, uma vez que, hodiernamente, todo sangue coletado no país deve, obrigatoriamente, passar por exames laboratoriais minuciosos, independentemente das informações prestadas pelos doadores. Assim, com o fulcro de garantir o direito de escolha dos indivíduos, bem como aumentar a oferta de sangue nos hemocentros, este trabalho propõe uma revisão das normas supracitadas, haja vista que estudos econômicos salientam a importância de se atribuir um valor de mercado ao sangue, para a correta regulação entre a oferta e a demanda deste produto, evitando, assim, a sua escassez ou seu desperdício.

PALAVRAS-CHAVE: Doação. Comercialização. Lei da Oferta e da Demanda. Mercado. Sangue.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Autonomia privada e atos de disposição do próprio corpo: A vedação legal a comercialização de sangue e hemoderivados. 2 Doar ou vender sangue? 2.1 A economia do “mercado negro” de sangue. 3 Ausência de sistema de preços para o sangue e o desequilíbrio entre a oferta e a demanda. 3.1 A criação de um mercado para o sangue. Considerações Finais. Referências.

ABSTRACT: The purpose of this article is demonstrating that the constitutional and legal prohibition of the marketing of human blood is harmful to the person as well as to the community. The disposition of human blood became subject to State tutelage from the Federal Constitution of 1988, and later from Law 10.205 of 2001. Both devices were created with the scope of meeting certain expectations of society at the time of their respective elaboration. In the 1980s, the massive spread of HIV occurred. Thus, facing this matter, Brazil has adopted a protocol of minimum requirements to ensure the integrity of donors and recipients of blood. In order to do it, the sale of blood was prohibited. The main reason was that blood from marketing was less safe because people would omit important information for fear of not benefiting from the promised economic advantage. However this argument does not seem to be enough to limit the blood trade in Brazil, since every blood collected in the country must be submitted to laboratory examinations irrespective of the information provided by the donors. Thus, with the aim of guaranteeing the right of choosing of individuals, as well as increasing the supply of blood in the blood banks, this paper proposes a revision of the aforementioned norms, since economic studies emphasize the importance of assigning a market value to the blood, for the correct regulation between supply and demand of this product, avoiding its scarcity or waste.

KEYWORDS: Donation. Commercialization. Law of Supply and Demand. Marketplace. Blood.

263

* Mestranda em Direito Constitucional nas Relações Privadas pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Ceará.

** Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor titular da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Ceará. Professor Adjunto da Universidade Federal do Ceará (UFC). Prestador de Serviço da Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP), São Paulo.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, em seu art. 199, § 4º, veda qualquer prática de comercialização de sangue, órgãos e tecidos. No mesmo sentido, a Lei 10.205, de 2001, que trata sobre a coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, ao regulamentar o supracitado artigo constitucional, repete a referida proibição.

A intenção do legislador de impedir a venda de sangue remonta à discussão de saúde pública, qual seja: a qualidade do sangue disponibilizado para a população. Antes da edição da referida lei, bem como do dispositivo constitucional, o comércio de sangue era permitido no Brasil. Contudo, percebeu-se aumento significativo de pessoas contaminadas por doenças infecciosas em razão de transfusões sanguíneas. Dentre os casos de maior destaque, que, inclusive, serviu de inspiração para a elaboração da Lei 10.205, de 2001, foi o do sociólogo Herbert de Souza, o *Betinho*. Hemofílico, ele precisava constantemente se submeter a transfusões. Em um destes procedimentos, acabou por contrair o vírus HIV, vindo a falecer anos mais tarde. O caso *Betinho* gerou intenso debate sobre a qualidade do sangue transfundido. Muitos profissionais da saúde passaram a defender a proibição da venda de sangue, pois, assim, as pessoas evitariam omitir informações relevantes no momento da coleta. Desta feita, referendando o clamor social da época, a comercialização de sangue e derivados foi proibida no país.

Contudo, passados quase vinte e oito anos da publicação da Constituição e quase quinze anos da Lei 10.205/01, questiona-se se a motivação para a proibição da comercialização do sangue ainda é pertinente, haja vista, que, como se verá ao longo deste trabalho, estudos econômicos dão conta de que a atribuição de um valor de mercado ao sangue potencializa as doações, bem como permite um equilíbrio maior entre a oferta e a demanda. Frisa-se, ainda, que a ciência evoluiu de forma, que os exames realizados nos sangues coletados são capazes de identificar infinidades de doenças. Logo, em que pese as informações prestadas pelos pretensos doadores, o sangue passará por análise laboratorial minuciosa. Sendo colocado à disposição dos eventuais receptores, após acurado laudo científico.

Destaca-se, ainda, uma motivação de ordem pessoal, que deverá, certamente, ser sopesada: o direito de dispor do próprio corpo em troca de benefícios pecuniários. Considerando que o indivíduo possui capacidade de autodeterminação, que é dotado de personalidade e que a personalidade é um instrumento para a realização humana, por que estabelecer um óbice ao



projeto de vida de cada pessoa? Em um Estado plural, como o brasileiro, não deveria existir direitos obrigatórios, uma vez que o indivíduo deve ter a possibilidade de escolha. Desta feita, a irrenunciabilidade - elencada pelo Código Civil de 2002 como característica da personalidade - não estaria em dissonância com a *ratio* constitucional? Melhor não seria permitir aos pretensos doadores a possibilidade de escolha entre doar ou vender o seu sangue?

Assim, o presente trabalho tem por fito investigar as situações anteriormente expostas, objetivando, por último, evidenciar que esta limitação implica em prejuízos à autonomia privada do indivíduo e em mau gerenciamento do sangue.

Na primeira parte, analisa-se a possibilidade de disposição do corpo humano em troca de incentivos econômicos. A abordagem será feita na perspectiva da autonomia privada do indivíduo, na possibilidade de escolha deste de conduzir a vida da forma que melhor lhe aprouver.

Na segunda etapa, o estudo se concentrará na chamada “politização do sangue”, oportunidade em que se trará ao debate a discussão travada entre o economista, Kenneth J. Arrow, e o sociólogo, Richard M. Titmuss, sobre as vantagens e as desvantagens de vender sangue. Ainda neste capítulo, abordar-se-á a formação dos mercados negros como consequência das proibições legislativas, utilizando como pano de fundo as chamadas fazendas de sangue, na Índia.

Por último, a terceira parte do trabalho lançará mão de um olhar econômico sobre o tema, circunstância em que se analisará a Lei da oferta e da demanda, a fim de compreender a importância de se atribuir um valor econômico ao sangue, para regular a quantidade de sangue colocada à disposição da sociedade.

No que se refere à metodologia empregada, importa dizer que o trabalho consiste em um estudo descritivo-analítico sobre o tema. A pesquisa utilizada será do tipo bibliográfica, mediante consulta a livros, a legislação, a revistas científicas e a publicações especializadas. No que toca à abordagem dos resultados, a pesquisa é do tipo qualitativa, pois buscará fundamentos na ordem jurídica e econômica para sustentar os argumentos defendidos.

1 AUTONOMIA PRIVADA E ATOS DE DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO: A VEDAÇÃO LEGAL A COMERCIALIZAÇÃO DE SANGUE E HEMODERIVADOS

Existe, no Brasil, proibição normativa para a venda de sangue, tecidos e hemoderivados. Importante destacar, contudo, que não se considera comercialização os gastos com insumos, materiais para exames sorológicos e honorários médicos.¹

Esta opção legislativa se deu em razão da pressão perpetrada por grupos organizados da sociedade civil, a exemplo do Grupo de Apoio e Prevenção à AIDS (GAPA) e da Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS (ABIA), que buscaram na lei uma alternativa para diminuir os índices crescentes de AIDS pós-transfusão. Desta feita, para evitar a disseminação do sangue contaminado e, por consequência, de doenças infecciosas, o legislador optou pela doação como forma exclusiva de se obter sangue no país (SANTOS; MORAES; COELHO, 1993, p.166).

Não obstante, questiona-se esta opção nos dias atuais, em virtude das recomendações contidas na citada Lei 10.205/01, bem como na Portaria 2.712, de 2013, do Ministério da Saúde, que torna obrigatória a realização de exames laboratoriais no sangue doado, a fim de minimizar o risco de transmissão de moléstias.²

Neste sentido, em razão da eliminação prática do principal fundamento para se proibir a venda de sangue, questiona-se a permanência desta limitação na ordem jurídica brasileira, haja vista que muitos são os prejuízos oriundos desta vedação.

Inicialmente, elenca-se que a opção em dispor de parte do corpo humano deveria partir, exclusivamente, de seu titular. O Estado não deveria se imiscuir em questões autorreferenciais, sob o risco de impingir constrangimento à personalidade.

¹ Art. 2º Parágrafo único. Não se considera como comercialização a cobrança de valores referentes a insumos, materiais, exames sorológicos, imunoematológicos e demais exames laboratoriais definidos pela legislação competente, realizados para a seleção do sangue, componentes ou derivados, bem como honorários por serviços médicos prestados na assistência aos pacientes e aos doadores.

² Lei 10.205 - Art. 16. A Política Nacional de Sangue, Componentes e Hemoderivados, cuja execução estará a cargo do SINASAN, será dirigida, em nível nacional, por órgão específico do Ministério da Saúde, que atuará observando os seguintes postulados:

IV - Integrar-se com os órgãos de vigilância sanitária e epidemiológica e laboratórios oficiais, para assegurar a qualidade do sangue, componentes e hemoderivados e dos respectivos insumos básicos.

Portaria 2.712 - Art. 2º: O regulamento técnico de que trata esta Portaria tem o objetivo de regulamentar a atividade hemoterápica no País, de acordo com os princípios e diretrizes da Política Nacional de Sangue, Componentes e Hemoderivados, no que se refere à captação, proteção ao doador e ao receptor, coleta, processamento, estocagem, distribuição e transfusão do sangue, de seus componentes e derivados, originados do sangue humano venoso e arterial, para diagnóstico, prevenção e tratamento de doenças.

Oportuno salientar que a personalidade humana visa à proteção da pessoa em si mesma, como um ser não social, ocupa-se, pois, da proteção do indivíduo livre de constrangimentos sociais. Neste sentido, diz-se que os direitos de personalidade têm caráter instrumental, pois estão a serviço da realização da pessoa humana (CAMPOS, 1990, p. 11).

O recurso para o exercício pleno da personalidade é a autonomia privada. Esta é o mecanismo definidor da escolha pelo exercício ou não de determinados direitos. Questões subjetivas existenciais são de tutela exclusiva do indivíduo, nem o Estado, nem a família, nem amigos podem decidir pelo titular do direito em questão, é o que Stefano Rodotà chama de espaço *indecidibile per il legislatore* (2007, p.24). Nesta toada, percebe-se uma contradição entre o elencado na Constituição e o disposto no Código Civil, quanto ao exercício da personalidade, e, por conseguinte, do direito de escolha (TEIXEIRA, 2010, p. 208).

O Código Civil de 2002, em seus artigos onze e treze, defende que os direitos de personalidade são intransmissíveis, irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária e ainda veta os atos de disposição do próprio corpo, quando importar em diminuição permanente da integridade física ou contrariar a ordem pública ou os bons costumes.

Não obstante, o Código Civil, ao propor a irrenunciabilidade dos direitos de personalidade, agiu contra a *ratio* da Constituição, uma vez que esta estabeleceu um espaço de opções pertencente unicamente à pessoa humana, dada a intimidade que permeia tais decisões. A renúncia trata, portanto, de manifestação da personalidade, haja vista que os direitos de personalidade são direitos de liberdade (TEIXEIRA, 2010, p.221).

A opção por tratar os direitos de personalidade como irrenunciáveis importa em consentir com a máxima de que o detentor de direitos de personalidade tem o dever e não a faculdade de exercê-los. Tanto não faz sentido esta autolimitação que se já se percebe a mitigação desta determinação legal. Como exemplos, cita-se as pessoas que participam de *reality shows* e dispõe de sua privacidade; as pessoas que se submetem as cirurgias de transgenitalização e descaracterizam o seu sexo biológico; as pessoas que dispõe de dados biométricos e expõe a sua identidade; os lutadores de MMA (**Mixed Martial Arts**) que dispõe da sua integridade física em razão do seu trabalho. Todas estas situações ocorrem, bem como já são aceitas pela ordem jurídica.

Relevante, ainda, dizer que existem situações em que a suposta diminuição permanente do corpo funciona como solução saudável para o seu titular, como ocorre, por exemplo, com as pessoas com disforia de gênero. A não realização da mudança de sexo gera sofrimento para o



portador da disfunção. Outrossim, é possível que o estilo de vida escolhido por determinada pessoa envolva constantes violações à personalidade, como ocorre com quem opta por fumar. Obviamente, a pessoa sabe que o hábito é prejudicial à sua saúde, mas ainda, assim, por uma escolha pessoal, opta em praticá-lo. É bom que assim seja, pois, o indivíduo é dotado de capacidade, esta capacidade foi conferida para que este possa tomar decisões racionais a seu ver, não dependendo para isto do apoio do Estado (MORAES, 2010).

O argumento de que não se pode dispor do corpo de forma a causar dano permanente ou que tal disposição atente contra a ordem pública ou os bons costumes faz que o Código incida novamente em equívoco. Ordem pública significa o bem coletivo. A supremacia do público sobre o privado. Nesta lógica, uma escolha individual, desde que não prejudique ninguém e nem imponha custos a terceiros, não interessa ao Estado, a situação não é merecedora de tutela estatal. Igualmente, ocorre com o argumento dos bons costumes. Bons costumes é um conceito subjetivo, depende do momento histórico de quem analisa.

Estas vedações constituem, na verdade, tutela do corpo contra o próprio corpo, nas palavras de Ana Carolina Brochado Teixeira. Esta opção do legislador cria a ideia de que o Estado sabe o que é melhor para todos, independentemente da vontade dos indivíduos. O Estado consubstancia, assim, postura paternalista, a partir da infantilização de seus cidadãos (p.268, 2010).

Foi o que aconteceu em relação a decisão pelo comércio ou pela doação de sangue. Superada a motivação quanto à qualidade do sangue transfundido, o Estado deveria ter concedido aos seus cidadãos o direito de escolha. Contudo, apoiando-se na justificativa de que a remuneração pelo sangue geraria a coisificação do homem pelo homem ou ainda a mercantilização das relações humanas, optou-se por manter a proibição.

Ínsito destacar que os autores que concordam com a disposição do corpo em prol do respeito à dignidade humana relutam em aceitar a patrimonialização do mesmo corpo humano. O que, por sua vez, revela um contrassenso, pois pode fazer parte do projeto de vida de um indivíduo ganhar dinheiro com o seu corpo, de forma que este só se realize como pessoa ao receber um valor pecuniário pela disposição do mesmo.³

³ Na França, na cidade de Morsang-sur-Orge, era comum em uma determinada boate a atração de arremesso de anão. O anão concordava com a brincadeira e recebia remuneração para tanto. Contudo, o prefeito da cidade proibiu o espetáculo, pois entendeu que a atividade violava a dignidade humana. O anão discordava da decisão, tanto que ingressou com recurso perante o Tribunal Administrativo, usando como fundamento as garantias fundamentais do trabalho e da atividade econômica privada.



Seguindo esta lógica, Ana Carolina Brochado Teixeira (2010, p.234) alude que: “o efetivo problema, portanto, reside, no caráter remuneratório dos atos de disposição do corpo, que coloca questões existenciais a serviço da patrimonialidade, invertendo a lógica do sistema constitucional do primado da pessoa humana”. Com todo respeito as considerações da autora, percebe-se uma incoerência em sua afirmação, pois eventual patrimonialização do corpo humano não inverte a lógica de que questões existenciais se sobrepõe às patrimoniais. Muito pelo contrário, mantém-se a coerência, pois as pessoas que estão recebendo remuneração pela disposição de seus corpos estão fazendo isto para se realizarem como pessoa. Na verdade, a patrimonialização é um meio para o exercício da personalidade e não o contrário. Pois, quando um indivíduo tem a possibilidade de dispor de seu corpo por dinheiro, ele está evitando de se submeter a situação de penúria. Percebe-se, portanto que questões patrimoniais não são colocadas acima das existenciais, mas que as questões patrimoniais servem de realização para questões existenciais. A patrimonialização não é o fim, mas, sim, o meio para se garantir a dignidade. Logo não há motivo para se falar em desrespeito ao primado da dignidade humana, pois o fim continua a ser a dignidade, pois nada mais violador da humanidade do que depender da benevolência alheia para sobreviver.

269

Apesar deste pensamento não ser majoritário, já se percebe situações em que a sociedade admite o recebimento de remuneração pela disposição da personalidade. Pessoas participam de *reality shows* em busca de fama e de dinheiro, e para tanto dispõem de sua intimidade, do mesmo modo lutadores de MMA abrem mão de sua integridade física em troca de quantias vultosas. Por que não admitir situação similar em relação ao sangue? Não se pretende, em absoluto, defender a venda como meio exclusivo para adquirir sangue – até porque representaria uma afronta à liberdade de escolha de cada um - mas apenas que se oportunize o direito de escolha para quem tem a intenção de fazer isto.

Portanto, o argumento de que essas pessoas seriam “escravizadas” por aqueles que têm dinheiro, que se tornariam objetos, pois os detentores de melhores condições se aproveitariam da condição de miserabilidade de outros para lucrarem, não parece coerente. Pois, a eventual transação - coleta e o pagamento pelo sangue - não seria feita diretamente entre o vendedor e o interessado, mas seria intermediada por hemocentros ou clínicas particulares, inclusive, para garantir a qualidade do sangue doado e também a saúde do doador e do receptor. Lembrando, mais uma vez, que o sangue tem por vantagem a possibilidade de rápida regeneração, de modo

que, em aproximadamente três meses, a pessoa que doou sangue já estará apta a fazer novas doações. Não se trata, portanto, de procedimento que diminua a capacidade do titular.

2 DOAR OU VENDER SANGUE?

Superada a discussão quanto a viabilidade de vender sangue na esfera dos direitos de personalidade, importante, neste capítulo, instaurar discussão acerca das vantagens e desvantagens da venda ou da doação de sangue. Nesta oportunidade, válido destacar a discussão travada entre o economista, Kenneth. J. Arrow, e o sociólogo, Richard Titmuss, sobre qual seria o sistema de sangue mais eficiente, o que admite a atribuição de um valor econômico ao sangue ou aquele que rejeita a mercantilização do mesmo.

O sangue aparece como objeto de interesse das ciências humanas e da Economia, na Europa e nos Estados Unidos, a partir da década de 1970. Mais especificamente, diz-se que a *politização do sangue* se iniciou na Inglaterra, a partir de um amplo debate sobre o *National Heath Service*, do qual fazia parte o *National Blood Transfusion Centre*. Naquele país, uma vez processado e fracionado o sangue nos hemocentros regionais, o *Centro Nacional de Transfusão de Sangue* fazia a distribuição gratuita aos hospitais mediante um sistema de cotas, baseado nas estimativas das necessidades de cada hospital. Importando destacar que as doações eram voluntárias (SANTOS; MORAES; COELHO, 1993, p.170).

Todavia, o sistema inglês recebeu várias críticas, pois estudiosos defendiam que este *modus operandi* estimulava o desperdício. Estes estudiosos propunham, por sua vez, a venda de sangue aos hospitais, pois esta prática promoveria o uso responsável e evitaria o desperdício. Esta posição foi a defendida pelo *Institute of Economic Affairs*, que lançou a problematização por meio de dois economistas, M. H. Cooper e A. J. Culyer em defesa do livre mercado de sangue e de hemoderivados (SANTOS; MORAES; COELHO, 1993, p.170).

Para estes pesquisadores, por ser um bem escasso, o sangue só conseguiria ser regulado, se a sua demanda chegasse a níveis estritamente necessários, uma vez que se trata de produto sujeito às leis do mercado. Se o sangue fosse suprido exclusivamente por agências reguladoras, haveria tendência ao desperdício.

Todavia, em posição contrária, o sociológico inglês, Richard Titmuss, da *London School of Economics and Political Science*, publicou artigo em que rejeitava a construção teórica do

sangue como mercadoria e sustentava o argumento de que o mercado não poderia evitar uma “seleção natural” daqueles que pudessem pagar.

Ampliando ainda mais o debate, Titmuss tentou correlacionar cidadania, valores morais e qualidade do sangue transfundido, buscando demonstrar que os sistemas nacionais em que o sangue era proveniente de doação, o sangue apresentava índices de hepatite transfuncional mais baixos no que nos sistemas mercantilizados. O sociólogo propõe, ainda, a possibilidade de correlacionar a qualidade do sangue com os tipos de relações humanas desenvolvidas em uma sociedade. Para ele, a doação estimularia comportamentos altruístas, já a mercantilização do sangue geraria comportamentos egoístas. Titmuss afirma que a remuneração incentivaria o doador a esconder informações que pudessem excluí-lo do sistema de remuneração.

Não obstante, na *Conferência Sobre Altruísmo e Teoria Econômica*, o economista Kenneth J. Arrow,⁴ prêmio Nobel de Economia de 1972, apresentou trabalho que fazia contraposição aos argumentos de Titmuss.

Arrow mostra-se não convencido das explicações altruístas de Titmuss. Para Arrow, Titmuss parece sugerir que as pessoas doam sangue porque vivem em uma sociedade altruísta, mas não explica a razão de alguns doarem e outros não. Para tanto, usa como fundamento o país que Titmuss tinha como referencial máximo de altruísmo, a Inglaterra, pois, apenas, 6% da população inglesa doava sangue regularmente (SANTOS; MORAES; COELHO, 1993, p.170).

Arrow, então, procura explicações alternativas para a doação de sangue, levantando as seguintes conjecturas: talvez alguém doe para forçar uma obrigação generalizada das outras pessoas de retribuírem.⁵ Ou, ainda, pessoas doam porque o altruísmo poderia ser um mecanismo evolutivo “embutido” nas sociedades humanas, favorecendo a sobrevivência da espécie (SANTOS; MORAES; COELHO, 1993, p.170).

Arrow defende que as sociedades humanas só teriam a ganhar se fosse preservada a livre escolha do indivíduo entre doar sangue ou receber benefício econômico. Assim, o economista

⁴ Kenneth J. Arrow é considerado um dos fundadores da Economia Neoclássica.

⁵ Esta possibilidade de doação como retribuição compreende a chamada Economia da dívida, idealizada pelo sociólogo francês Marcel Mauss. Esta economia compreende o sistema social no qual os membros fazem doações de bens e serviços valiosos uns aos outros, sem que haja formal expectativa de reciprocidade imediata ou futura, como num mercado. Todavia, a reciprocidade existe, não necessariamente envolvendo as mesmas pessoas, mas uma corrente contínua de doações. Percebe-se, aqui, que a reciprocidade se tornou uma obrigação. Apesar de estimular a doação e a não mercantilização das relações humanas, o autor é categórico ao afirmar que “não existe presente puro”, ou seja, que, no final das contas, nada é totalmente de graça, existe, sim, um valor atribuído a ação. No caso, não é o valor do uso, como ocorre nas economias de mercado, mas o valor da troca (SABOURIN, 2008).

acredita que a criação de um mercado para o sangue e hemoderivados não teria o condão de reduzir o potencial de altruísmo em uma sociedade.

De outro turno, Titmuss acredita que a comercialização do sangue geraria três tipos de ineficiências, quais sejam: imposição de riscos desnecessário ao receptor de sangue; geraria riscos a certas classes de doadores e impingiria o desperdício e a escassez de sangue, pois, na sua concepção, pelo fato de o mercado operar segundo uma lógica de interesses empresariais e não sociais, poderia sobrar sangue em áreas abastadas e escassez em áreas pobres.

Arrow acredita que as duas primeiras formas de risco podem ser reduzidas sem a abolição do sistema. Quanto ao terceiro ponto, este acredita que o mercado não é uma causa de desperdício. Usando como referência a situação norte-americana, o desperdício ocorria em razão da forma excessivamente descentralizada da coleta do que propriamente da mercantilização.⁶ Arrow afirma que não há alternativas que se excluam, mas sistemas que se complementam, ou seja, o altruísmo e o mercado podem operar juntos, para o benefício de todos (SANTOS; MORAES; COELHO, 1993, p.170).

Para Arrow, contudo, é extremamente limitada a possibilidade do comportamento altruísta se expandir, pois, por se tratar de um bem escasso, do ponto de vista econômico, seria irracional que as pessoas se privassem de um benefício para aumentar o benefício de outro.

2.1 A Economia do “Mercado Negro” de Sangue

Corroborando os argumentos de Arrow, uma situação atual, demonstra que a proibição a remuneração de sangue acaba gerando disfunções. Pois, na maioria das vezes, o altruísmo não é suficiente para estimular as pessoas a doarem, de modo que hemocentros continuam com baixos estoques e pessoas precisam recorrer ao sangue de modo ilegal para garantir a sobrevivência de parentes e amigos. Assim, surgem os mercados negros de sangue.

Mercados negros são atividades de compra e venda que ocorrem fora do campo de ação das autoridades. Sabe-se que os mercados são simplesmente processos que envolvem a interação entre compradores e vendedores. Quando o papel do Estado fica restrito a proteção

⁶ Sistemas centralizados são aqueles que propõe a interligação entre os vários integrantes do sistema, de modo que a intensa comunicação impede que ocorra o desperdício de sangue, uma vez que quando determinada localidade precisa de sangue e outra localidade tem disponibilidade, poderá encaminhar para o local que precisa da bolsa de sangue. Em sentido contrário, os sistemas descentralizados são aqueles que não buscam uma intercomunicação entre os vários integrantes do sistema, o que acaba gerando a escassez ou o desperdício do produto.

das pessoas e da propriedade privada, os processos de mercado ocorrem sem impedimentos. Todavia, quando os governos interferem nos processos de mercado por meio de impostos, regulamentação e proibições, eles vão além da sua função de garantir a ordem. Frisa-se, ainda, que quando algo se torna ilegal, as demandas dos consumidores não desaparecem, ao contrário, os consumidores visam alternativas, meios mais custosos e arriscados para satisfazerem seus desejos. Assim, os preços tornam-se maiores do que deveriam e a diversidade, a qualidade e a quantidade diminuem (LEROY, 2010).

Foi o que ocorreu na Índia, em decorrência da proibição de remuneração pelo sangue. Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), o percentual ideal de doadores de sangue de um país deve corresponder entre 1% a 3% de sua população, para que se torne possível a criação e a manutenção de um estoque nacional de sangue (MARCONI, 2015).

A Índia, por seu turno, enfrenta uma situação de déficit de sangue, uma vez que a sua população é de 1,2 bilhão de pessoas e sua reserva de sangue não ultrapassa 9 milhões de bolsas por ano. O país não consegue alcançar 1% de bolsas de sangue para o número total de habitantes (ANAND, 2015).

Esta falta de estoque gerou um surto de doadores profissionais, pessoas que ficam próximas a hospitais e que se dispõem a cederem o seu sangue em troca de dinheiro. Destaca-se que, na Índia, o comércio de sangue se tornou ilegal desde 1996.

Em 2008, foi descoberta uma fazenda de sangue, na cidade indiana de Shahpur. Pessoas foram aliciadas para venderem o seu sangue por aproximadamente 500 a 1000 rúpias, algo em torno de 8 a 15 dólares. Entretanto, diferentemente do acordado, estas pessoas foram submetidas a situação de cárcere privado, sendo obrigadas a realizarem várias doações de sangue por semana, de modo que ficaram tão fracas que não conseguiram fugir. Os homens eram alimentados apenas duas vezes por dia e forçados a doarem sangue até três vezes por semana pelo valor de 150 a 200 rúpias. Um dos homens foi resgatado pesando apenas vinte e um quilos, pois chegou a realizar dezesseis doações em um único mês (ANAND, 2015).⁷

⁷ Esta fazenda supriu por dois anos e meio a demanda de bancos de sangue de hospitais da região.

3 AUSÊNCIA DE SISTEMA DE PREÇOS PARA O SANGUE E O DESEQUILÍBRIO ENTRE A OFERTA E A DEMANDA

A economia estuda a forma que a sociedade administra seus recursos escassos. Sabe-se que as pessoas respondem a incentivos. Estes, por sua vez, são fundamentais para analisar o funcionamento do mercado. Por exemplo, quando o preço da laranja aumenta, as pessoas optam por comer menos laranja. Ao mesmo tempo, os donos de fazendas de laranjas decidem contratar mais trabalhadores e colher mais laranjas. O preço mais alto proporciona incentivo para que os compradores consumam menos e um incentivo para que os vendedores produzam mais. Assim, o efeito do preço sobre o comportamento de consumidores e produtores é crucial para entender como a economia de mercado aloca recursos escassos (MANKIW, 2009, p.07).

A oferta e a demanda são forças que fazem as economias de mercado funcionarem, são elas que determinam a quantidade produzida, bem como o preço pelo qual o bem será vendido. O mercado, por sua vez, é um grupo de compradores e vendedores de um determinado bem ou serviço. Os compradores determinam a demanda do produto e os vendedores determinam a oferta. O principal fator que determina a quantidade demanda é o preço do bem. Já a quantidade ofertada de qualquer bem ou serviço é a quantidade que os vendedores querem e podem vender.

Existem variáveis que deslocam a curva da demanda, quais sejam: a renda, os substitutos, os gostos, as expectativas, o número de compradores. Já as variáveis que deslocam a curva da oferta são: o preço dos insumos, as tecnologias, as expectativas e o número de vendedores.

Diz-se que o mercado atinge o seu equilíbrio quando a quantidade de bem que os compradores desejam e podem comprar é igual à quantidade que os vendedores desejam e podem vender.

O excesso de oferta cria o excesso de bens ou serviços no mercado, que, por seu turno, acaba ocasionando uma diminuição dos preços, o preço baixo gera excesso de demanda, que gera escassez do bem ou serviço. O excesso de demanda, por sua vez, promove a escassez do produto ou serviço, que, por consequência, acarreta o aumento dos preços.

Oferta e demanda determinam o equilíbrio do mercado, o que, por sua vez, determina o preço e a quantidade do bem que os compradores compram e que os vendedores vendem. O preço e a quantidade de equilíbrio dependem da posição das curvas de oferta e demanda.



Quando algum evento desloca uma dessas curvas, o equilíbrio do mercado muda, resultando em um novo preço e uma nova quantidade trocada.

O mercado é uma boa maneira de organizar a atividade econômica. Em qualquer sistema econômico, os recursos escassos têm que ser alocados entre usos que competem entre si. As economias de mercado usam as forças da oferta e da demanda para este fim. (MANKIWI, 2009, p.84).

Nos países em que o mercado de venda de sangue é proibido, o governo estabeleceu para o sangue um preço máximo igual a zero. Com isso, como ocorre com qualquer preço máximo obrigatório, há uma escassez do bem. Se aqueles que precisam de sangue pudessem comprá-lo de quem tem interesse de vender, o preço se elevaria até equilibrar a oferta e a demanda. Os vendedores se beneficiariam do dinheiro recebido, os compradores se beneficiariam do sangue. A escassez de sangue logo desapareceria. O mercado, assim, faria uma alocação eficiente de recursos (MANKIWI, 2009, p. 150).

Importante esclarecer que o controle de preços costuma ser aplicado quando os formuladores de políticas públicas acreditam que o preço do mercado de um bem ou serviço é injusto para os compradores os vendedores. Assim, o preço máximo é o limite máximo legal para o preço ao qual um bem pode ser vendido e o preço mínimo é o limite mínimo legal para o preço ao qual um bem pode ser vendido. Como consequência desta determinação estatal, quando o governo estabelece um preço máximo em uma economia competitiva, surge uma escassez de produtos e os vendedores são obrigados a racionar os bens escassos entre um grande número de compradores em potencial. O preço mínimo, por sua vez, causa um excedente, pois os vendedores não conseguirão vender a quantidade que desejam ao preço de mercado.

Nesta esteira, oportuno destacar um fator econômico ainda não mencionado, mas de grande relevância para compreender o ajustamento dos preços, a chamada elasticidade-preço da demanda. Esta serve para avaliar a intensidade da variação da quantidade demandada diante da variação do preço. Assim, diz-se que o bem tem demanda elástica quando a quantidade demandada responde a variações no preço. Em contrapartida, um bem tem demanda inelástica quando a quantidade demandada responde pouco a variações nos preços. Quanto mais escasso é o bem, mais inelástico ele tende a ser, ou seja, sofre menos influência do preço. Itens como eletricidade, serviços de água e esgoto e mesmo alguns remédios, além de essenciais, não têm substitutos próximos, por isso afirma-se que a sua demanda é muito inelástica (PINHEIRO, 2005, p.48).



O mesmo ocorre com o sangue, pois não há substitutos para ele. Percebe-se, assim, que, por mais que se queira deixar o sangue de fora do mercado, este sofre ingerência de forças econômicas, então, para otimizar a utilização do sangue, nada mais eficiente do que permitir a sua inserção no mercado.

3.1 A Criação de um Mercado para o Sangue

Observando que o sangue é um recurso escasso, assim como a maioria dos produtos que estão no mercado, relevante para a adequada regulação da oferta e da demanda do sangue o estabelecimento de um sistema de preços.

Assim, verificando esta situação, pesquisadores da Universidade de Harvard e da Universidade Sidney publicaram um artigo, no *Journal of Economic Perspectives*, em que discutem como os economistas podem ajudar a resolver os problemas deste “mercado”, pautado pela ausência de um sistema de preços que ajude a coordenar a oferta e a demanda.

Segundo os autores, as doações de sangue costumam ser maciças após desastres, como os ataques terroristas em 2001, o furacão Katrina em 2005 e os incêndio florestais na Austrália em 2009. Contudo, a maioria destes acontecimentos afetam apenas minimamente a demanda por sangue. Picos de sangue, após catástrofes deste tipo, resultam em excesso de oferta e prazo de validade limitado, uma vez que o sangue é extremamente perecível. O que tem levado a destruição de milhares de bolsas de sangue (2014, p.177).⁸

Por outro lado, a escassez sazonal da oferta de sangue no inverno e em feriados é mais comum. Esses desequilíbrios entre oferta e demanda não surpreendem os economistas, dada a falta de um preço de mercado para o sangue. A disposição de sangue, ainda que motivada pelo altruísmo, é fortemente influenciada por forças econômicas, incluindo oferta e demanda, economia de escala e risco moral (2014, p.177).

Lacetera e Macis (2010) observam aumento nas doações de sangue quando existe recompensas simbólicas e reconhecimento social. No mesmo sentido, Goetle e Stutzer (2011) examinando cerca de doze mil doadores suíços, vinte e cinco mil doadores argentinos e 100.000

⁸ Após os ataques terroristas de 2001, cerca de quinhentas e setenta e mil bolsas de sangue foram coletadas pela Cruz Vermelha. Contudo, estima-se que entre cem mil e trezentas mil bolsas foram descartadas, pois não houve necessidade de utilização. O custo destas bolsas desperdiçadas foi entre vinte e um e sessenta e três milhões de dólares, considerando o custo unitário de cada bolsa de duzentos e onze dólares.

doadores americanos, concluíram que o oferecimento de pequenos presentes aumenta a oferta, sem afetar futuras doações e sem prejudicar a qualidade do sangue.

Assim, os estudiosos sugerem a criação de um mercado artificial para o sangue nos países em que existe impossibilidade legal de inserir o sangue no mercado. Este mercado funcionaria a partir da criação de um central de compensação de doações, para que, assim, haja a formação de uma espécie de sinal de preço. Nesta esteira, propõe a criação de um *call center*, que selecionaria os doadores de acordo com as suas preferências, semelhante ao que o mercado faz. Lógico que não é o ideal, mas um sistema de incentivos é o caminho para um sistema completamente remunerado (2014, p. 192).

Uma das estratégias é o oferecimento de um preço sombra para motivar doadores de sangue quando a quantidade de sangue ficar abaixo do esperado. O preço sombra corresponde ao custo de oportunidade de uma atividade, que pode ser referido como sendo o seu verdadeiro preço econômico. Podem ser calculados para bens e serviços que não tem preço de mercado, como ocorre em países de economia planificada, por serem estabelecidos pelos Estado.

277

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As razões que levaram à vedação ao comércio de sangue, no Brasil, não devem mais prosperar. Viu-se, ao longo, deste trabalho que muitos são os argumentos utilizados para justificar a não mercantilização do sangue, contudo, todos eles mostram-se deslocados dos interesses da sociedade brasileira hodierna, bem como da lógica de mercado.

A principal recusa, para admitir a venda de sangue, estaria na qualidade do sangue cedido, pois as pessoas poderiam omitir informações relevantes para se beneficiarem da remuneração prometida. Sabe-se, entretanto, que, independentemente das informações fornecidas pelos pretensos doadores, o sangue ainda será submetido a minuciosa avaliação laboratorial, de sorte que o argumento de que o sangue oriundo de relações mercantis é menos seguro, não encontra mais substrato científico.

Na mesma esteira, está em dissonância, com o momento atual do Direito, o fundamento de que a remuneração pelo sangue culminaria em vilipêndio à dignidade humana ou ainda em preponderância de questões patrimoniais em detrimento de questões existenciais. A opção entre doar ou vender sangue não macula a dignidade, mas, sim, garante o exercício desta, pois nada

mais atentatório à humanidade do que a impossibilidade de escolha. Engana-se quem pensa que, nesta situação, a personalidade estaria à serviço do patrimônio, muito pelo contrário, o patrimônio, na verdade, é o meio para efetivar a personalidade humana.

Oportuno, ainda, destacar a importância de um processo de “dessacralização” do sangue. Este não deve ser tratado como algo divino, mas, sim, como um produto indispensável à vida, deve ser encarado da mesma forma que a comida ou a água, fundamentais para a sobrevivência. Pois, se assim for compreendido, não há razão para justificar a sua ausência do mercado.

Relevante a incorporação do sangue ao mercado, pois, somente assim, se conseguirá regular adequadamente a oferta e a demanda deste produto, pois a ausência de um preço para o sangue gera disfunções no sistema, ocasionando o desperdício ou a escassez deste bem.

Percebe-se, portanto, que não há mais fundamento razoável para a limitação constitucional e legal para a venda de sangue, de modo que a manutenção destes dispositivos, na ordem jurídica brasileira, traduz-se em desrespeito à autonomia privada do indivíduo e má alocação de recurso escasso, o que, em última análise, implica em riscos para toda a coletividade.

278

REFERÊNCIAS

ANAND, Anu. *O mercado ilegal de venda de sangue na Índia*. Disponível em: [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/02/150131_sangue_mercado_india_aa_cc]. Acessado em 30 de maio de 2016.

CAMPOS, Diogo Leite. Lições de direito de personalidade. *Separata do vol. LXVI do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: s/e, 1990.

GOETTE, L.; STUTZER, A. *Blood Donation and Incentives: Evidence from a Field Experiment*, Unpublished paper, 2011.

LACETERA, Nicola; MACIS, Mario. Social Image Concerns and Prosocial Behavior: Field Evidence from a Nonlinear Incentive Scheme. *Journal of Economic Behavior and Organization*. Vol 76(2): p.225 –37, 2010.

LEROY, Danny G. *A economia do mercado negro em uma página*. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=700>>. Acessado em 30 de maio de 2016.

MANIKI, N. Gregory. *Introdução à Economia*. 5.ed. São Paulo: Cengage Learning, 2009.



PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

RODOTÁ, Stefano. *Dal soggetto ala persona*. Editariale Scientifica, 2007.

SABOURIN, Eric. Marcel Mauss: da dádiva à questão da reciprocidade. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol.23, no.66: São Paulo, Fev. 2008.

SANTOS, Luiz A. de Castro; MORASES, Cláudia; COELHO, Vera Schaitan P. Coelho A Politização do Sangue no Primeiro Mundo. *PHYSIS - Revista de Saúde Coletiva*. Vol. 3. Número 2. 1193.

SLONIM, Robert; WANG, Carmen; GARBARINO, Ellen. The Market for blood. *Journal of Economic Perspectives*. Vol 28. N ° 2, spring, 2014, p.177-196.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

Submissão: 21/06/2018
Aceito para Publicação: 31/12/2018

279



PLANOS DE MANEJO: PANORAMA, DESAFIOS E PERSPECTIVAS

MANAGEMENT PLANS: PANORAMA, CHALLENGES AND PERSPECTIVES

Larissa Suassuna Carvalho Barros*

Marcia Dieguez Leuzinger**

RESUMO: A gestão de uma unidade de conservação, quando bem definida e executada, contribui diretamente para o alcance de seus objetivos e para a sua desejada efetividade. Levando isso em conta, a Lei nº 9.985/2000 previu a elaboração de planos de manejo para todas as categorias e lhe atribuiu o papel de principal instrumento de gestão de uma unidade de conservação. O presente estudo visa expor o panorama dos planos de manejo no ordenamento jurídico brasileiro, identificar algumas dificuldades enfrentadas em seu processo de elaboração e implementação pelos órgãos ambientais gestores, bem como apontar quais são as perspectivas de que possam efetivamente funcionar como peças-chave na implementação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação.

ABSTRACT: The management of a Conservation Unit, when well defined and executed, contributes directly to the achievement of its goals and desired effectiveness. Taking this into account, Law n. 9.985/2000 prescribed the management plan and assigned it the role of a Conservation Unit's main management tool. This present case study aims to expose the legal panorama of management plans in Brazil, to identify some challenges faced in its process of creation and implementation by the environmental agencies, as well as to point out the perspectives that management plans can effectively function as key elements for the implementation of the National Conservation Units System.

PALAVRAS-CHAVE: Unidades de conservação. Planos de manejo. Panorama legal. Desafios. Perspectivas.

KEYWORDS: Conservation units. Management plans. Legal panorama. Challenges. Perspectives.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Panorama legal dos planos de manejo no Brasil. 1.1 Breve histórico. 1.2 Planos de manejo na Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação. 1.2.1 Obrigatoriedade. 1.2.2 Abrangência. 1.2.3 Conteúdo. 1.2.4 Elaboração. 1.2.5 Implementação e atualização. 1.2.6 Aprovação e divulgação. 2 Desafios e perspectivas dos planos de manejo no Brasil. 2.1 Impossibilidade de fixação de zonas de amortecimento. 2.2 Dificuldades de implementação. 2.2.1. Engessamento dos roteiros metodológicos. 2.2.2 Dificuldades de observância do prazo de elaboração. Considerações Finais. Referências.

281

INTRODUÇÃO

De acordo com o Cadastro Nacional de Unidades de Conservação (CNUC) – banco de dados oficial do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) mantido pelo Ministério do Meio Ambiente e alimentado pelos órgãos ambientais gestores dos três níveis da federação (União, Estados e Municípios) –, o Brasil possui atualmente 2.071 unidades de conservação (UCs), que representam uma área de 1.585.778 km² (MMA, 2017). Embora expressiva, essa área ainda é insuficiente para o cumprimento do compromisso internacional firmado pelo país no ano de 2010, quando da aprovação do Plano Estratégico de Biodiversidade

* Mestranda em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UnICEUB), Distrito Federal. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Procuradora Federal.

** Pós-Doutora em Direito Ambiental pela University of New England, Austrália. Doutora em Desenvolvimento Sustentável pela Universidade de Brasília (UnB), Distrito Federal. Professora de Direito Ambiental no Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB), Distrito Federal.

para o período de 2011 a 2020, na 10ª Conferência das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica (COP-10/Nagoya, Aichi, Japão).

Na ocasião, os países signatários da Convenção ocuparam-se em traçar estratégias de ação concretas com o objetivo de frear a perda de biodiversidade no planeta, materializadas por meio de vinte proposições conhecidas como *Metas de Aichi*. A 11ª Meta estabeleceu que, até 2020, pelo menos 17% das áreas terrestres e águas continentais e 10% das áreas costeiras e marinhas, especialmente aquelas de vital importância para a biodiversidade e serviços ecossistêmicos, devem estar conservadas por meio de sistemas de áreas protegidas (APs), geridas de maneira eficiente e equitativa (CDB, 2010), o que constitui dois grandes desafios aos seus compromitentes.

A necessidade de avaliar a efetividade da gestão das áreas protegidas tem sido progressivamente reconhecida no âmbito internacional, pois se tem visto, tanto nos países desenvolvidos quanto nos países em desenvolvimento, que a declaração de áreas protegidas nem sempre resulta em uma adequada proteção do ambiente natural (LEVERINGTON et. al., 2010). Com efeito, pouco adianta criar APs, dentre as quais se inserem as unidades de conservação, se não se conseguir planejar e executar a sua gestão de uma forma adequada, que as direcione para o real cumprimento dos objetivos que justificaram a sua instituição. De igual modo, tampouco importa que o ordenamento jurídico preveja instrumentos de gestão ambiental se não se conseguir dar-lhes a efetividade idealizada pelo legislador. Nesse sentido, além dos necessários esforços para a criação de novas áreas¹, o Brasil ainda tem muito a avançar no que diz respeito à gestão eficiente e equitativa de seu sistema de áreas protegidas.

A gestão de uma unidade de conservação, quando bem definida e executada, contribui diretamente para o alcance de seus objetivos e para a sua desejada efetividade. Levando isso em conta, a Lei nº 9.985/2000, que instituiu o SNUC, previu a elaboração de planos de manejo para todas as categorias de UCs e lhes atribuiu o papel de principal instrumento de gestão de uma unidade de conservação. Isso se deu no momento em que a Lei o definiu como o documento técnico mediante o qual se estabelecem o zoneamento e as normas que devem presidir o uso da área (inserido aí o uso público) e o manejo dos recursos naturais de uma UC,

¹ Uma análise dos dados do Cadastro Nacional de Unidades de Conservação (CNUC) – atualizados até 07/02/2017 – permite verificar que o alcance da Meta 11 tem se mostrado mais difícil em relação às áreas costeiras e marinhas: 18% da área continental brasileira está protegida (1.530.579 Km²), mas esse percentual cai para apenas 1,6% (55.199 Km²) com relação às áreas costeiras e marinhas (MMA, 2017).

inclusive a implantação das estruturas físicas necessárias à sua gestão, tudo com base nos objetivos gerais previstos para a sua categoria.

O objetivo do presente artigo é, assim, expor o panorama dos planos de manejo no ordenamento jurídico brasileiro, identificar algumas dificuldades enfrentadas em seu processo de elaboração e implementação pelos órgãos ambientais gestores, bem como demonstrar quais são as perspectivas de que efetivamente possam funcionar como peças-chave na implementação do SNUC.

1 PANORAMA LEGAL DOS PLANOS DE MANEJO NO BRASIL

Embora a primeira unidade de conservação brasileira, o Parque Nacional de Itatiaia, tenha sido criado em 1937, a legislação brasileira à época não previa nenhuma ferramenta de gestão para as suas áreas protegidas. Faziam-se apenas atividades de planejamento pontuais em algumas unidades, voltadas para situações específicas, tais como ações de prevenção de incêndios e de repressão à caça (PEREIRA, 2009). Essa lacuna legal perdurou por mais de quatro décadas e, inicialmente, foi preenchida apenas para os parques nacionais.

A tímida iniciativa, contudo, evidenciou a importância do planejamento da gestão de uma unidade de conservação e fez com que, anos mais tarde, o legislador, ao instituir o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), viesse a estabelecer o plano de manejo como uma ferramenta de gestão de caráter geral e cogente. Embora ainda seja necessária uma melhor regulamentação infralegal, não há como negar que o regramento trazido pela Lei do SNUC modificou substancialmente o panorama legal dos planos de manejo no país, colocando-os em uma posição de protagonismo transversal, que permeia todo o sistema, conforme minudenciado a seguir.

1.1 Breve Histórico

No plano internacional, os planos de manejo de áreas protegidas surgiram no contexto do planejamento da gestão ambiental, que passou a ser realizado por grupos de *experts* em planejamento que reuniam informações relevantes, interpretavam essas informações e desenvolviam o melhor plano possível com base na sua experiência. No que toca às áreas protegidas, contudo, alguns *experts* jamais haviam sequer visitado o local para o qual estavam

construindo o plano de manejo, o que acarretava um grande afastamento entre teoria e prática (THOMAS; MIDDLETON, 2003).

No Brasil, o plano de manejo só foi legalmente instituído em 1979, por meio do Decreto nº 84.017, que estabeleceu o regulamento dos parques nacionais brasileiros. O referido Decreto o definiu como um projeto dinâmico que, utilizando técnicas de planejamento ecológico, determina o zoneamento de um parque nacional, caracterizando cada uma das suas zonas e propondo seu desenvolvimento físico, de acordo com suas finalidades. O objetivo era estabelecer um manejo ecológico adequado dos parques nacionais, dividindo-os em diferentes zonas, cada uma com características e graus de intervenção diferentes. Embora dirigida a apenas uma categoria de unidade, os parques nacionais, essa norma acabou criando o ponto de partida legal necessário à elaboração e implementação de planos de manejo no país, ao tornar a questão do planejamento tão importante quanto a própria criação de unidades de conservação (PEREIRA, 2009).

As iniciativas para elaboração dos primeiros planos de manejo, todavia, ocorreram ainda em 1978, pouco antes do advento do Decreto nº 84.017/1979, com uma meta inicial de três parques nacionais: Parque Nacional de Sete Cidades, Parque Nacional da Amazônia e Parque Nacional de Brasília. Naquele momento, o órgão gestor dos parques nacionais era o Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal (IBDF), que não possuía equipe técnica suficiente para executar o serviço e tampouco recursos para contratar terceiros para fazê-lo. A alternativa encontrada foi a celebração de um convênio entre o IBDF e a Fundação Brasileira para a Conservação da Natureza (FBCN), que financiou a contratação de especialistas nacionais e estrangeiros para a elaboração dos planos de manejo (LIRA, 2015)². Entretanto, foi com o advento da Lei nº 9.985/2000 que o plano de manejo realmente se sedimentou como um documento técnico de relevância central, direcionado a todas as categorias de UCs do Sistema Nacional de Unidades de Conservação.

284

² O plano de manejo do Parque Nacional da Amazônia, por exemplo, foi elaborado pela equipe do IBDF, com a colaboração do WWF e da IUCN, por meio de consultoria prestada pela arquiteta-paisagista canadense Suzane W. Barrett (LIRA, 2015). O citado documento possui a seguinte mensagem de agradecimento especial: “O Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal (IBDF) expressa seus agradecimentos ao Fundo Mundial de Vida Silvestre (WWF) e à União Internacional para a Conservação da Natureza e dos Recursos Naturais (IUCN) por suas contribuições (Projeto nº 1345) na fase inicial de preparação deste Plano de Manejo para o Parque Nacional da Amazônia (Tapajós), através da consultoria técnica de Suzanne Barrett” (IBDF/WWF, 1978).

1.2 Planos de Manejo na Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação

A atual base legal dos planos de manejo no Brasil são os artigos 27 e 28 da Lei do SNUC. O artigo 27 consagra as nuances principais dessa ferramenta, tais como a sua obrigatoriedade e abrangência, bem como o caráter participativo a ser observado durante a sua elaboração, atualização e implementação. A seu turno, o artigo 28 proíbe quaisquer alterações, atividades ou modalidades de utilização nas unidades de conservação que estejam em desacordo com o seu plano de manejo, disposição que revela a sua enorme importância.

O Capítulo IV do Decreto nº 4.340/2002, que regulamenta a Lei do SNUC, trata especificamente dos planos de manejo e traz, dentre outras previsões, dispositivos concernentes à competência para sua elaboração e formas de aprovação e divulgação. Há ainda normas de hierarquia inferior, expedidas pelos órgãos ambientais gestores, no sentido de dar aplicabilidade às disposições da Lei do SNUC sobre o assunto.

1.2.1 Obrigatoriedade

De acordo com o *caput* do artigo 27 da Lei do SNUC, toda unidade de conservação deve possuir um Plano de Manejo. Nota-se aí a utilização do verbo *dever* pelo legislador, a evidenciar o seu caráter obrigatório. Observa-se também que não foi excepcionada nenhuma das doze categorias de unidade de conservação previstas no SNUC. Nem mesmo as reservas particulares do patrimônio natural (RPPNs), constituídas exclusivamente por áreas privadas, estão isentas do cumprimento dessa obrigação legal, embora seus proprietários possam, para tanto, eventualmente contar com a orientação técnica e científica dos órgãos ambientais (artigo 21, § 3º, Lei do SNUC).

A obrigatoriedade de elaboração do Plano de Manejo decorre de sua importância para a implementação da UC. A Lei do SNUC nitidamente atribuiu-lhe o encargo de funcionar como o principal instrumento de gestão da unidade de conservação, ao estabelecer que é por meio dele que o órgão ambiental gestor estabelece o zoneamento, as normas de uso da área e o manejo dos recursos naturais da unidade, inclusive a implantação das estruturas físicas necessárias à sua gestão (artigo 2º, inciso XVII, Lei do SNUC).

Trata-se, pois, de um autêntico plano de gestão, de gerenciamento, que direciona a unidade de conservação para o efetivo alcance dos objetivos que justificaram a sua criação.

Ora, não basta criar unidades de conservação para garantir a sua efetividade. É preciso também planejar e executar a sua gestão, a fim de que não sejam apenas unidades de papel. Por esse motivo, o legislador deu ao plano de manejo a importante missão de dar concretude ao regime jurídico do SNUC, aproximando norma e realidade.

Como aduz Muruthi (2006), um dos maiores problemas das áreas protegidas em nível global é a falta de estratégias para o futuro, por isso a produção de um bom plano de manejo é essencial para uma efetiva e eficiente gestão das APs de um modo geral. Segundo o autor, o plano de manejo é o documento que guia o uso e o controle dos recursos de uma determinada área protegida, constituindo-se em uma ferramenta dinâmica, acessível, prática e realista, baseadas em processos de planejamento ecológicos e socioeconômicos. Ele provê indicadores gerais para a conservação, zoneamento e usos do espaço ambiental em 3 diferentes dimensões: espacial, estabelecendo o que deve ser feito num dado espaço; temporal, estabelecendo quando deve ser feito; e metodológico, estabelecendo como deve ser feito.

286

1.2.2 Abrangência

De acordo com a Lei do SNUC, o plano de manejo deve abranger: *i)* a área da unidade de conservação; *ii)* a sua zona de amortecimento; *iii)* os corredores ecológicos e *iv)* medidas visando à integração da unidade de conservação à vida econômica e social das comunidades vizinhas. Entretanto, nem sempre os planos de manejo abrangem zonas de amortecimento e corredores ecológicos. Isso porque a Lei do SNUC não exige que as áreas de proteção ambiental (APAs) e as reservas particulares do patrimônio natural (RPPNs) possuam zonas de amortecimento. A seu turno, os corredores ecológicos somente são estabelecidos quando o órgão gestor reputa conveniente.

O plano de manejo deve também abranger medidas visando à integração da unidade de conservação à vida econômica e social das comunidades vizinhas. Tal disposição é absolutamente pertinente, pois é fato que não se pode implantar uma unidade de conservação ignorando o contexto das comunidades que residem no seu entorno ou isolando-as como se não fizessem parte daquele contexto. É fundamental estabelecer políticas públicas que as beneficiem e as integrem, criando condições para que participem dos processos socioeconômicos da região onde estão inseridas e fomentando o desenvolvimento de

alternativas de renda e de subsistência que minimizem os ônus que a criação da unidade fez recair sobre suas vidas.

Quando postas em prática, essas medidas socioeconômicas exercem um papel estratégico, que impacta de forma direta e positiva na conservação da biodiversidade. Isso porque a criação e o fomento de atividades econômicas sustentáveis como alternativas de geração de renda para as comunidades, promovendo-se a sua sensibilização e capacitação, acaba mudando a visão que possuem em relação à área protegida. Ao serem valorizadas e ao perceberem que a unidade de conservação trouxe melhorias à sua qualidade de vida, as comunidades passam a reconhecer a sua importância e a se interessar em participar da sua gestão, fortalecendo a relação com o órgão ambiental gestor. Naturalmente, esse bom relacionamento influi na conservação da biodiversidade da unidade de conservação, vez que a comunidade passa a apoiá-la e a protegê-la, pois se sente parte integrante de seu contexto. Do contrário, a comunidade torna-se inimiga da UC, o que constitui, como diz Sachs (2002), uma política auto-derrotada.

O processo participativo inicia-se com a consulta pública para a criação da UC, exigida pela Lei do SNUC (art. 22, § 2º), e, conforme diretrizes adotadas internacionalmente, deve prosseguir com a inclusão dos atores afetados no processo de elaboração do plano de manejo. Tais atores são as comunidades locais, os usuários, os representantes do governo local, as ONGs, aqueles que possuem interesse comercial na área e servidores do órgão gestor. O envolvimento das comunidades locais, ressalte-se, foi uma das recomendações chave do 4º Congresso Mundial de Parques, que ocorreu em Caracas, em 1992 (THOMAS; MIDDLETON, 2003).

Fica claro, portanto, que a abrangência do plano de manejo ultrapassa os limites geográficos da unidade de conservação e vai além de uma perspectiva puramente ambiental, abrangendo áreas fora de seus limites e ocupando-se também do tratamento de questões sociais e econômicas, incluindo a participação dos grupos e indivíduos afetados, tudo com vistas à efetiva conservação da biodiversidade da área protegida.

1.2.3 Conteúdo

O conteúdo do plano de manejo das unidades de conservação brasileiras pode ser classificado em três dimensões diferentes (KINOCHI, 2014). Em primeiro lugar, visualiza-se



uma dimensão declaratória, pois vários são os atos declaratórios que o integram: a caracterização da unidade de conservação (informações sobre seus atributos socioambientais), a sua declaração de significância (informações sobre a importância de sua conservação), a sua missão institucional (informações acerca da razão de sua existência e de seus objetivos) e a sua visão de futuro (informações sobre os desafios a serem enfrentados para que, em determinado prazo, a unidade alcance os objetivos perseguidos). Todas essas informações (declarações) precisam ser colocadas de forma bastante clara, para que sejam acessíveis a toda a sociedade.

Percebe-se, no mais, a existência de uma dimensão normativa, pois o plano de manejo funciona como um verdadeiro regulamento da unidade de conservação, disciplinando as atividades a serem incentivadas, controladas, limitadas e proibidas em cada uma das áreas delimitadas pelo zoneamento (MILARÉ, 2009). Esse caráter normativo é evidenciado pela grande quantidade de dispositivos que mencionam a necessidade de observância às normas do Plano de Manejo na Lei do SNUC. Apenas como exemplo, citam-se aqui alguns artigos: “[...] de acordo com o que dispuser o Plano de Manejo da unidade” (artigo 9º, § 2º); “[...] sujeita às normas e restrições estabelecidas no Plano de Manejo da unidade” (artigo 11, § 2º); “[...] sujeita às condições e restrições estabelecidas no Plano de Manejo da unidade” (artigos 12, § 3º e 13, § 3º); “[...] em conformidade com o disposto em regulamento e no Plano de Manejo” (artigo 17, § 1º); “[...] desde que compatível com os interesses locais e de acordo com o disposto no Plano de Manejo da área” (artigos 18, § 2º e 20, § 5º, I); “[...] conforme o disposto em regulamento e no Plano de Manejo da unidade” (artigo 18, § 7º), etc.

Vislumbra-se, por fim, uma dimensão programática do Plano de Manejo, materializada nas normas de planejamento estratégico da gestão da unidade, isto é, na programação das ações e no estabelecimento de prioridades e metas que visam alcançar os objetivos de sua criação. Não existe um plano de ação estratégica padrão para todas as unidades, pois os objetivos de cada categoria de manejo são diferentes (uso público, pesquisa, educação ambiental, manejo florestal, manejo de fauna, de regularização fundiária, etc.) e vários são os fatores a serem considerados para o seu estabelecimento, como a conjuntura socioambiental, política e institucional, os desafios a serem enfrentados, etc.



1.2.4 Elaboração

A construção da estratégia para o processo de elaboração do Plano de Manejo deve se basear no que se deseja para a unidade de conservação. É um momento para se debruçar sobre a realidade da unidade e pensar em propostas de manejo que respondam às suas demandas específicas, visando o estabelecimento de caminhos a serem seguidos na sua gestão (D'AMICO et. al., 2010). Nesse sentido, esse processo deve perpassar pelo cumprimento de três etapas principais. De início, é preciso fazer uma organização do planejamento, a fim de definir a equipe e a forma de sua elaboração (ferramentas, métodos de planejamento, roteiro a percorrer, atores sociais que devem participar da elaboração, etc.). A essa fase a União Internacional para a Conservação da Natureza (UICN) chama de pré-planejamento (THOMAS; MIDDLETON, 2003).

Em seguida, passa-se ao diagnóstico da unidade de conservação, realizado por meio da coleta, sistematização e análise de informações sobre a unidade (componentes socioambientais, principais demandas e conflitos, contexto regional em que está inserida, etc.), bem como levantamentos de campo e elaboração de mapas. Todos esses elementos servirão de base para identificar os principais alvos de conservação, as relações da unidade com as comunidades da região, o grau de conservação dos ambientes e a vocação de uso da unidade, fornecendo subsídios para a elaboração de seu zoneamento (D'AMICO et. al., 2013). Essa fase constitui, para a UICN, 4 diferentes fases: coleta de dados, avaliação dos dados, identificação de restrições, ameaças e oportunidades e identificação dos objetivos da gestão (THOMAS; MIDDLETON, 2003).

Com base no diagnóstico, passa a ser então possível realizar o planejamento da unidade, que se concretiza com o seu zoneamento e a definição das normas que vão reger a gestão. Para essa fase a UICN prevê mais 6 fases: identificação de opções para se atingir os objetivos; preparação de um rascunho do plano; consulta pública; revisão e produção do texto final e aprovação do texto final pela autoridade competente (THOMAS; MIDDLETON, 2003).

No que diz respeito ao zoneamento, o que se visa é a definição de zonas em uma unidade de conservação, cada uma com normas e objetivos de manejo específicos, visando proporcionar as condições para que todos os objetivos da unidade possam ser alcançados de forma harmônica e eficaz. Representa uma importante estratégia de planejamento da unidade de conservação,

dividindo-a em diferentes zonas, cada uma com restrições ao uso dos recursos naturais diferenciadas, tanto em relação à forma quanto com relação ao grau de intensidade.

Embora a ideia de zoneamento seja imediatamente associada a uma representação cartográfica e, realmente, o mapa seja uma de suas partes mais importantes, o zoneamento não é apenas isso. Ele contém também um memorial no qual são detalhados os objetivos das distintas zonas, sua descrição e os critérios ou justificativas que foram considerados na eleição e na delimitação de cada zona de manejo. Além disso, o zoneamento também contém um conjunto de normas que regula a forma e a intensidade das possíveis intervenções e como deverá ser feito o monitoramento (D'AMICO et. al., 2015).

Há vários tipos de zonas, geralmente classificadas de acordo com a forma de uso dos recursos naturais: intangível, primitiva, de uso extensivo, de uso intensivo, histórico-cultural, de uso especial, de recuperação, de uso conflitante, de ocupação temporária, de interferência experimental, etc. Para fazer o zoneamento, é preciso identificar: *i*) onde estão as áreas prioritárias para a conservação e aquelas com maior fragilidade ambiental; *ii*) se existem populações residentes, onde se localizam e que recursos naturais utilizam; *iii*) se existem conflitos de interesse inconciliáveis; *iv*) se existem atrativos para a visitação pública, dentre tantos outros elementos a serem analisados para subsidiar a definição e as normas de uso de cada uma das zonas (D'AMICO et. al., 2015).

290

1.2.5. Aprovação e Divulgação

Uma vez concluído o processo de sua elaboração pelo órgão gestor (ou pelo proprietário, no caso das reservas particulares do patrimônio natural), o plano de manejo é aprovado: *i*) por portaria do órgão executor, no caso de estação ecológica, reserva biológica, parque nacional, monumento natural, refúgio de vida silvestre, área de proteção ambiental, área de relevante interesse ecológico, floresta nacional, reserva de fauna e reserva particular do patrimônio natural; *ii*) por resolução do conselho deliberativo, no caso de reserva extrativista e reserva de desenvolvimento sustentável, após prévia aprovação do órgão executor.

O plano de manejo aprovado deve estar disponível para consulta do público na sede da unidade de conservação e no centro de documentação do órgão executor. A sua divulgação visa possibilitar que as comunidades locais e os demais atores, direta ou indiretamente envolvidos com a unidade de conservação, tenham acesso ao seu teor. Apesar da ausência de exigência

legal, é praxe a divulgação também na *internet*, mediante disponibilização da versão do plano de manejo em meio eletrônico, a fim de conferir-lhe uma maior publicidade, essencial para dar ao plano um caráter participativo.

1.2.6 Implementação e Atualização

Como bem se sabe, o planejamento da gestão de uma unidade de conservação não se encerra com a aprovação do seu plano de manejo. Uma vez aprovado, o órgão gestor passa a colocar as suas disposições em prática, competindo-lhe realizar o monitoramento de sua implementação, isto é, acompanhar e avaliar se as ações, normas de uso dos recursos naturais e zoneamento estabelecidos têm permitido alcançar os resultados, metas e objetivos específicos da unidade. Caso essa avaliação seja negativa, o órgão gestor deve promover uma atualização (também chamada revisão) do plano de manejo, mediante a realização de ajustes e modificações no planejamento, para que os objetivos da unidade possam então vir a ser efetivamente alcançados. Assim, o planejamento não termina com o documento final do plano de manejo, mas, ao contrário, vai se fortalecendo à medida que o planejamento é executado e avaliado, como algo vivo (VASCONCELOS; CASES, 2009).

O plano de manejo fatalmente perderia a sua utilidade se fosse tido como um documento rígido e imutável, impossível de ser modificado e adaptado às necessidades dinâmicas da unidade de conservação. Assim, todo e qualquer plano de manejo deve ser periodicamente submetido a uma revisão, revisitando-se o seu conteúdo para verificar se há necessidade de promover alterações. O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio) – autarquia responsável pela gestão das unidades de conservação federais – recentemente editou uma Instrução Normativa (IN ICMBio nº 07, de 21 de dezembro de 2017) que estabelece diretrizes e procedimentos para o processo de revisão de planos de manejo das unidades de conservação federais, definindo-o como o procedimento técnico-administrativo que promove a alteração, supressão ou inclusão, geral ou pontual, de um ou mais elementos do plano de manejo, tais como normas, zoneamento, programas de manejo ou outros componentes (ICMBio, 2017a).

Quanto à periodicidade, o Roteiro Metodológico para elaboração de planos de manejo de parques nacionais, reservas biológicas e estações ecológicas, por exemplo, dispõe que as revisões devem se dar em um prazo de cinco anos ou quando fatos novos e relevantes assim o

exijam (IBAMA, 2002). Dessa forma, o manejo vai sendo aprimorado à medida que as revisões se sucedem. A relevância das fases de implementação, monitoramento, avaliação e revisão são ressaltadas pela UICN nas suas diretrizes para elaboração de planos de manejo de áreas protegidas (THOMAS; MIDDLETON, 2003).

2 DESAFIOS E PERSPECTIVAS DOS PLANOS DE MANEJO NO BRASIL

Os desafios enfrentados pelos órgãos e entidades ambientais, incluindo o ICMBio, no que diz respeito aos planos de manejo são, em sua grande maioria, decorrentes de razões de ordem prática, tais como dificuldades de implementação, de adequação aos parâmetros fornecidos pelos roteiros metodológicos, de observância do prazo de elaboração, de garantia de uma efetiva participação social na construção do documento, dentre outras questões.

2.1 Impossibilidade de Fixação de Zonas de Amortecimento

Considerando que a Lei do SNUC estabelece que os limites da zona de amortecimento podem ser definidos no ato de criação da unidade ou posteriormente³, no plano federal, o ICMBio costumava fixá-los após a criação da UC, geralmente no bojo das portarias de aprovação de seus planos de manejo. Isso porque a profundidade dos estudos realizados nesse momento permite uma delimitação mais segura, firmada em uma quantidade de elementos técnico-ambientais muito maior do que aquela de que se dispõe quando da criação da unidade.

Todavia, em 2006, a Advocacia-Geral da União (AGU), órgão responsável pela consultoria e assessoramento jurídico do ICMBio e demais autarquias federais, firmou a orientação de que as zonas de amortecimento das unidades de conservação devem ser estabelecidas no ato de sua criação ou posteriormente, em caso de impossibilidade ou inconveniência devidamente justificadas, desde que mediante norma de hierarquia igual ou superior à norma que instituiu a unidade (Nota AGU/MC nº 07/2006).

³ A previsão da Lei do SNUC deu ensejo a quatro diferentes procedimentos de estabelecimento de zonas de amortecimento: *i*) por meio de portaria do órgão executor, juntamente com o plano de manejo (artigo 12, I, Decreto nº 4.340/2002); *ii*) por meio de portaria do órgão executor, independentemente do plano de manejo; *iii*) por meio de decreto presidencial, no ato de criação da unidade e *iv*) por meio de decreto presidencial, em momento posterior à criação da unidade.

O posicionamento da AGU foi provocado por uma divergência entre a Casa Civil da Presidência da República e o Ministério do Meio Ambiente acerca da extensão e da definição dos limites da zona de amortecimento do Parque Nacional Marinho de Abrolhos, fixada por uma portaria que a delimitou em uma área de aproximadamente 95 mil km², com um raio de 250 km (IBAMA, 2006a). A Casa Civil entendia pela impossibilidade e o Ministério do Meio Ambiente pela possibilidade de fixação da aludida zona de amortecimento por ato normativo de hierarquia inferior àquele que instituiu a UC. Ao final, a tese da Casa Civil prevaleceu⁴ e, por conseguinte, desde então o ICMBio está obrigado a observar o entendimento final da cúpula do seu órgão de assessoramento jurídico⁵.

Esse posicionamento tem trazido enormes problemas de ordem prática e uma grande insegurança jurídica, pois, ao afastar a possibilidade de fixação de zonas de amortecimento por meio de portaria, retirou por completo a autonomia do ICMBio, já que a autarquia ambiental não possui competência para edição de leis e decretos, atos que normalmente veiculam a criação das unidades de conservação no país. A fim de não descumprir a orientação da AGU, a definição dos limites das zonas de amortecimento e suas respectivas normas passaram a constar nos planos de manejo apenas como uma proposta, sem qualquer força normativa, e ficam indefinidamente à espera de sua instituição formal, mediante ato de hierarquia igual ou superior àquela que criou a unidade de conservação, para ter validade (D'AMICO et. al., 2015).

Até mesmo zonas de amortecimento fixadas por portaria anteriormente a esse entendimento não podem ser objeto de revisão pelo ICMBio, ainda que comprovadamente demandem ajustes. Houve o ajuizamento de inúmeras ações judiciais em todo o território nacional, movidas, em regra, por interesses econômicos, com o intuito de declarar nulas zonas de amortecimento criadas por meio de portaria. Isso acaba por acarretar problemas para as equipes de fiscalização ao promoverem autuações em razão da prática de infrações ambientais,

⁴ A zona de amortecimento do Parque Nacional Marinho de Abrolhos também foi questionada judicialmente por uma empresa de carcinicultura que pretendia se instalar na área e por uma ação movida pelo Governador da Bahia, estado onde se situa a unidade de conservação. Ainda, foi alvo de um projeto de decreto legislativo que pretendia a anulação da portaria que a fixou. Além da carcinicultura, a zona de amortecimento também atingia o setor petrolífero, ao proibir qualquer atividade de exploração e produção de hidrocarbonetos (petróleo e gás) em cerca de 75% do seu interior (CI, 2014).

⁵ Em 2015, a Procuradoria Federal Especializada do ICMBio instaurou procedimento requerendo a revisão do entendimento exarado na Nota AGU/MC n° 07/2016 (processo AGU n° 02000.000638/2015-61), mas seu pleito foi indeferido pela Advogada-Geral da União em 07 de junho de 2017, com lastro em Nota exarada da Consultoria-Geral da União (NOTA n. 00079/2016/DECOR/CGU/AGU, aprovada pelo DESPACHO n. 00824/2016/GAB/CGU/AGU).



que corriqueiramente suscitam dúvidas quanto à validade de determinadas zonas de amortecimento e quanto à possibilidade de exercício de seu poder de polícia em tais áreas.

O entendimento da AGU, consubstanciado na Nota AGU/MC nº 07/2006, contudo, contraria frontalmente os §§ 1º e 2º do art. 25 da Lei do SNUC. Isso porque os citados dispositivos determinam expressamente que:

§ 1º O órgão responsável pela administração da unidade estabelecerá normas específicas regulamentando a ocupação e o uso dos recursos da zona de amortecimento e dos corredores ecológicos de uma unidade de conservação.

§ 2º Os limites da zona de amortecimento e dos corredores ecológicos e as respectivas normas de que trata o § 1º poderão ser definidas no ato de criação da unidade ou posteriormente.

Ora, se é o órgão gestor que deve estabelecer as normas que regulamentarão a ocupação e o uso dos recursos naturais na zona de amortecimento, que pode ser instituída no ato de criação ou “posteriormente”, obviamente a ele cabe sua criação por meio de portaria, caso não seja concomitante à própria instituição da UC. Desse modo, não é possível que a AGU, por meio de Nota, suprima essa competência que lhe fora delegada por lei.

294

Não obstante, como forma de equacionar o problema, após a citada Nota AGU/MC nº 07/2006, o ICMBio tem conseguido que os decretos presidenciais que criam unidades de conservação deleguem ao seu Presidente a competência para delimitar as zonas de amortecimento⁶. Também há o entendimento de que as zonas de amortecimento criadas mediante portaria antes da orientação jurídica sedimentada na Nota Técnica AGU/MC nº 07/2006 permanecem válidas, não havendo dúvidas de que o posicionamento opinativo do órgão de assessoramento jurídico do ICMBio não tem o condão de revogá-las automaticamente.

2.2 Dificuldades de Implementação

A elaboração de planos de manejo de unidades de conservação representa uma das tarefas mais desafiadoras para os órgãos e entidades ambientais gestoras, dada a profundidade técnica com que os temas costumam ser ali tratados. Em geral, por serem bastante detalhados e requererem uma série de pesquisas e estudos técnicos, possuem um alto custo financeiro e não

⁶ Apenas como exemplo, cita-se o decreto de criação do Parque Nacional dos Campos Ferruginosos – criado no Dia Mundial do Meio Ambiente de 2017 –, que em seu artigo 5º estabelece que a sua zona de amortecimento será definida por meio de ato específico do Presidente do Instituto Chico Mendes (BRASIL, 2017).

são elaborados com a celeridade desejável, razão pela qual muitas unidades de conservação federais aguardam há anos a elaboração de seus planos de manejo. Na tentativa de minimizar esse déficit, tem sido bastante comum a terceirização do serviço de elaboração de planos de manejo, por meio da contratação dos serviços ou estabelecimento de parcerias com instituições de pesquisa ou organizações não governamentais, à vista da indisponibilidade de corpo técnico suficiente para atender à demanda em prazos razoáveis.

Paralelamente, no plano federal, desde o ano de 2015, o ICMBio vem desenvolvendo novas metodologias de elaboração de seus planos de manejo, em conjunto com o Serviço Florestal Americano (USFS) e com o Serviço Nacional de Parques dos EUA (NPS), por meio de uma cooperação técnica internacional apoiada pela Agência dos Estados Unidos para o Desenvolvimento Internacional (USAID). Nesse sentido, vem trabalhando na adaptação de um instrumento de gestão utilizado nos parques nacionais americanos, cujos planos pilotos foram implementados no segundo semestre de 2016, no Parque Nacional de São Joaquim e na Reserva Extrativista Marinha de Soure (ICMBIO, 2016b).

Em dezembro de 2017, foi publicada uma nova Instrução Normativa – IN ICMBio nº 07, de 21 de dezembro de 2017 (ICMBio, 2017a) – com o objetivo de normatizar e aplicar a todo o SNUC essa nova metodologia. O novo modelo pensado pretende reduzir a extensão dos planos de manejo com vistas a aumentar a sua aplicabilidade na rotina da gestão das unidades, evitando que venham a se tornar documentos meramente simbólicos e inexecutáveis, guardados em gavetas. Como expõe Kinouchi (2014), “um plano de manejo pode ser simples, mas, obrigatoriamente, precisa ser executável e operacional na sua capacidade de condicionar o ordenamento e o gerenciamento da área protegida”.

2.2.1 Engessamento dos Roteiros Metodológicos

Um sistema de unidades de conservação deve buscar a padronização de processos e a homogeneização de produtos com a finalidade de lhes conferir uniformidade e mesmo nível de qualidade, possibilitando o alcance de objetivos comuns (VASCONCELOS; CASES, 2009). Nesse sentido, o Decreto nº 4.340/2002 estabeleceu a obrigatoriedade de os órgãos executores do SNUC definirem roteiros metodológicos básicos para a elaboração dos planos de manejo das diferentes categorias de unidades de conservação, uniformizando conceitos e metodologias,

fixando diretrizes para o diagnóstico da UC, zoneamento, programas de manejo, prazos de avaliação e de revisão e fases de implementação.

Esses roteiros, como expõe Kinouchi (2014), são documentos que consolidam diretrizes para nortear o trabalho de elaboração dos planos de manejo, sendo sua função essencialmente instrumental. Justamente por se configurarem em meros instrumentos para nortear a elaboração dos planos de manejo, os roteiros metodológicos não podem ser cega e fielmente aplicados, sob pena de engessar a elaboração do planejamento. Ora, ainda que dentro de uma mesma categoria, é certo que cada unidade de conservação possui peculiaridades próprias, que as distingue das demais. Assim, é natural que não se encaixem perfeitamente em todas as diretrizes e parâmetros contidos nos roteiros metodológicos, o que não deve ser encarado de forma negativa. O roteiro funciona como uma espécie de moldura, mas que deve ser encarada com uma dose de flexibilidade, sob pena de gerar distorções práticas indesejadas.

No âmbito federal, existem roteiros metodológicos para elaboração de planos de manejo de: *i*) parques nacionais, reservas biológicas e estações ecológicas (IBAMA, 2002); *ii*) florestas nacionais (ICMBIO, 2009), *iii*) reservas extrativistas e reservas de desenvolvimento sustentável (IBAMA, 2006b) e *iv*) reservas particulares do patrimônio natural (ICMBIO, 2015). Vários Estados também possuem roteiros metodológicos, a exemplo do Rio de Janeiro, que desenvolveu roteiro metodológico para elaboração de planos de manejo de parques estaduais, reservas biológicas e estações ecológicas (INEA, 2010), e do Mato Grosso do Sul, que elaborou roteiro metodológico para os planos de manejo de suas unidades de conservação (IMASUL, 2014).

No plano internacional, vários são os roteiros metodológicos disponíveis, como, por exemplo, o da União Internacional para a Conservação da Natureza: *Guidelines for Management Planning of Protected Areas*, de 2003 (THOMAS; MIDDLETON, 2003); na Austrália: *Best Practice in Protected Area Management Planning* (LEAD AGENCY PARKS; WILDLIFE SERVICE TASMANIA, 2000); no Canadá: *Guideline to Management Planning for Protected Areas in the Context of Ecological Integrity (Planning Guideline)*, (ONTARIO MINISTRY OF NATURAL RESOURCES, 2014); no Kenya: *Management Plan Guidelines for Protected Areas in Kenya*. (KENYA WILDLIFE SERVICE, 2016), dentre muitos outros.

2.2.2 Dificuldades de observância do prazo de elaboração

O plano de manejo de uma unidade de conservação deve ser elaborado no prazo de cinco anos a partir da data de sua criação, conforme determina a Lei do SNUC. Sem dúvida, a intenção do legislador, ao estabelecer tal prazo, foi evitar que as unidades de conservação fiquem por um longo período sem um planejamento de gestão que as direcione para o efetivo cumprimento dos objetivos que justificaram a sua criação. Sem plano de manejo, a unidade de conservação existe, mas o órgão gestor ainda não sabe bem quais rumos tomar para a sua implementação. Por isso, até que seja elaborado o plano de manejo, art. 28, parágrafo único, da Lei do SNUC estabelece que todas as atividades e obras desenvolvidas nas unidades de conservação de proteção integral devem se limitar àquelas destinadas a garantir a integridade dos recursos que a unidade objetiva proteger.

A Lei não prevê a aplicação de nenhuma penalidade em razão do descumprimento desse prazo. Atualmente, apenas pouco mais da metade das unidades de conservação federais possui plano de manejo (55% - 178 unidades). Para as reservas particulares do patrimônio natural criadas em âmbito federal, o percentual é de apenas 12,4% (83 unidades, de um total de 670). A tabela abaixo traz o percentual e o número de unidades de conservação, por categoria de manejo, com planos de manejo: *i*) já publicados; *ii*) em elaboração; *iii*) em revisão e *iv*) sem previsão de elaboração até o momento (ICMBio, 2017b):

297

Categorias de Unidades de Conservação	Total UC por categoria	Publicado	Sem PM	% Sem PM	Elaboração	% Elaboração	Em Revisão	UC sem previsão de PM
APA	33	19	14	42%	6	18%	5	8
ARIE	13	4	9	69%	0	0%	0	9
ESEC	32	17	15	47%	7	22%	0	8
FLONA	67	45	22	33%	10	15%	8	12
MONA	3	0	3	100%	0	0%	0	3
PARNA	73	50	23	32%	11	15%	11	12
REBIO	31	23	8	26%	5	16%	6	3
RESEX	63	17	46	73%	25	40%	0	21
REVIS	7	2	5	71%	1	14%	0	4
RDS	2	1	1	50%	0	0%	0	1
Total	324	178	146	45%	65	20%	30	81

As baixas estatísticas podem ser explicadas pela existência de um grande passivo, pois existem unidades de conservação antigas ainda sem planos de manejo, boa parte delas anterior à criação do ICMBio, em 2007, e à própria edição da Lei do SNUC, em 2000, quando foi então estabelecido esse prazo quinquenal.

Devem ser também levados em conta os custos – em regra, algumas centenas de milhares de reais – e o tempo – em média, dois anos – que envolvem a elaboração de cada plano de manejo. Além de limitações financeiras e operacionais, as unidades de conservação federais representam cerca de 9% do território nacional (750 mil km²), dado que certamente contribui para tornar mais desafiador o cumprimento do dever legal de elaboração de planos de manejo. Entretanto, percebe-se um esforço por parte dos órgãos e entidades ambientais, dentre os quais, no plano federal, o ICMBio, para diminuir progressivamente o seu passivo. No caso do ICMBio, a expectativa é que a nova metodologia objeto da recém-publicada Instrução Normativa nº 07/2017 (ICMBio, 2017a) reduzirá à metade os prazos de elaboração dos planos de manejo.

298

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se antes a legislação brasileira deixava a desejar no que diz respeito à existência de ferramentas de gestão de áreas protegidas, conclui-se que essa realidade mudou com o advento da Lei nº 9.985/00. Esta Lei atribuiu ao plano de manejo o papel de ferramenta principal da gestão de todas as categorias de unidade de conservação⁷. O referido documento foi estabelecido em caráter obrigatório e com um nível de abrangência que ultrapassa os limites geográficos da unidade de conservação, indo além de uma perspectiva puramente ambiental e ocupando-se também do tratamento de questões sociais e econômicas. A análise de seu conteúdo permitiu identificar a existência de várias dimensões, pois em seu bojo são colocados desde atos meramente declaratórios até normas de uso da área, dos recursos naturais e de planejamento estratégico. Sua elaboração é organizada – sujeita a planejamento e diagnóstico – e há previsão para a realização de atualizações sempre que se fizer necessário.

⁷ A título de curiosidade, para que se tenha uma dimensão mais pragmática da importância dos planos de manejo, observa-se que o termo *plano de manejo* aparece nada menos que 26 vezes na Lei do SNUC, que contém apenas 60 artigos.

Em suma, uma análise das normas do arcabouço jurídico brasileiro que tratam dos planos de manejo permite concluir que não há grandes lacunas legislativas ou uma ausência de regulamentação do tema. Embora ainda seja necessária uma melhor regulamentação infralegal, não há como negar que o regramento trazido pela Lei do SNUC modificou substancialmente o panorama legal dos planos de manejo no país, colocando-os em uma posição de protagonismo que permeia todo o sistema.

Na verdade, verificou-se que os desafios enfrentados pelo ICMBio, no plano federal, e demais órgãos e entidades ambientais nos planos regionais e locais são, em sua grande maioria, decorrentes de razões de ordem prática, tais como dificuldades de implementação dos planos de manejo, de adequação aos parâmetros fornecidos pelos roteiros metodológicos, de observância do prazo de elaboração, dentre outras questões. A falta de recursos financeiros e de pessoal contribuem para a dificuldade de elaboração dos planos e, conseqüentemente, de efetiva implementação das UCs no país. Desse modo, a tentativa do ICMBio, no plano federal, de simplificar os planos de manejo, tornando sua elaboração mais célere e barata, talvez venha a contribuir para que o passivo de UCs sem planos possa ser regularizado.

299

REFERÊNCIAS

CONSERVAÇÃO INTERNACIONAL (CI). Adote Abrolhos, 2014. Disponível em: <<http://www.conservation.org/global/brasil/noticias/Pages/adote-abrolhos.aspx>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

CONVENÇÃO DA DIVERSIDADE BIOLÓGICA (CDB). Aichi Biodiversity Targets, 2010. Disponível em: <<https://www.cbd.int/sp/targets/>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

D'AMICO, A. R. et. al. *Lições aprendidas sobre a organização para o planejamento em unidades de conservação: comunidade de ensino e aprendizagem em planejamento de unidades de conservação*. Série Cadernos ARPA. Brasília: MMA, 2010.

D'AMICO, A. R. et. al. *Lições aprendidas sobre o diagnóstico para elaboração de planos de manejo de unidades de conservação: comunidade de ensino e aprendizagem em planejamento de unidades de conservação*. Brasília: WWF-Brasil, 2013.

D'AMICO, A. R. et. al. *Lições aprendidas sobre zoneamento em unidades de conservação: comunidade de ensino e aprendizagem em planejamento de unidades de conservação*. Brasília: WWF-Brasil, 2015.

ECO. *É hora de repensar o Plano de Manejo*, 2017. Disponível em: <<http://www.oeco.org.br/reportagens/e-hora-de-repensar-o-plano-de-manejo/>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS (IBAMA). Roteiro Metodológico de Planejamento: Parques Nacionais, Reservas Biológicas e Estações Ecológicas, 2002. Disponível em: <<http://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/imgs-unidades-coservacao/roteioparna.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS (IBAMA). Roteiro Metodológico para elaboração do Plano de Manejo das Reservas Extrativistas e de Desenvolvimento Sustentável Federais, 2006b. Disponível em: <http://aplicacoes.jbrj.gov.br/enbt/mestrado_profissional/seminario/3_Roteiro_metod_resex_rds_2006.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2017.

IBDF/WWF. Plano de Manejo – Parque Nacional da Amazônia (Tapajós), 1978. Disponível em: <http://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/docs-planos-de-manejo/parna_amazonia_pm.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2017.

INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE (ICMBIO). *Roteiro Metodológico para Elaboração de Planos de Manejo de Florestas Nacionais*, 2009. Disponível em: <<http://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/imgs-unidades-coservacao/roteiroflona.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE (ICMBIO). 2014. *Plano de Manejo da Floresta Nacional do Amapá*. Disponível em: <http://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/docs-planos-de-manejo/flona_amapa_pm_plan.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2017.

INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE (ICMBIO). 2015. *Roteiro para criação de RPPN federal*. Disponível em: <<http://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/comunicacao/docroteiorppn.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE (ICMBIO). 2016b. *ICMBio inova na elaboração de plano de manejo*. Disponível em: <<http://www.icmbio.gov.br/portal/ultimas-noticias/20-geral/8504-icmbio-inova-na-elaboracao-de-plano-de-manejo>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE (ICMBIO). 2017a. *Instrução Normativa nº 7, de 21 de dezembro de 2017*. Disponível em: <http://www.lex.com.br/legis_27594353_INSTRUCAO_NORMATIVA_N_7_DE_21_DE_DEZEMBRO_DE_2017.aspx>. Acesso em: 06 mar. 2018.

INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE (ICMBIO). *Coordenação Geral de Criação, Planejamento e Avaliação de Unidades de Conservação (CGCAP)*, 2017b.

INSTITUTO DE MEIO AMBIENTE DO MATO GROSSO DO SUL (IMASUL). 2014. *Roteiro metodológico para elaboração dos planos de manejo das unidades de conservação estaduais do Mato Grosso do Sul*. Disponível em: <http://www.imasul.ms.gov.br/wp-content/uploads/sites/74/2015/06/Roteiro-Metodologico-para-elab-Pl-Manejo_IMASUL.pdf> Acesso em: 30 jul. 2017.

INSTITUTO ESTADUAL DO AMBIENTE (INEA). 2010. *Roteiro Metodológico para Elaboração de Planos de Manejo Parques Estaduais, Reservas Biológicas, Estações Ecológicas*. Disponível em: <<http://200.20.53.3:8081/cs/groups/public/documents/document/zwew/mde2/~edisp/inea0016807.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

INTERNATIONAL SERVICE FOR THE ACQUISITION OF AGRI-BIOTECH APPLICATIONS (ISAAA). 2015. *Global Status of Commercialized Biotech/GM*. Ithaca, New York: ISAA. Disponível em: <http://cib.org.br/wp-content/uploads/2016/04/2016_04_13_RelatorioISAAA_Eng.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2017.

KENYA WILDLIFE SERVICE (KWS). 2016. *Management Plan Guidelines for Protected Areas in Kenya*, July 2016.

KINOUCHI, M. R. Plano de Manejo: fundamentos para mudança. In: BENSUSAN, N.; PRATES, A. P. (Org.). *A diversidade cabe na unidade?: áreas protegidas no Brasil*. Brasília: IEB, 2014.

LEAD AGENCY PARKS; WILDLIFE SERVICE TASMANIA. 2000. *Best Practice in Protected Area Management Planning*. ANZECC Working Group on National Parks and Protected Areas Management Benchmarking and Best Practice Program, May 2000. Disponível em: <<https://environment.gov.au/system/files/resources/4b2a69dc-1c3e-4953-a9df-8230f83b49e3/files/protected-area-management.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2017.

LEVERINGTON, F. et. al. 2010. *Management effectiveness evaluation in protected areas: a global study*. Second edition. University of Queensland. Brisbane, Australia. Disponível em: <<http://old.unep-wcmc.org/medialibrary/2011/04/05/307dd818/Leverington%20et%20al.%202010.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2017.

LIRA, E.M. de. 2015. *A criação do Parque Nacional da Serra do Divisor no Acre (1989) e sua inserção nas políticas federais de implantação de unidades de conservação federais no Brasil*. Dissertação de Doutorado em História Social. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo. São Paulo. Disponível em: <file:///C:/Users/Jaime%20Sarinho/Downloads/2015_ElisandraMoreiraDeLira_VCorr.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2017.

MILARÉ, E. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE (MMA). 2017. *Tabela consolidada das unidades de conservação*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/images/arquivo/80112/CNUC_FEV17%20-%20B_Cat.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2017.

MURUTHI, P. 2006. *The Process of Preparing a General Management Plan for a Protected Area*. AWF Working Papers. February, 2006. Disponível em: <http://www.awf.org/sites/default/files/media/Resources/Books%20and%20Papers/AWF_GMP_for_Protected_Areas_paper.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2017.

NEIVA, A. et. al. *Lições aprendidas sobre participação social na elaboração de planos de manejo de unidades de conservação: comunidade de ensino e aprendizagem em planejamento de unidades de conservação*. Brasília: WWF-Brasil, 2013.

ONTARIO MINISTRY OF NATURAL RESOURCES. *Guideline to Management Planning for Protected Areas in the Context of Ecological Integrity*. Peterborough. Queens Printer for Ontario, 2014.

PEREIRA, G.S. 2009. *O Plano de manejo e o seu uso como ferramenta de gestão dos parques nacionais no estado do Rio de Janeiro*. Dissertação de Mestrado em Ciências Ambientais e Florestais. Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.sifloresta.ufv.br/bitstream/handle/123456789/4907/dissertacao_%20Gustavo%20Simas%20Pereira.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 29 jul. 2017.

ROCHA, J. C. de C. *Direito Ambiental e transgênicos: princípios fundamentais da biossegurança*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SACHS, I. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. 2. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SOUZA, M. F. R. de. *Política pública para unidades de conservação no Brasil: diagnóstico e propostas para uma revisão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

THOMAS, L; MIDDLETON, J. Guidelines for Management Planning of Protected Areas. In: PHILLIPS, Adrian (Ed.). *Best Practice Protected Area Guidelines Series No. 10*. IUCN, 2003.

VASCONCELOS, J.; CASES, M. O. 2009. *Recomendações para o Planejamento de Unidades de Conservação no Bioma Amazônia*. Série Cadernos ARPA. Brasília: MMA - Ministério do Meio Ambiente, GTZ-Cooperação Técnica Alemã, ARPA-Programa Áreas Protegidas da Amazônia, WWF-Brasil. Disponível em: <<http://www.programaarpa.gov.br/wp-content/uploads/2012/10/caderno1Planejamento Rev.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

Submissão: 10/04/2018
Aceito para Publicação: 31/12/2018



ADVOCACIA PARA PROFESSORES UNIVERSITÁRIOS EM REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA

ADVOCACY FOR UNIVERSITY PROFESSORS IN “EXCLUSIVE DEDICATION” REGIME OF CONTRACTING

Marcelo Lauer Leite *

RESUMO: Tendo por objeto o art. 21, XII, da Lei do Magistério Federal (LMF), que trata da colaboração esporádica de professores sob o regime de dedicação exclusiva (RDE) em assuntos de sua especialidade, esse trabalho investiga a hipótese de ser possível a esses servidores o exercício da advocacia. Sob a base metodológica *popperiana* aplicada às ciências sociais, foram analisados os requisitos para a colaboração em atividades externas à Instituição Federal de Ensino (IFE) – a regulamentação e autorização institucional, esporadicidade e assuntos da especialidade do docente. Em seguida, examinou-se a natureza científica (ou tecnológica) da advocacia, para, por fim, tratar dos aspectos concretos mais problemáticos da hipótese, quais sejam: em quê, para quem e de que forma se poderia advogar licitamente sob o amparo do RDE.

PALAVRAS-CHAVE: Magistério Superior. Dedicação Exclusiva. Advocacia.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Requisitos da Colaboração Externa. 1.1 Regulamentação e Autorização Institucional. 1.2 Esporadicidade. 1.3 Assuntos da Especialidade do Docente. 2 Advocacia e Docência em Dedicação Exclusiva. 2.1 A Advocacia é uma Atividade Científica ou Tecnológica? 2.2 Morfologia da Colaboração. 2.2.1 Em Quê? 2.2.2 Para Quem? 2.2.3 De Que Forma? Considerações Finais. Referências.

ABSTRACT: Having as object the art. 21, XII, of the Law of the Federal Magisterium (LMF), which deals with the sporadic collaboration of teachers under exclusive dedication regime of contracting (RDE) in subjects of their specialty, this work investigates the hypothesis that it is possible for these civil servants to exercise advocacy. Under the Popperian methodological basis applied to the social sciences, the requirements for collaboration in activities outside the Federal Educational Institution (IFE) - the regulation and institutional authorization, sporadicity and subjects of the teacher's specialty - were analyzed. Next, the scientific (or technological) nature of advocacy was examined, in order to finally address the most problematic concrete aspects of the hypothesis, namely: in what, for whom and in what form would it be possible to legally advocate under the RDE.

KEYWORDS: Higher Education. Exclusive Dedication Regime of Contracting. Advocacy.

304

INTRODUÇÃO

(...) O valor maior de toda ciência consiste em dizer-nos quais seriam as consequências caso as condições, sob alguns aspectos, se tornassem diferentes do que são¹.

Em âmbito federal, a carreira do magistério superior é regulada pela Lei n.º 12.772/2012 – Lei do Magistério Federal (LMF) –, a qual admite dois regimes-padrão de trabalho: (i) o de tempo parcial, equivalente a 20 horas semanais (h/s); e (ii) o de tempo integral, com 40 h/s de

* Doutor em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), Portugal. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor da Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA), Rio Grande do Norte.

¹ HAYEK, F. A. *Direito, legislação e liberdade*: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. v. 1. Tradução de Anna Maria Capovilla et al. São Paulo: Visão, 1985, p. 12.

dedicação exclusiva às atividades de ensino, pesquisa, extensão e gestão institucional (RDE)². Pela *exclusividade* na dedicação profissional, o servidor público recebe, de um lado, um *bônus* remuneratório nas rubricas de *vencimento básico*³ e *retribuição por titulação*⁴; de outro, um *ônus* sobre sua liberdade de iniciativa, consistente no impedimento *a priori* de exercício de outra atividade profissional remunerada⁵.

Esse quadro seria suficiente para uma alocação eficaz de recursos humanos no magistério superior federal, atendendo tanto aos profissionais com outras atividades públicas ou privadas – que se sujeitariam a um regime de 20h, com menos responsabilidades administrativas e menor remuneração – quanto aos que se dedicam integralmente à instituição de vínculo – com os ônus e bônus supracitados.

No entanto, percebeu-se desde cedo que o bônus remuneratório do professor-RDE⁶ seria uma compensação puramente *individual* que, sozinha, contrariaria objetivos institucionais de qualificação das ações de ensino, pesquisa e extensão universitárias, retenção profissional, impacto social e intercâmbio interinstitucional. Para fornecer incentivos dessa ordem, a literal “exclusividade” do RDE foi, paulatinamente, pincelada por exceções que a transformaram, de fato e de direito, em um regime de “dedicação prioritária”.

Vejamos o longínquo PLANO ÚNICO DE CLASSIFICAÇÃO E RETRIBUIÇÃO DE CARGOS E EMPREGOS (1987)⁷. Nele, já se admitia a realização de atividades profissionais remuneradas

² LMF, art. 20, I e II. Enfatize-se que esses regimes de contratação não são únicos, dada a viabilidade de contratação excepcional de docentes em regime de 40 horas semanais de trabalho *sem* RDE, nos termos do art. 20, § 1º, do diploma supracitado, *in verbis*:

Art. 20. (...)

(...)

§ 1º Excepcionalmente, a IFE poderá, mediante aprovação de órgão colegiado superior competente, admitir a adoção do regime de 40 (quarenta) horas semanais de trabalho, em tempo integral, observando 2 (dois) turnos diários completos, sem dedicação exclusiva, para áreas com características específicas.

(...).

³ LMF, Anexo III.

⁴ LMF, Anexo IV.

⁵ LMF, art. 20, § 2º.

⁶ Doravante, sempre que me referir a professor ou docente, subtenda-se a restrição ao objeto deste trabalho, isto é, àquele que desempenha essa atividade vinculado a uma carreira federal de ensino superior.

⁷ O Plano foi veiculado por meio do Decreto Federal n.º 94.664/1987, que regulamentou o art. 3º da Lei Federal n.º 7.596/1987, *in verbis*:

Art. 3º As universidades e demais instituições federais de ensino superior, estruturadas sob a forma de autarquia ou de fundação pública, terão um Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos para o pessoal docente e para os servidores técnicos e administrativos, aprovado, em regulamento, pelo Poder Executivo, assegurada a observância do princípio da isonomia salarial e a uniformidade de critérios tanto para ingresso mediante concurso público de provas, ou de provas e títulos, quanto para a promoção e ascensão funcional, com valorização do desempenho e da titulação do servidor (...).



externas ao vínculo institucional do servidor docente, tais como a participação em comissões julgadoras relacionadas com o ensino ou a pesquisa e a colaboração esporádica em assuntos de sua especialidade, além da percepção de direitos autorais. Duas décadas depois, com a promulgação da Lei Federal n.º 11.784/2008, acresceu-se a permissão à participação em órgãos de deliberação coletiva. Com a LMF, o rol foi inovado no que tange, entre outros pontos, à retribuição por participação em palestras, percepção de bolsas e à gratificação por encargo de curso ou concurso⁸.

Nesse trabalho, deter-me-ei sobre uma das autorizações pioneiras ao docente-RDE, qual seja, a de *colaboração externa esporádica em assuntos de sua especialidade*. Nesse âmbito, investigarei a *hipótese de ser possível a um professor do magistério superior em dedicação exclusiva exercer a advocacia*. Para tanto, será utilizada a base metodológica *popperiana* aplicável às ciências sociais⁹.

1 REQUISITOS DA COLABORAÇÃO EXTERNA

306

A atual regulação da colaboração externa de professores-RDE é disciplinada pelo art. 21, XII¹⁰, da LMF. Por ele, admite-se a percepção de retribuição pecuniária por colaboração externa de natureza científica ou tecnológica, desde que esta *(i)* observe as condições de regulamentação institucionais; *(ii)* seja esporádica; *(iii)* abranja assuntos de especialidade do docente; e *(iv)* seja regularmente autorizada.

1.1 Regulamentação e Autorização Institucional

A LMF foi categórica ao condicionar a colaboração externa à observância das “condições de regulamentação própria” de cada Instituição Federal de Ensino (IFE). Se, por um

⁸ LMF, art. 21.

⁹ A construção pretendida se baseia na metodologia epistemológica de KARL POPPER (In: *Lógica das ciências sociais*. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho e Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004), pela qual o conhecimento se começa a partir de *problemas* criados pela observação.

¹⁰ Art. 21. No regime de dedicação exclusiva, será admitida, observadas as condições da regulamentação própria de cada IFE, a percepção de:

(...)

XII - retribuição pecuniária por colaboração esporádica de natureza científica ou tecnológica em assuntos de especialidade do docente, inclusive em polos de inovação tecnológica, devidamente autorizada pela IFE de acordo com suas regras;

(...).

lado, a relativa liberdade de cada IFE sobre a colaboração externa do professor-RDE colide com a isonomia entre servidores públicos federais do magistério superior, por outro, ela tem esteio no princípio da autonomia universitária, inscrito no art. 207, *caput*¹¹, da Lei Maior. Por ele, garante-se às universidades uma autonomia não apenas didática ou financeira, mas também *administrativa*.

A expressividade constitucional na declaração da *autonomia administrativa* das universidades compreende, sem dúvida, o poder de regulamentação derivada sobre seus servidores¹². É nesse sentido que o art. 54 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) admite a elaboração de “regulamento de pessoal em conformidade com as normas gerais concernentes” pelas universidades públicas¹³, consonante ao entendimento doutrinário¹⁴ e do Supremo Tribunal Federal¹⁵.

Na esteira dos ensinamentos de NINA RANIERI¹⁶, a autonomia constitucionalmente atribuída às universidades lhes individualiza enquanto instituição auto-organizada, de modo

¹¹ Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

(...).

¹² Sobre o poder normativo das universidades, cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A autonomia universitária no Estado contemporâneo e no direito positivo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 147-183.

¹³ Lei Federal n.º 9.394/1996

Art. 54. As universidades mantidas pelo Poder Público gozarão, na forma da lei, de estatuto jurídico especial para atender às peculiaridades de sua estrutura, organização e financiamento pelo Poder Público, assim como dos seus planos de carreira e do regime jurídico do seu pessoal.

§ 1º No exercício da sua autonomia, além das atribuições asseguradas pelo artigo anterior, as universidades públicas poderão:

(...)

II - elaborar o regulamento de seu pessoal em conformidade com as normas gerais concernentes;

(...).

¹⁴ Diretamente tocando nesse ponto, cf. COSTA, Giuseppe da. A autonomia universitária e seus limites jurídicos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 27, n. 107, p. 61-76, jul./set. 1988, p. 72; LIMA, Tereza Cristina Pinheiro de. Autonomia universitária: uma reflexão. *Inter-ação: Revista da Faculdade de Educação da UFG*, Goiânia, n. 30 (1), p. 37-56, jan./jun. 2005, p. 48; PINTO, Helena Elias. Reflexões sobre o modelo brasileiro de autonomia universitária: possibilidades e limites da autodeterminação das universidades públicas. In: MARTIN, Carlos Benedito; NEVES, Clarissa Eckert Baeta (orgs.). *Novas configurações do ensino superior na sociedade contemporânea – 39º Encontro Nacional da ANPOCS*. Caxambu: ANPOCS, 2005, p. 5-8; ARAGÃO, *op. cit.*, p. 91; RANIERI, Nina. *Autonomia universitária*. São Paulo: EdUSP, 1994, p. 124-127 [(A autonomia administrativa) *Consiste no direito de elaborar normas próprias de organização interna, em matéria didático-científica e de administração de recursos humanos e materiais (...)*]. Indiretamente, cf. MENDONÇA, Fabiano. *Autonomia universitária: elementos de Direito Administrativo Universitário*. Natal: EDUFRN, 2009, p. 50-53.

¹⁵ Na ADI n.º 51, o Ministro CELSO DE MELLO definiu a autonomia administrativa universitária como a que “assegura à Universidade, sempre em função de seu triplice objetivo institucional, capacidade decisória para, de um lado administrar os seus acessórios, agindo e resolvendo, interna corporis, os assuntos de sua própria competência, e, de outro, disciplinar as suas relações com os corpos docentes, discentes e administrativo que a integram”.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 124.



que as normas por si editadas são lícitas e imperativas em sua órbita de incidência. Trata-se do puro reconhecimento de uma diversidade de *finalidades* e *contextos socioeconômicos* existentes em cada IFE¹⁷, os quais podem demandar arranjos que sirvam a umas, mas não a outras.

É na falta de autorização institucional que se concentram muitos dos casos enfrentados pelos Tribunais Regionais Federais. Reconhecendo-se ou não a *improbidade administrativa*¹⁸ do professor-RDE que exerce a advocacia à revelia da administração universitária, há precedentes no sentido de condenar os servidores (i) no pagamento único de multa civil¹⁹, (ii) na interrupção do recebimento da gratificação por titulação²⁰, (iii) no ressarcimento ao erário da gratificação recebida²¹ e, até mesmo, (iv) em demissão²².

1.2 Esporadicidade

Qualquer que seja a forma de ordenação da colaboração externa pela IFE, é certo que ela deve ser *esporádica*. Originariamente, a LMF considerava como tal a colaboração externa de até 120 horas anuais (h/a), *excepcionalmente* extensíveis para 240 h/a²³. Em 2016, porém, esse limite máximo passou a ser de 8 h/s e/ou 416 h/a²⁴, um acréscimo de *mais de 300%* na anterior permissividade ordinária abstrata. Por que isso ocorreu?

308

¹⁷ *Op. cit.*, p. 127.

¹⁸ Lei Federal n.º 8.492/1992

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; (...).

¹⁹ TRF1, Apelação Cível n.º 0009974-31.2003.4.01.3803, publicada em 14-9-2012.

²⁰ TRF1, Apelação Cível n.º 0009975-16.2003.4.01.3803, publicada em 13-4-2012.

²¹ TRF4, Apelação Cível n.º 2005.71.10.002435-1, publicada em 7-7-2008.

²² TRF3, Apelação Cível n.º 2004.03.99.028138-6, publicada em 2-9-2008.

²³ Art. 21. (...).

(...)

§ 4º As atividades de que tratam os incisos XI e XII do caput não excederão, computadas isoladamente ou em conjunto, a 120 h (cento e vinte horas) anuais, ressalvada a situação de excepcionalidade a ser justificada e previamente aprovada pelo Conselho Superior da IFE, que poderá autorizar o acréscimo de até 120 h (cento e vinte horas) exclusivamente para atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação.

(...).

²⁴ Conforme o art. 21, § 4º, após as alterações promovidas pela Lei Federal n.º 13.243/2016, *in verbis*:

Art. 21. (...).

(...)

§ 4º As atividades de que tratam os incisos XI e XII do caput não excederão, computadas isoladamente ou em conjunto, a 8 (oito) horas semanais ou a 416 (quatrocentas e dezesseis) horas anuais.

(...).

A origem dessa mudança está na tentativa de instituição de um “Código Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação” (CONACI). Proposto em 2011²⁵, o CONACI objetivava sistematizar a regulamentação dos arts. 218 e 219 da Constituição Federal (CF). Entre dezenas de comandos normativos, seu art. 16 estipulava que o “pesquisador público sob regime de dedicação exclusiva” poderia, desde que sem prejuízo das atividades de ensino e pesquisa, participar da execução de projetos que envolvessem sua Entidade de Ciência, Tecnologia e Inovação (ECTI)²⁶, ou exercer atividades remuneradas de pesquisa e inovação em ECTIs privadas.

Embora não tenham sido veiculadas em um *Código*, as intenções do CONACI foram profundamente debatidas, gerando frutos constitucionais²⁷ e infraconstitucionais – estes, na forma de alterações²⁸ em leis preexistentes. O projetado art. 16, por exemplo, transformou-se no art. 14-A²⁹ da Lei Federal n.º 10.973/2004³⁰, permitindo expressamente que professores-RDE exerçam atividade remunerada de *pesquisa, desenvolvimento e inovação* em ambientes externos, “desde que observada a conveniência do órgão de origem e assegurada a continuidade de suas atividades de ensino ou pesquisa”. Contudo, de pouco serviria essa alteração se o docente não dispusesse do *tempo necessário* para atuar e experienciar essa atividade paralela. Nesse panorama, teve lugar o aumento do *quantitativo da esporadicidade* hoje descrita na LMF.

Estamos diante de um critério fundamental para a colaboração externa de docentes-RDE. Se a pretensa atuação não for esporádica, o caminho adequado à sua validade jurídica é a mudança de regime de trabalho – seja para o tempo parcial de 20h/s, seja para as 40 h/s sem dedicação exclusiva, quando cabível.

²⁵ Projeto de Lei (PL) n.º 2.177/2011.

²⁶ Assim definida pelo art. 2º, VII, do PL n.º 2.177/2011: “órgão ou entidade pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, legalmente constituída, que tenha por missão institucional, objetivo social ou estatutário, dentre outros, o desenvolvimento de novos produtos ou processos, com base na aplicação sistemática de conhecimentos científicos e tecnológicos e na utilização de técnicas consideradas avançadas ou pioneiras, ou execute atividades de pesquisa básica ou aplicada de caráter científico, tecnológico ou de inovação, que seja beneficiária do fomento ou financiamento previsto nesta lei”.

²⁷ Emenda Constitucional n.º 85/2015

²⁸ Veiculadas pela Lei Federal n.º 13.243/2016.

²⁹ Art. 14-A. O pesquisador público em regime de dedicação exclusiva, inclusive aquele enquadrado em plano de carreiras e cargos de magistério, poderá exercer atividade remunerada de pesquisa, desenvolvimento e inovação em ICT ou em empresa e participar da execução de projeto aprovado ou custeado com recursos previstos nesta Lei, desde que observada a conveniência do órgão de origem e assegurada a continuidade de suas atividades de ensino ou pesquisa nesse órgão, a depender de sua respectiva natureza.

³⁰ “Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências”.

1.3 Assuntos de Especialidade do Docente

A colaboração externa deve sempre envolver um *assunto de especialidade do docente*. Naturalmente, tratando-se a participação em atividades exógenas de um *interesse universitário*, essa especialidade *deve ser relacionada à atividade do professor-RDE junto à IFE*, guardando a devida pertinência acadêmica. Não faria sentido que um professor do Departamento de Veterinária, sendo casualmente um especialista em violinos, fosse autorizado a flexibilizar seu vínculo universitário em prol da colaboração no aperfeiçoamento de recitais natalinos.

Teratologias à parte, o âmbito normativo da especialidade pode gerar divergências institucionais indesejáveis diante de situações de menor clareza. O que poderia ser considerado um assunto de especialidade do docente? Aquele relativo às suas disciplinas na graduação? A projetos de pesquisa e extensão? À formação acadêmica (se sim, em que nível)?

Entre os léxicos, a *especialidade* é descrita como “o trabalho, profissão (ou ramo dentro de uma profissão) de cada um”³¹; “parte de um trabalho ou profissão a que alguém se dedica exclusiva ou particularmente”³²; e “atividade, profissão ou campo do conhecimento que alguém particularmente domina”³³.

Essas conceituações parecem-me insuficientes para a solução do problema interpretativo. Pode-se afirmar que *Direito* é uma especialidade de um *professor de Direito*? Depende. Para a comunidade universitária, certamente sim, afinal, quem mais seria especialista em Direito, senão os professores bacharéis em Direito? De certo não seriam os engenheiros. Já entre os bacharéis em Direito, o conhecimento básico do ordenamento funciona como uma espécie de *clínica geral*. Eles responderão negativamente a essa pergunta, lembrando que alguém pode ser especialista em Direito Civil, mas não somente em “Direito”. Levada questão semelhante a um civilista – isto é, perguntando-o se Direito Civil é a sua especialidade –, provavelmente ele também dirá que não, apresentando uma nova delimitação – v.g., os contratos. Agora, quem levar a questão a um professor de Contratos, não mais se surpreenderá ao descobrir que sua especialidade são os contratos de seguro...

³¹ NOVO AURÉLIO SÉCULO XXI: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 812.

³² LISA – GRANDE DICIONÁRIO DA LÍNGUA PORTUGUESA: E-N. São Paulo: Livros Irradiantes, 1972, p. 1.088.

³³ DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 814.

Bem se vê, o dilema da especialidade pode levar a uma verticalização desmedida e/ou de aferição problemática. De fato, quanto mais fundo se está no oceano do conhecimento, mais se depende de suas camadas anteriores. O especialista em contratos de seguros precisa conhecer e aplicar razoavelmente os princípios dos contratos em geral, do Direito Civil e do Direito como um todo, sendo pouco provável – ou absolutamente não recomendável – que exerça sua atividade de maneira compartimentada.

O que fazer, então? Penso que uma forma isonômica e controlável de aferição já está à disposição de todas as IFEs. Refiro-me à *Tabela de Áreas de Conhecimento* da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Dividida em quatro níveis – grande área, área básica, sub-área e especialidade –, a tabela chega a esta última definindo-a como a *caracterização temática da atividade de pesquisa e ensino*³⁴, assim prevista para o Direito:

GRANDE ÁREA

Ciências Sociais Aplicadas

Área Básica

Direito

Sub-área

Direito

Especialidades

Teoria do Direito, Teoria Geral do Direito, Teoria Geral do Processo, Teoria do Estado, História do Direito, Filosofia do Direito, Lógica Jurídica, Sociologia Jurídica, Antropologia Jurídica, Direito Público, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Processual Civil, Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Internacional Público, Direito Privado, Direito Civil, Direito Comercial, Direito do Trabalho, Direito Internacional Privado e Direitos Especiais.

Classificando como “especialidade” assuntos temáticos suficientemente amplos para englobar as mais diversas cátedras e pesquisas, essa estruturação permite uma colaboração externa multifacetada, aliando interesses institucionais e profissionais do professor-RDE. Por ela, ilustrativamente, um docente que ministre disciplinas ou desenvolva pesquisas na área da propriedade industrial poderia ser remunerado para assessorar juridicamente na obtenção de patentes em polos de inovação tecnológica – v.g., incubadoras ou aceleradoras de *startups* –, atuando, para esse fim, dentro de sua especialidade.

³⁴ CAPES. Tabela de Áreas de Conhecimento/Avaliação. Disponível em: <http://www.capes.gov.br/avaliacao/instrumentos-de-apoiamento/tabela-de-areas-do-conhecimento-avaliacao>. Acesso em 22-12-2017,



2 ADVOCACIA E DOCÊNCIA EM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA

O exemplo anterior nos leva ao cerne dessa investigação. Claramente, a expressividade legislativa permitiu a colaboração esporádica de professores-RDE em polos de inovação tecnológica. Por outro lado, se semelhante atuação se desse em favor de uma indústria farmacêutica, haveria albergue legal? Em ambos os casos, estar-se-ia exercendo atividade *privativa* de advogado³⁵, residindo a distinção, tão-somente, na contraparte relacional. A lei permitiu a colaboração *inclusive* em polos de inovação – e não *exclusivamente*. Entretanto, a simplicidade desse raciocínio arrasta importantes questões, as quais merecem análise mais detida.

2.1 A Advocacia é uma Atividade Científica ou Tecnológica?

A colaboração externa permitida pela lei é aquela de natureza *científica* ou *tecnológica*. Essa delimitação compreende a advocacia?

312

Grosso modo, a atividade do advogado consiste em orientar ou agir em nome de um terceiro (contratante) *com base nas diversas fontes do Direito*, de modo a lhe conferir um bem da vida pretendido – *v.g.*, segurança jurídica, provimentos mandamentais, condenatórios, executivos ou declaratórios. Sua atuação tem como objeto imediato o Direito em suas diversas formas – legislada, costumeira, jurisprudencial e negocial. Seria essa atividade *científica*? A maioria da doutrina afirmaria que sim, lastreando-se na ideia de que o conhecimento jurídico, como qualquer conhecimento *científico*, seria sistemático, metodicamente obtido e

³⁵ Lei Federal n.º 8.906/1994 – Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (EOAB)

Art. 1º São atividades privativas de advocacia:

I - a postulação a órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais;

II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

(...).

demonstrado³⁶, tendo como papel revelar “o ser do Direito, aquele que é obrigatório, que se acha posto à coletividade”³⁷.

A atribuição da alcunha de *ciência* ao Direito³⁸ pode causar algum estranhamento a não juristas, porém, não se trata de nenhuma novidade. JUSTINIANO já dizia ser o Direito a “ciência do justo e do injusto”³⁹. Fora dos brados históricos, o Direito se encontra em quadrantes científicos classificados por ARISTÓTELES (*ciência prática*, opondo-se às ciências abstratas), DILTHEY (*ciência do espírito*, opondo-se às ciências da natureza) e COMTE (*sociologia*, opondo-se à matemática, astronomia, física, química e biologia)⁴⁰.

O fator de maior receio no reconhecimento da *ciência do direito* – tal qual em qualquer ciência dita *social* – talvez esteja no tipo de resposta trazido pelos problemas *normativos* – em oposição aos *preditivos*⁴¹. Enquanto enunciados *matemáticos* podem ser respondidos como *verdadeiros* ou *falsos*; os *jurídicos* o são como *corretos* ou *incorretos*⁴². Embora ambos os modos de expressão pareçam ter o mesmo significado, LARENZ aponta que o segundo “exprime um grau de certeza mais débil”, subsistindo um resíduo último de dúvida que não pode ser negligenciado⁴³.

313

³⁶ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 49; NUNES, Rizzato. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 47; BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 135-138; MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do Direito*. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 61-62; LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do Direito*. 33. ed. Atualizada por Paulo Condorcet. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 55-56; REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 16-17; 322-326; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 270-296; RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 161-181.

³⁷ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do Direito*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 10; VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1977, p. 62-63.

³⁸ EROS GRAU advoga que o Direito não é uma ciência, mas apenas o *objeto* de uma ciência – a ciência do Direito – GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 37. O apontamento me parece de um preciosismo além da conta, dado ignorar a polissemia do vocábulo. Transportado fosse a outras áreas, a física também não seria uma ciência, mas o objeto das ciências físicas.

³⁹ MONTORO, *op. cit.*, p. 61.

⁴⁰ DINIZ, *op. cit.*, p. 38-41; MONTORO, *op. cit.*, p. 62-81.

⁴¹ HEGENBERG, Leônidas. *Explicações científicas: introdução à filosofia da ciência*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1973, p. 217.

⁴² ENGISCH, Karl. *Beitrag zur Rechtstheorie*. Frankfurt: Juristische Abhandlungen, 1984, p. 287, *apud* LARENZ, *op. cit.*, p. 273.

⁴³ LARENZ, *op. cit.*, p. 273. Como leciona REALE, em que pese a tarefa do jurista não ter “a segurança e a certeza dos que se dedicam a investigações de laboratório ou às formalizações matemáticas” (o que LARENZ e ENGISCH talvez chamassem de *verdade*), ela tem “a certeza compatível com a complexidade dos fatos sociais” (igualmente, para LARENZ e ENGISCH, *corretismo*) – *op. cit.*, p. 326.

Com efeito, a ação hermenêutica do sujeito cognoscente – *cientista do direito* – sobre o objeto cognoscível – *v.g.*, lei ou precedente jurisprudencial – pode ter como pano de fundo uma variedade de métodos que resultem em um número tal de resultados *corretos* incompatível com o sólido conceito de *verdade*. Mesmo diante de um só método – digamos, o *literal* –, a expressão textual da *linguagem* e de suas polissemias pode levar a cabo esse efeito. E nem sem fale nos incontáveis *conceitos jurídicos indeterminados* que recheiam o ordenamento. Daí porque “interpretar um texto quer dizer (...) decidir-se por uma entre muitas possíveis interpretações, com base em considerações que fazem aparecer tal interpretação como a *correta*”⁴⁴, conclusão de difícil objeção frente à amplitude do poder discricionário da linguagem⁴⁵.

Para TÉRCIO SAMPAIO, é no âmbito dessas *corretas possibilidades interpretativas* que se sobressai o caráter *tecnológico* subjacente à ciência do Direito. O professor paulista aponta que esta não se ocupa primordialmente de *verdade*, mas sim da “*decidibilidade*”⁴⁶, pois, *tecnologicamente*, são construídas intervenções práticas – *v.g.*, petições, pareceres – a partir das possibilidades factuais reveladas pela dogmática jurídica⁴⁷. Logo, é por meio da ação tecnológica do operador do direito – interpretando, construindo e sistematizando comandos normativos – que se manifestaria a dogmática jurídica.

Ante esse cenário, o advogado atua *tecnologicamente* quando cria, a partir da dogmática, uma versão persuasiva de seu interesse. *Ao incutir em terceiros* – *v.g.*, juízes e contrapartes – a *crença de que suas construções jurídicas* – *v.g.*, tese e contrato – *são possibilidades corretas extraíveis das fontes do Direito, ele motivará a realização de condutas especificamente pretendidas em favor de seu cliente* – *v.g.*, sentença favorável e negociação⁴⁸.

Bem se vê, o que TÉRCIO SAMPAIO entende por atividade *tecnológica* – acompanhado por RIZZATO NUNES⁴⁹ e MARIA HELENA DINIZ⁵⁰ – equivale ao que outros doutrinadores

⁴⁴ LARENZ, *op. cit.*, p. 283; GRAU, *op. cit.*, p. 40-43.

⁴⁵ HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. 5. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 140; VILANOVA, *op. cit.*, p. 65-69; 104-108; REALE, *op. cit.*, p. 168-170.

⁴⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 86.

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 87-88.

⁴⁸ FERRAZ JUNIOR, *op. cit.*, p. 177-178 [(...) o discurso dogmático não é um discurso meramente informativo, no sentido de que o emissor se limita a comunicar uma informação sem se preocupar com o receptor, mas sim um discurso eminentemente persuasivo, no sentido de que o emissor pretende que sua informação seja acreditada pelo receptor. 7 Visa, pois, a despertar uma atitude de crença. Trata-se, então, de um discurso que intenta motivar condutas (...)].

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 63-65.

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 212-214.



compreendem como *atividade/técnica científica*⁵¹. Assim, embora a questão me pareça eminentemente terminológica, pouco importaria – para o fim de enquadramento normativo ora proposto – se a advocacia seria uma colaboração *científica* ou *tecnológica*: ambas são albergadas pela LMF.

2.2 Morfologia da Colaboração

Outra objeção para a aceitação da advocacia como atividade factível de desenvolvimento por docentes-RDE pode estar na morfologia da *colaboração*. Em outras palavras, *em quê, com quem e de que forma* se pode colaborar?

2.2.1 Em quê?

À primeira dúvida, a resposta mais direta: nos assuntos da especialidade do docente. Para além do já dito no ponto 2.3, reforço o fundamentalismo desse vínculo, sem o qual não há convergência entre os interesses do docente e os da IFE. Do lado desta, *a flexibilização do regime DE só fará sentido se se der para qualificar o trabalho do servidor-colaborador enquanto tal*. De fato, o valor da *experiência* leva ao aperfeiçoamento/atualização de conhecimentos/práticas resultantes da simbiose entre o ambiente universitário e a sociedade. Se essa é a lógica, haveria pouca ou nenhuma aderência normativa se a um professor de Direito do Trabalho fosse permitida a advocacia no âmbito sucessório.

315

⁵¹ RADBRUCH, *op. cit.*, p. 162 [A tarefa da ciência do direito como tal, dogmática e sistemática, realiza-se em três planos: interpretação, construção e sistema]; REALE, *op. cit.*, p. 324-325 [(...) é sempre a finalidade prática que conduz ou orienta a pesquisa jurídica. O jurista, quando interpreta um texto e tira conclusões, coordenando-as e sistematizando-as, segundo princípios gerais, visa ao problema da aplicação. É nesse trabalho que consiste principalmente a Dogmática Jurídica]; NADER, *op. cit.*, p. 221 [O papel das ciências é fornecer ao homem o conhecimento necessário quanto às diversas ordens de fenômenos (...). Para o ser humano, o conhecimento não constitui um fim. (...) Para alcançar os fins que deseja, necessita utilizar um conjunto de meios e recursos adequados, ou seja, de empregar a técnica]; LIMA, *op. cit.*, p. 56 [(...) na atividade cognoscitiva do juriconsulto, temos a ciência quando ele verifica o material que é a base mesma do direito. Temos a técnica quando ele imprime formas adequadas às instituições para a realização de seus objetivos práticos]; VILANOVA, *op. cit.*, p. 62-63 [O juriconsulto, o jurista cientista, o advogado militante (...) têm um fim específico: verificar quais as normas em vigor que incidem sobre tal ou qual categoria de fatos. (...) o propósito dogmático-jurídico é verificar se a norma existe].

2.2.2 Para quem?

Sendo a *experiência* um valor buscado pela IFE, pouco importa o destinatário da colaboração, podendo sê-lo qualquer pessoa natural ou jurídica. O viés *institucional* da menção aos polos de inovação tecnológica, até pelo seu caráter exemplificativo, não acarreta limitação para a prestação de serviços advocatícios na iniciativa privada; ao contrário, denota o caráter ampliativo da norma. Voltando ao exemplo já trabalhado, o professor/pesquisador de *propriedade industrial* poderia prestar seus serviços tanto para uma indústria farmacêutica quanto para a uma incubadora de *startups*.

2.2.3 De que forma?

O *modus operandi* é provavelmente o ponto mais delicado na regulação da colaboração externa, dado o risco de desordens na administração de pessoal na IFE. Até aqui, sabemos apenas que essa colaboração deve ser *esporádica* – e o que isso significa⁵². Todavia, como controlar a esporadicidade em uma atividade dinâmica e potencialmente expansível, sujeita a demandas de duração alheia à vontade do professor – v.g., audiências e sessões de julgamento?

Duas saídas poderiam resolver facilmente essa celeuma. A primeira – e mais fácil – seria a proibição da atividade advocatícia; a segunda, a inserção de restrições que a limitem progressivamente de modo a somente viabilizar atividades puramente consultivas.

Objeto-as desde já. É preciso resistir à tentação de *dificultar* ou *vetar* a colaboração externa advocatícia. Esses impulsos, embora facilitem o *controle*, ignorariam o repisado interesse institucional na *experiência* do docente, cuja métrica não se encontra apenas no *querer* da administração da IFE, mas de toda a *comunidade universitária*, também integrada pelo alunado, beneficiário direto do ganho sapiencial/prático.

Penso que uma maneira equilibrada de lidar com a questão envolve dois fatores conjuntos: (i) *margem na esporadicidade* e (ii) *dialogicidade*.

Sendo esporádica a colaboração externa de até 416 h/a ou 8 h/s, o atendimento às incertezas temporais da advocacia estaria em *autorizações parciais com margens extensíveis ao limite legal* – v.g., permitindo-se a atuação por 4 h/s, com flexibilidade para cobrir eventual

⁵² Cf. ponto 2.2



necessidade de 4 h/s extras. Essa proposta atrai, mais uma vez, o problema do controle. Afinal, como fazê-lo de modo a atender, simultaneamente, aos interesses universitários na experiência e na gestão juridicamente correta dos recursos humanos?

A resposta está na dialogicidade.

No aperfeiçoamento do modelo gerencial de administração pública, a perspectiva dialogal vem ganhando franco espaço doutrinário⁵³ e jurisprudencial⁵⁴, abrindo margem a uma *intervenção comunicativa*⁵⁵ cada vez maior. Como ensina MÁRCIO RIBEIRO, o emprego da reciprocidade comunicativa no trato das matérias ou questões públicas tende a diminuir conflitos, na medida em que as soluções são criadas a partir de esforços conjuntos das partes envolvidas⁵⁶. Dessa forma, a fixação burocrática pelo *controle* cede frente ao *diálogo das partes envolvidas*⁵⁷, prestigiando-se o maior número de interesses e garantindo sua defesa e gestão a seus titulares⁵⁸.

Embora essa noção tenha se lastreado e desenvolvido na relação Estado *x* particulares, penso que a ela não se limita. Com efeito, *se o direito a uma participação dialogal permeia as relações exógenas à administração pública, muito mais consistente deve ser a sua exigibilidade endógena, de maneira que a condição de servidor público não pode acarretar a minoração de direitos de cidadania participativa.*

317

⁵³ LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. *Administração pública dialógica*. Curitiba: Juruá, 2013; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no Direito Administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008; OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Participação administrativa. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (coord.). *Direito Administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; MACHADO, João Baptista. *Participação e descentralização: democratização e neutralidade na Constituição de 76*. Coimbra: Almedina, 1982; SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito administrativo de participação*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997; TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo. In: TÁCITO, Caio (org.). *Temas de Direito Público (estudos e pareceres)*. v. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; NOGUEIRA, Marco Aurélio. *Um Estado para a sociedade civil: temas éticos e políticos da gestão democrática*. São Paulo: Cortez, 2004; CUNHA, Paulo César Melo da. As atividades comunicadas e o controle do exercício das liberdades. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008; FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 275, p. 25-46, mai./ago. 2017.

⁵⁴ Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Apelação Cível n.º 4114522004, publicada em 4-8-2009; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Cível n.º 0005977-70.2012.8.26.0157, publicada em 24-8-2017; Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível n.º 620123120138190021, publicada em 1.º-9-2017.

⁵⁵ LIMA, *op. cit.*, p. 101.

⁵⁶ LIMA, *op. cit.*, p. 102-103; ALMEIDA, *op. cit.*, p. 346.

⁵⁷ LIMA, *op. cit.*, p. 104.

⁵⁸ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 411.

No contexto dos processos/procedimentos⁵⁹ administrativos, GUSTAVO OLIVEIRA aponta que o emprego de mecanismos participativos enseja a criação de *espaços de efetiva negociação*, nos quais a harmonização de interesses envolvidos pode se dar, inclusive, por *reciprocidade de concessões*⁶⁰. Essa postura aberta torna o processo administrativo não apenas um meio de aferição de pedidos, mas um *instrumento de prevenção à arbitrariedade*⁶¹, conferindo-se ao *consenso* a sua real importância democrática⁶².

Aplicando-se esse viés ao problema posto, as IFEs poderiam adotar medidas dialogais que confirmem subsídios na aferição do cumprimento dos seus interesses, tais como a apresentação de relatórios periódicos descritivos de atividades – eventualmente avaliados por superiores hierárquicos na atividade externa (v.g., escritórios de advocacia empregadores) ou carregados com provas específicas (v.g., extratos de processos junto a tribunais ou órgãos administrativos) – ou o estabelecimento de processos dinâmicos de apreciação das atividades desenvolvidas, inclusive por meio de reuniões internas, colaborando com o esclarecimento de questões e com o desenvolvimento de soluções criativas.

Ilustrando essa proposta aplicativa, partamos do caso de um professor-RDE de *Direitos Reais* que tenha prévia autorização para advogar por 4 h/s. Deparando-se com a marcação de uma audiência de instrução e julgamento envolvendo uma complexa reintegração de posse, com grande potencial para extrapolar a carga horária externa autorizada pela IFE, ele poderia viabilizar, por meio de um diálogo institucional, uma participação ativa de seus alunos nessa atividade. Com apoio logístico e acadêmico, permitir-se-ia um contato prático de suma importância na formação do alunado, atendendo-se a vários interesses a contento.

Como em qualquer processo administrativo, espera-se que as Partes atuem segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé⁶³. Em todo caso, os possíveis desvios do âmbito

⁵⁹ Considerando-os, para os fins deste artigo, sinônimos.

⁶⁰ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 414. A última expressão destacada, segundo o autor, foi originariamente grafada por SABINO CASSESE (In: *La arena pública: nuevos paradigmas para el Estado*).

⁶¹ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 24.

⁶² ALMEIDA, *op. cit.*, p. 336-337 [*O consenso tem íntima relação com a democracia, não integrando o princípio próprio dos regimes autocráticos. O Estado, como fenômeno político, e a Administração, como parte desse fenômeno, no contexto de um regime democrático, devem, pois, dedicar-se permanentemente à construção do consenso da comunidade*].

⁶³ Lei Federal n.º 9.784/1999

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)



temporal/material da atuação externa autorizada pela IFE devem atrair uma solução pela via da *consensualidade*, e não da pura discricionariedade administrativa. Assim, eventuais acordos substitutivos, *seja para a cessação da atividade advocatícia, seja para um ajustamento da conduta externa do servidor*⁶⁴, se conciliarão com a dialogicidade, minorando sobremaneira a ocorrência de litígios e evitando que a universidade se torne uma indesejável “penitenciária do saber”⁶⁵.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo desse trabalho foi investigar a juridicidade do exercício da advocacia por um professor-RDE face o art. 21, XII, da LMF⁶⁶. Paralelamente ao reconhecimento da livre normatização de cada IFE sobre o assunto, foi debatido o conteúdo deste ato normativo, densificando-se temas como a natureza da atividade advocatícia, esporadicidade, especialidade do docente e a morfologia da eventual colaboração – quando autorizada. Por fim, destacou-se a importância da dialogicidade na intermediação dos eventuais conflitos de interesse.

Como alicerce dos pontos tratados, esteve presente a lógica popperiana aplicada às ciências sociais: experimentei soluções que, a meu ver, são *normativamente corretas*. Ponho-as, doravante, ao controle da crítica acadêmica, única forma de se conseguir a aproximação de

319

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; (...).

⁶⁴ CUNHA, *op. cit.*, p. 650.

⁶⁵ LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. Prática jurídica na universidade pública e *locus* funcional dos seus professores: um dilema ainda sem adequada solução legislativa ou administrativa?. *Revista Jurídica da UFRSA*, Mossoró, v. 2, n. 3, p. 99-116., jan./jun. 2018, p. 101 [A sigla RDE possui uma conotação um tanto sarcástica, pois, em rigor, o Regime de Dedicção Exclusiva também pode ser visto como uma de forma de Regime Disciplinar Diferenciado (artigo 52 da Lei nº 7.210/1984 - Lei de Execução Penal - LEP), isto é, profundamente supressiva da liberdade profissional dos docentes, o que tem inviabilizado o livre trânsito deles no mercado. O sacrifício parcial da remuneração, infelizmente, inviabiliza a autonomia profissional dos docentes, tornando, paradoxalmente, cada universidade uma ‘penitenciária do saber’].

⁶⁶ Embora remencionar esse *corte* a essa altura pareça despidendo, vejo como importante para deixar claro aos que, apressadamente, vieram até a conclusão, que este trabalho não enfrentou outros argumentos que possam (in)justificar a advocacia por professores-DE – v.g., o art. 30, parágrafo único, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil –, como o fez MÁRCIO RIBEIRO em sua pesquisa mais recente (Prática jurídica na universidade pública e *locus* funcional dos seus professores: um dilema ainda sem adequada solução legislativa ou administrativa?, *op. cit.*, p. 102-103).

uma ideal de objetividade sobre o assunto, filtrando-se a inevitável falta de neutralidade⁶⁷ da atividade científica (ou tecnológica) deste autor.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no Direito Administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A autonomia universitária no Estado contemporâneo e no direito positivo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

CAPES. Tabela de Áreas de Conhecimento/Avaliação. Disponível em: <http://www.capes.gov.br/avaliacao/instrumentos-RDE-apoio/tabela-RDE-areas-do-conhecimento-avaliacao>. Acesso em: 22 dez. 2017.

COSTA, Giuseppi da. A autonomia universitária e seus limites jurídicos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 27, n. 107, p. 61-76, jul./set. 1988.

CUNHA, Paulo César Melo da. As atividades comunicadas e o controle do exercício das liberdades. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ENGISCH, Karl. *Beitrage zur Rechtstheorie*. Frankfurt: Juristische Abhandlungen, 1984.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

⁶⁷ POPPER, *op. cit.*, p. 22-23 [É um erro admitir que a objetividade de uma ciência dependa da objetividade do cientista. (...) O cientista natural é tão partidário quanto as outras pessoas, e a não ser que pertença aos poucos que estão, constantemente, produzindo novas ideias, ele está, infelizmente muito inclinado, em geral, a favorecer suas ideias preferidas de um modo parcial e unilateral. (...) a objetividade da ciência não uma matéria dos cientistas individuais, porém, mais propriamente, o resultado social de sua crítica recíproca, da divisão hostil-amistosa do trabalho entre cientistas, ou sua cooperação e também sua competição].

- FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 275, p. 25-46, mai./ago. 2017.
- GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. 5. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- HAYEK, F. A. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. v. 1. Tradução de Anna Maria Capovilla et al. São Paulo: Visão, 1985.
- HEGENBERG, Leônidas. *Explicações científicas: introdução à filosofia da ciência*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1973.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3. ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do Direito*. 33. ed. Atualizada por Paulo Condorcet. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.
- LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. *Administração pública dialógica*. Curitiba: Juruá, 2013.
- _____. Prática jurídica na universidade pública e *locus* funcional dos seus professores: um dilema ainda sem adequada solução legislativa ou administrativa?. *Revista Jurídica da UFERSA*, Mossoró, v. 2, n. 3, p. 99-116, jan./jun. 2018.
- LIMA, Tereza Cristina Pinheiro de. Autonomia universitária: uma reflexão. *Inter-ação: Revista da Faculdade de Educação da UFG*, Goiânia, n. 30 (1), p. 37-56, jan./jun. 2005.
- LISA – GRANDE DICIONÁRIO DA LÍNGUA PORTUGUESA: E-N. São Paulo: Livros Irradiantes, 1972.
- MACHADO, João Baptista. *Participação e descentralização: democratização e neutralidade na Constituição de 76*. Coimbra: Almedina, 1982.
- MENDONÇA, Fabiano. *Autonomia universitária: elementos de Direito Administrativo Universitário*. Natal: EDUFRN, 2009.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do Direito*. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do Direito*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- NOGUEIRA, Marco Aurélio. *Um Estado para a sociedade civil: temas éticos e políticos da gestão democrática*. São Paulo: Cortez, 2004.
- NOVO AURÉLIO SÉCULO XXI: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.



NUNES, Rizzato. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Participação administrativa. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (coord.). *Direito Administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2006.

PINTO, Helena Elias. Reflexões sobre o modelo brasileiro de autonomia universitária: possibilidades e limites da autodeterminação das universidades públicas. In: MARTIN, Carlos Benedito; NEVES, Clarissa Eckert Baeta (Orgs.). *Novas configurações do ensino superior na sociedade contemporânea – 39º Encontro Nacional da ANPOCS*. Caxambu: ANPOCS, 2005.

POPPER, Karl. *Lógica das ciências sociais*. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho e Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RANIERI, Nina. *Autonomia universitária*. São Paulo: EdUSP, 1994.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito administrativo de participação*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo. In: TÁCITO, Caio (org.). *Temas de Direito Público (estudos e pareceres)*. v. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1977.

322

Submissão: 12/04/2018
Aceito para Publicação: 31/12/2018



PRINCÍPIO DA SANABILIDADE NO DIREITO EMPRESARIAL SOCIETÁRIO: CONVERGÊNCIAS COM O DIREITO CIVIL E APLICAÇÃO DA TEORIA DAS NULIDADES

SANABILITY PRINCIPLE ON CORPORATE LAW: CONVERGENCIES WITH CIVIL LAW AND APPLICABILITY OF THE INVALIDITY THEORY

Pedro Ernesto Gomes Rocha*

Márcio Luís de Oliveira**

RESUMO: O trabalho tem por objetivo analisar a teoria e a aplicação do princípio da sanabilidade no Direito Empresarial Societário, de modo a demonstrar que esse princípio e o princípio da conservação no Direito Civil podem ser interpretados e aplicados de maneira analógica, e, desta forma, podem representar a aproximação da teoria empresarialista das nulidades à teoria civilista atualizada das nulidades, permitindo a manutenção, no campo da validade, de um ato eivado de nulidade absoluta. Na elaboração da pesquisa, foi utilizada a metodologia comparada entre o Direito Civil e o Direito Empresarial Societário. Para tanto, fez-se uma abordagem histórica, jusfilosófica, epistemológica e dogmática, e foram utilizadas obras doutrinárias, consultas à legislação e à jurisprudência. O artigo está organizado em tópicos em que são abordados os seguintes temas: a autonomia do Direito Empresarial Societário em relação ao Direito Civil; o princípio da sanabilidade, o regime civilista clássico das nulidades e o regime empresarialista das nulidades; a relação entre as teorias das nulidades civilista e empresarialista; e, ao final, a interpretação e aplicação atualizada do ato inválido nas perspectivas societária e civil.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria das nulidades dos atos jurídicos. Princípio da sanabilidade. Direito Empresarial Societário. Princípio da conservação. Direito Civil.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Direito civil e direito empresarial societário: autonomia e convergências. 1.1 Origens históricas da autonomia do direito empresarial. 1.2 Fundamentos da autonomia do direito empresarial. 2 Princípio da sanabilidade no direito empresarial societário. 3 Regime jurídico das nulidades. 3.1 Regime civilista da nulidade. 3.2 Regime empresarialista da nulidade. 4 Regime atualizado das nulidades no direito civil. 4.1 Princípio da sanabilidade e princípio da convalidação: analogias. Considerações Finais. Referências.

ABSTRACT: The objective of this study is to analyze the theory and application of the principle of sanity in Corporate Law, in order to demonstrate that this principle and the principle of conservation in Private Law can be interpreted and applied in an analogical way. That approach may represent the approximation of Corporate Law theory of invalidities to the updated civilist theory of invalidities, allowing the maintenance of an act that would be of absolute invalidity in its origins. In the elaboration of the research, the comparative methodology between Private Law and Corporate Law was used. For that, a historical, philosophical, epistemological and dogmatic approach was taken, and schoolers' texts, legislation and case law were consulted. The paper is organized in topics that deal with the following subjects: the autonomy of Corporate Law from Private Law; the principle of sanity, the classic civilist regime of invalidities and the Corporate regime of invalidities; the relationship between civilist and Corporate invalidity theories; and, in the end, the interpretation and updated application of the invalid act in the Corporate Law and in the Private Law perspectives.

KEYWORDS: Theory of invalidities of legal acts. Principle of sanity. Corporate Law. Principle of conservation. Private Law.

324

INTRODUÇÃO

É assente na doutrina empresarialista que o direito societário demanda uma teoria especial das nulidades. A ideia defendida pelos doutrinadores é de que a teoria clássica civilista

* Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos, Minas Gerais.

** Doutor e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor Adjunto de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professor do Programa em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara, Minas Gerais, e professor da Faculdade de Direito Milton Campos, Minas Gerais.

das nulidades é rígida sobremaneira, o que a torna incompatível com o direito societário, que é essencialmente dinâmico.

Mas, a aplicação contemporânea do princípio da conservação veio justamente flexibilizar a teoria clássica das nulidades no direito civil, permitindo também a ratificação de um ato eivado de nulidade absoluta. Diante dessa flexibilização, apesar de o direito empresarial ser reconhecidamente autônomo ao direito civil, questiona-se se não seria recomendável a adoção de um regime uno às nulidades, aplicável no direito civil e no direito empresarial.

A questão central nessa discussão passa por três hipóteses: os fundamentos do direito societário como especialidade do direito empresarial, e que o diferenciam substancialmente do direito civil; os reais efeitos da teoria civilista atualizada das nulidades, se comparada com a suposta necessidade de uma teoria especial das nulidades no direito empresarial societário; a apresentação do princípio da sanabilidade no direito societário e sua analogia de efeitos com o princípio da conservação no direito civil.

Esses pontos serão objeto de reflexão ao longo do texto, de modo a que se possa considerar o que há de convergência e de divergência entre essas duas áreas do direito em matéria de teoria e efeitos das nulidades.

No cotejo desses aspectos, este estudo se valerá especialmente – mas, não exclusivamente – das obras “Subsídios para o estudo das nulidades”, de Valle Ferreira¹, e “Invalidação das deliberações do conselho de administração das companhias”, de Maíra Leitoguinhos de Lima Abreu².

O texto terá como objeto de análise específica o princípio da sanabilidade, que autoriza ao direito societário a possibilidade de afastar, como regra, as hipóteses de nulidades absolutas em atos societários, eis que perquire, sempre, a segurança jurídica e a continuidade dos negócios sociais. Será também objeto de estudo a extensão jurídica do eventual reconhecimento da nulidade de um ato societário gerador de efeitos que afetam terceiros (efeitos que, por sua natureza, podem ser produzidos independentemente do ato ser considerado nulo ou não), seguida da restauração do *status quo ante*. Há ainda como objeto específico de abordagem o

¹ VALLE FERREIRA, José G. do. *Subsídios para estudos das nulidades*. Biblioteca Digital Universidade Federal de Minas Gerais, 1963. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/681/641>>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

² ABREU, Maíra Leitoguinhos de Lima. *Invalidação das deliberações do conselho de administração das companhias*. Biblioteca Digital Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-9XQH37/disserta_o_ma_ra_defesa.pdf?sequence=1>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

princípio da conservação (no âmbito do direito civil), que se assemelha ao princípio da sanabilidade, e, como será demonstrado pela investigação aqui feita, pode ser reconhecido como instituto análogo ao da sanabilidade no que tange aos efeitos.

Na elaboração do trabalho foi utilizada a metodologia comparada entre o direito civil e o direito empresarial societário. Para tanto, fez-se uma abordagem histórica, jusfilosófica, epistemológica e dogmática, e foram utilizadas obras doutrinárias, consultas à legislação e à jurisprudência.

Neste sentido, o presente estudo se inicia com este tópico introdutório, que apresenta o tema a ser analisado, bem como as premissas e a composição do próprio estudo. Na sequência, no tópico 2, aborda-se a autonomia do direito empresarial societário frente ao direito civil a partir de cinco grandes aspectos epistemológicos e dogmáticos, a saber a formação histórica, o objeto de estudo, as características peculiares, os institutos próprios e as normas de cada ramo jurídico. No tópico 3 estuda-se o princípio da sanabilidade a partir de sua origem legal, sua justificativa e sua função primordial. No tópico 4 apresenta-se o regime civilista clássico das nulidades, seus dogmas e fundamentos, e também apresenta-se o regime empresarialista das nulidades elaborado doutrinariamente com base no princípio da sanabilidade. No tópico 5, então, estuda-se a relação entre as teorias das nulidades civilista e empresarial à luz dos princípios da sanabilidade e da conservação, gerando atualizada interpretação do ato inválido dos pontos de vista societário e civil. Por fim, são apresentadas as considerações finais do estudo.

326

1 DIREITO CIVIL E DIREITO EMPRESARIAL SOCIETÁRIO: AUTONOMIA E CONVERGÊNCIAS

Problema secular do estudo do direito empresarial³ é a avaliação da sua autonomia ante ao direito civil. Especialmente no Brasil, onde essa discussão existe desde meados do século XIX, a autonomia do direito empresarial passou a ser mais fortemente questionada com o advento do Código Civil de 2002, que aglutinou em um mesmo diploma legislativo as obrigações e os contratos dessas duas especialidades do direito.

³ Importante esclarecer que as expressões “direito comercial”, “direito mercantil” e “direito empresarial” são sinônimas. (FORGIONI, 2012, p. 13).

Como se verá neste tópico do trabalho, é certo, todavia, que o direito empresarial sempre foi um direito autônomo, com fundamentos jusfilosóficos, epistemológicos e dogmáticos próprios, de modo a ser classificado como especialidade da Ciência do Direito e do sistema jurídico positivo.

1.1 Origens Históricas da Autonomia do Direito Empresarial

Segundo Borges (1959, v. I, p. 25 et seq), a formação histórico-científica do direito empresarial teve início na Idade Média. Antes desse período, a eventual análise e a regulação de atos de comércio de bens coletados, produzidos ou manufaturados podem ser classificadas num contexto de pré-história do direito empresarial. O surgimento de atos de produção com propósito de comercialização de bens é assim sintetizado por Rodrigues (2004, p. 14):

O homem primitivo vivia do extrativismo, da pesca e da caça, retirando da natureza o necessário à sua sobrevivência. Num segundo momento evolutivo, passou a produzir para seu sustento, criando animais e cultivando a terra [...] Com o passar do tempo, o homem percebeu que alguns bens, supérfluos ao seu grupo social, mostravam-se úteis a outros grupos. E que estes, em contrapartida, possuíam produtos que não lhes interessavam, mas que eram proveitosos ao primeiro [...] A troca de bens para satisfação das necessidades de um grupo por mercadorias existentes em abundância em outro constituiu a primeira manifestação de comércio [...] Percebendo a deficiência com que as permutas se realizavam, surge a figura do intermediário, que, interpondo-se entre os grupos produtores, cria uma nova atividade econômica, organizada para facilitação da troca dos excedentes da produção. Convencionou-se, então, denominar essa atividade de comércio e de comerciante o sujeito que a realiza.

327

Ressalta-se que a demarcação temporal do surgimento do direito empresarial é relevante para se compreender a influência do processo histórico na formação e no aprimoramento do princípio da sanabilidade.

Na Idade Média, aproximadamente a partir do século IX, o direito empresarial começa a surgir como um direito de classes. Em sua acepção mais basilar, era um direito que regia as relações havidas exclusivamente entre aqueles denominados comerciantes, que eram as pessoas que integravam as corporações de ofício (FORGIONI, 2012, p. 32). Ao tratar desse assunto, Bulgarelli (2001, p. 30) assevera que a Idade Média é “o período de formação do direito empresarial. Criam os mercadores e artesãos, no seio das suas corporações, o seu direito ágil, vivo e solerte, em contraposição ao direito romano-canônico, excessivamente formalista e solene”.

Naquele contexto, o direito empresarial tinha um alcance hermenêutico e dogmático de âmbito subjetivo; melhor dizendo, sua aplicabilidade era apenas extensível à pessoa do comerciante, nos atos de comércio. Caso contrário, o particular se submeteria ao direito comum, qual seja, ao clássico direito civil e às demais normas do reino ou eclesiásticas (BORGES, 1959, v. I, p. 147; FORGIONI, 2012, p. 32). Assim, entre os comerciantes, em seus atos de comércio, surgiam situações costumeiramente regidas por determinados padrões de expectativa de conduta. Para certo tipo de negócio (comércio) eram positivados usos e costumes comuns aos comerciantes, e por eles aceitos, aplicados e esperados.

Bulgarelli (2001, p. 30) registra que os próprios comerciantes, reunidos em corporações de ofício, passaram a criar órgãos judicantes (chamados de tribunais consulares e que eram independentes das estruturas de governo), cuja função precípua era julgar as disputas havidas entre os integrantes das corporações, com base nas tais regras consuetudinárias (padrões esperados de conduta). Desse instituto embrionário é que, posteriormente, surgiram os tribunais do comércio.

Esse introito histórico evidencia que a concepção do direito empresarial foi inteiramente autônoma e alheia ao direito comum, civilista. De fato, o direito empresarial originou-se da reação dos comerciantes à inépcia do direito civil em fornecer arcabouço jurídico suficiente para fundamentar e adequadamente reger as relações comerciais e empresariais⁴. Nas palavras de Rodrigues,

Foi assim que surgiu e consolidou-se o direito empresarial: em decorrência da inaptidão do direito civil para regulamentar a atividade mercantil, os próprios comerciantes tiveram que se organizar em favor da tutela de seus interesses. Emergiu, pois, como reação ao direito medieval, um direito novo, costumeiro, corporativo, profissional, universal e autônomo.

Dúvidas não há, portanto, de que o direito empresarial tem sua origem independente do direito comum. Este, oriundo das autoridades medievais, era solene e formal, hostil ao comércio e favorável aos devedores. Já o direito empresarial, próprio da jurisdição consular, surge simples e informal, baseado na equidade e nas práticas comerciais. (RODRIGUES, 2004, p. 17)

Considerando o direito empresarial, ainda em suas origens, como especialidade do Direito, Borges (1959, v. I, p. 78) ensina que sua autonomia era aferível em três aspectos: a

⁴ Aqui, é essencial que se diga: o princípio da sanabilidade também derivou desta necessidade de se suprir lacunas do direito civil em relação às atividades próprias e dinâmicas do empreendedorismo e do comércio. No caso, o direito civil abarca as nulidades, mas, do ponto de vista clássico, o faz de maneira não suficientemente útil ao direito societário.

autonomia legislativa, que era concernente à competência para a positivação das normas empresarialistas (foco sobre *quem* legislava); a autonomia formal, que dizia respeito aos instrumentos de codificação de suas normas (foco sobre os meios [*onde*] em que eram transcritas as normas); e a autonomia jurídica ou substancial, que se referia ao aspecto material (conteúdo) da diferenciação entre as normas empresarialistas e as normas civilistas (foco sobre *o que* abrangiam as normas).

A autonomia *legislativa* do direito empresarial restou evidente na Idade Média. Com as corporações de ofício e os comerciantes criando e aplicando suas próprias normas, o direito empresarial se constituía, se afirmava e se legitimava à margem da oficialidade estatal. Os estatutos normativos eram elaborados e positivados pelos comerciantes no âmbito de suas corporações, e tinham como objetivo incorporar a uma estrutura formalmente jurídica as práticas consuetudinárias já existentes e observadas como regras por aqueles que atuavam como comerciantes, como bem ilustra Borges:

Contrastando com a inexistência ou a fraqueza do governo da cidade, as corporações ricas e poderosas é que de fato o exerciam, assumindo as funções de Estado. Na sua constituição imitavam a da cidade, tendo à sua frente um ou mais cônsules eleitos pela coletividade. Ao entrar no exercício de suas funções os cônsules, à imitação do pretor e outros magistrados romanos, juravam observar certas normas que, compiladas mais tarde, juntamente com decisões das assembleias e do conselho dos comerciantes, formavam os estatutos. As normas a que os cônsules juravam obediência e que constituíram a base da legislação estatutária não eram criadas por eles, mas provinham em sua maior parte da prática dos comerciantes, e assim, através dos estatutos, se ia fazendo a codificação dos usos, do direito consuetudinário dos comerciantes. (BORGES, 1959, v. I, p. 40)

Atualmente, essa autonomia legislativa não mais prevalece, no mesmo grau e intensidade de suas origens. Borges (1959, v. I, p. 78) afirma que a autonomia normativa dos comerciantes teria sido extinta a partir do século XVII, quando os Estados nacionais passaram a monopolizar a função legislativa de todo o direito, inclusive do direito empresarial, o que se sobrepôs à prerrogativa dos comerciantes de “legislarem” seu próprio direito, no âmbito de suas corporações de ofício. Mas, para o autor, a autonomia formal pode ainda existir, bastando que as normas do direito empresarial sejam codificadas em diploma legislativo distinto das normas do direito civil (BORGES, 1959, v. I, p. 79).

Partindo-se deste conceito, pode-se dizer que, no Brasil, o direito empresarial teve autonomia formal até o advento do Código Civil de 2002, que unificou, num mesmo diploma legislativo, as normas civilistas e empresarialistas sobre obrigações e contratos (BRINA, 2007,

p. 5; ABREU, 2014, p. 186), além das disposições sobre as invalidades do negócio jurídico. Isso significa dizer que o Código Civil também unificou o regime jurídico das nulidades, o que repercute diretamente no princípio da sanabilidade, no direito empresarial, e no princípio da conservação, no direito civil.

Contudo, e apesar da metodologia de unificação formal do direito civil e do direito empresarial ter sido adotada no Código Civil, a unificação substancial dessas duas especialidades jurídicas não existe, uma vez que há doutrinas, jurisprudências e diversas legislações esparsas e específicas tanto de direito civil quanto de direito empresarial⁵. Logo, o direito empresarial, em sua materialidade (conteúdo jusfilosófico, epistemológico e dogmático), não foi unificado com o direito civil.

Em verdade, o aspecto que interessa é a constatação de que o direito empresarial fundamentou-se, desde sua criação, em características muito particulares que, ainda hoje, precisam ser consideradas para se interpretar adequadamente as questões afetas ao direito empresarial. A correta compreensão dessas peculiaridades é essencial para que o princípio da sanabilidade seja devidamente estudado. Por isso, serão explicados, a seguir, outros fundamentos da autonomia do direito empresarial, tais como seu objeto e algumas de suas características, institutos e normas (princípios e regras).

330

1.2 Fundamentos da Autonomia do Direito Empresarial

O direito empresarial se difere do direito civil em cinco grandes aspectos epistemológicos e dogmáticos. O primeiro deles, a formação histórica, já foi abordado neste estudo. Passa-se, agora, à análise dos outros quatro: objeto, características, institutos e normas de regência (dogmática jurídica).

No que concerne ao primeiro aspecto – o objeto –, o direito empresarial surgiu como resultado da positivação de normas que regiam os comerciantes e seus negócios, no âmbito das respectivas corporações e entre estas. Por conseguinte, o objeto do direito empresarial centrava-se no *sujeito* que desenvolvia a atividade comercial (FORGIONI, 2012, p. 34). Num segundo momento histórico, especialmente a partir do Código Napoleônico de 1804, o direito

⁵ Nesse mesmo sentido entende parte da doutrina, como Luis Gastão Paes de Barros Leães (LEÃES *apud* FORGIONI, 2012, p. 91, nota 14) e João Batista Villela (VILLELA *apud* FORGIONI, 2012, p. 100, nota 45).

empresarial passou a ter por objeto o *ato* de comércio, ou seja, os atos jurídicos de natureza comercial, independentemente se praticados por comerciantes ou não (FORGIONI, 2012, p. 35).

Posteriormente, a epistemologia e a dogmática do direito empresarial voltaram-se para a *empresa*, isto é, para a atividade comercial ou empresarial.

A doutrina da teoria da empresa surgiu na Itália, especialmente com o Código Civil Italiano de 1942, e tinha por foco o estudo da atividade de organização dos fatores de produção, da mão de obra e da matéria prima. Àquela época, o objetivo da teoria da empresa era fazer do direito empresarial um instrumento de intervenção do Estado na atividade econômica, no ambiente político-jurídico fascista. Porém, a doutrina empresarialista buscou desvincular a noção de empresa da ideologia fascista. Essa desvinculação desdobrou-se basicamente em duas vertentes: uma mais social, denominada institucionalista, pela qual a empresa continuaria como instrumento de intervenção do Estado na economia, mas com viés social, ou seja, com vistas à melhoria da comunidade e do ambiente econômico social como um todo, tratando da mesma forma os interesses sociais e os interesses dos sócios; e outra vertente mais liberal, designada contratualista, que via a empresa como ente organizador dos fatores de produção cujo objetivo primeiro seria a geração de lucros por meio da circulação de mercadorias e serviços (FORGIONI, 2012, p. 49 et seq.).

Atualmente, alguns doutrinadores defendem que, por tendência evolutiva, o direito empresarial deveria voltar seu foco para o estudo do *mercado* no qual a empresa se insere (FORGIONI, 2012). A doutrina majoritária, entretanto, não reconhece essa concepção, motivo que ainda faz prevalecer a noção de empresa como sendo o objeto do direito empresarial.

Sustentar que o objeto do direito empresarial seria o mercado no qual a empresa estaria inserida implicaria no reconhecimento de que o direito empresarial teria voltado a ser um instrumento do Estado para a regulação do mercado. Logo, estar-se-ia permitindo que a base principiológica do direito empresarial deveria se fundar em parâmetros epistemológicos e dogmáticos de cunho mais publicista do que privatista, o que resultaria em novos pressupostos hermenêuticos para o direito empresarial e no surgimento de outros paradigmas jurídicos para a disciplina. Passar-se-ia a discutir não mais a unificação do direito empresarial com o direito civil, mas, sim, o afastamento do direito empresarial do direito privado e uma consequente inclusão do direito empresarial na esfera de interesse direto do Estado, e sob a abrangência de conceitos e normas de caráter publicista.

Destarte, nota-se que o objeto do direito empresarial sofreu alterações no decorrer do tempo, de modo a se adaptar às teorias que a doutrina, em cada momento histórico, entendia como aplicável a esta especialidade do direito. Entretanto, estas mutações conceituais do objeto do direito empresarial não modificaram a faticidade e a axiologia daquilo que é, desde seus primórdios, a essência jurídica do direito empresarial: a normatização do exercício do empreendedorismo e das relações comerciais decorrentes desse exercício.⁶

Enfim, quanto ao objeto, resta evidente que o direito empresarial e o direito civil não se confundem. Enquanto o primeiro tem por foco o exercício do empreendedorismo e das relações comerciais daí decorrentes – seja por meio do sujeito (o empresário), do ato de comércio, da atividade empresarial e até do mercado –, o segundo tem a autonomia da pessoa, as obrigações e os bens como seu objeto.

No que diz respeito ao segundo aspecto distintivo – os institutos jurídicos –, há profundas diferenças entre os institutos de direito civil e os de direito empresarial.

O direito empresarial tem como seus principais institutos a empresa, o empresário, o estabelecimento, a falência, a recuperação, os títulos de crédito, o nome empresarial, o registro, a marca, a patente, o desenho industrial, o modelo de utilidade e os valores mobiliários. O direito civil, a seu turno, tem como institutos fundamentais a família, o casamento, a união estável, a sucessão, os bens, as obrigações, a personalidade, a titularidade da propriedade⁷, os contratos não empresariais, dentre outros.

Sob o terceiro aspecto – o da dogmática jurídica –, existe uma importante interseção entre o direito civil e o direito empresarial: o Código Civil de 2002. Contudo, tanto o direito empresarial quanto o direito civil revelam-se incompletos, em seus respectivos âmbitos de regência, se analisados apenas sob o referido código. É preciso destacar as regras esparsas de

⁶ Mesmo no contexto histórico em que a empresa funcionava substancialmente como instrumento de intervenção do Estado na economia, o empreendedorismo e as relações comerciais se mantiveram como essenciais ao direito empresarial. A diferença é que, naquela ocasião, o exercício do empreendedorismo era fomentado e legalizado pela atuação direta do Estado, o que reduzia consideravelmente a livre iniciativa, pois as relações comerciais daí decorrentes se davam apenas em conformidade com as determinações do Estado. Em outras palavras, o exercício do empreendedorismo e as relações comerciais não eram livremente exercidos, mas se mantinham como o cerne do direito empresarial.

⁷ É fato que o instituto da propriedade é extremamente relevante para o direito empresarial assim como o é para o direito civil, mas, como explica Bruscato, “A *propriedade* no direito empresarial, tem sentido diverso do consagrado pelo direito civil. Aqui a propriedade é vista de modo dinâmico, com caráter empresarial, já que controla instrumentos de produção e geração de riquezas. Para o direito empresarial a *propriedade é um meio, um instrumento de geração de riquezas* e não uma finalidade em si mesma, para seus detentores.” (BRUSCATO, 2005, p. 61).

ambas as especialidades jurídicas: a Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404, de 1976), a Lei de Registro Mercantil (Lei nº 8.934, de 1994), a Lei do Mercado de Valores Mobiliários (Lei nº 6.385, de 1976), a Lei de Falências e Recuperação (Lei nº 11.101, de 2005), a “Lei Uniforme de Genebra” (Decreto nº 67.663, de 1966), a Lei da Duplicata Comercial (Lei nº 5.474, de 1968), a Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279, de 1996) dentre outras, que são tipicamente normas de direito empresarial. De outro lado, há o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 1990), a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515, de 1977), a Lei de Locações de Imóveis Urbanos (Lei nº 8.245, de 1991) etc., que são essencialmente de direito civil. Resta, pois, demonstrado que, apesar da existência do Código Civil de 2002, as normas de direito empresarial e de direito civil são substancialmente diversas.

Por fim, quanto ao quarto aspecto de distinção, é necessário destacar a existência de características fundamentais do direito empresarial que, inexoravelmente, são diversas daquelas que embasam o direito civil.

O direito empresarial é, desde seu surgimento e até os dias atuais, um direito com amplitude internacionalista. O direito civil, ao contrário, é local, nacionalista, apesar de possuir institutos assemelhados em diversos sistemas jurídicos. Cada sociedade integrante de um Estado terá um direito civil que melhor se lhe adequará. No Brasil, por exemplo, há o divórcio e o casamento homoafetivo, mas não há a eutanásia e o aborto; na Holanda, há o divórcio, o casamento homoafetivo⁸, a eutanásia⁹ e o aborto¹⁰.

Embasando-se na obra de Jean Escarra, Borges (1959, v. I, p. 49) destaca que houve um período histórico em que grandes companhias de mercadores alcançaram enorme poder, tornando-se uma espécie de Estado no interior do Estado nacional. Como reação, os Estados nacionais passaram a adotar políticas públicas¹¹ mais intervencionistas (OLIVEIRA, 2016, p. 103-134), restringindo a positivação de normas consuetudinárias pelas próprias corporações e

⁸ GOVERNMENT OF THE NETHERLANDS. *Same-sex marriage*. Disponível em: <<https://www.government.nl/topics/family-law/same-sex-marriage>>. Acesso em: 24 de abril de 2018

⁹ GOVERNMENT OF THE NETHERLANDS. *Euthanasia, assisted suicide and non-resuscitation on request*. Disponível em: <<https://www.government.nl/topics/euthanasia/euthanasia-assisted-suicide-and-non-resuscitation-on-request>>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

¹⁰ GOVERNMENT OF THE NETHERLANDS. *Abortion*. Disponível em: <<https://www.government.nl/topics/abortion>>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

¹¹ Apesar de o Estado moderno sempre ter atuado de modo interventivo na economia e no domínio privado, a noção de “política pública” como expressão de gestão administrativa estatal e como objeto da Ciência da Administração Pública é tema contemporâneo e que alcança projeção prático-epistemológica a partir de meados do século XX. Essa temática é abordada por Custódio e Oliveira (2015) ao versarem sobre ecoeficiência nos processos licitatórios da Administração Pública federal brasileira.

estabelecendo leis específicas para as atividades empresariais, “*determinando assim a crescente nacionalização do direito empresarial que daí por diante iria perder a sua qualidade de um direito da comunidade internacional dos comerciantes*” (BORGES, 1959, v. I, p. 49). Destaca-se que esse pensamento de João Eunápio Borges encontra relativo amparo até nos dias atuais, pois muitos institutos de direito empresarial são regidos de maneiras distintas em cada sistema jurídico estatal, tais como o registro empresarial, a falência, as marcas e as patentes. Contudo, não parece prevalecer a ideia de um direito empresarial com propensão nacionalista porque, assim como em seus primórdios, o direito empresarial tende a ser uma espécie de *direito internacional dos comerciantes ou empreendedores*. Embasam esse entendimento, por exemplo, o fato de que as normas sobre títulos de crédito são aplicáveis em vários Estados (RIZZARDO, 2006, p. 109); as normas de direito societário, apesar de diferentes entre os países, possuem os mesmos fundamentos (REYES, 2013, p. 60); as normas de *compliance* empresarial costumam ser observadas em qualquer negócio, independentemente do Estado ou dos agentes empreendedores; agentes do comércio (empresários) fazem negócios transnacionais, e, dentre outros ajustes, contratam formas de pagamento, de solução de controvérsias, de entregas de mercadorias ou de prestação de serviços com base em normas de direito empresarial que possuem caráter internacional; daí a importância do princípio da boa fé e dos demais princípios do UNIDROIT, das câmaras internacionais de arbitragem e outros tantos exemplos.

Nesta mesma linha de compreensão, Bulgarelli (2001 p. 17) argumenta que o “caráter internacional – do direito empresarial – revela-se também nas tentativas de uniformização dos procedimentos e das técnicas negociais, através da correspondente uniformização das normas destinadas a regê-las”. Essencial que se mencione, ainda, os movimentos permanentes de convergência das legislações ao redor do mundo no que se refere ao *corporate law*, o que mais uma vez evidencia o caráter internacionalista do direito empresarial (HANSMANN; KRAAKMAN, 2000).

Em sua operacionalidade, o direito empresarial desvela-se em certas dinâmicas mais informais do que o direito civil. Muitas das práticas cotidianas de comércio ocorrem sem a intrínseca formalidade contratual do direito civil. É comum, por exemplo, que uma compra e venda de mercadorias se dê sem qualquer formalização de contrato, bastando que a operação se consubstancie pela entrega da mercadoria de uma parte a outra, havendo a emissão da nota, o pagamento ou a emissão de duplicatas. No direito civil é inviável pensar, por exemplo, na



aquisição de um imóvel sem que haja um rígido contrato embasando as negociações das partes. Nas palavras de Bruscato:

(...) O Direito Empresarial tem características bem marcantes, que não podem ser desconsideradas pelos agentes do direito.

Veja-se: o dinamismo e a agilidade, para acompanhar o movimento das relações econômicas já que os atos empresariais não podem ficar à mercê de avanços jurídicos para se concretizar; o internacionalismo e a inovação, pois sofrem influência dos mercados e se realiza entre povos, adota institutos e convenções internacionais e para não ver a economia nacional suplantada por outras e para uniformizar seus padrões de realização, acompanhando os progressos tecnológicos que estimulam sua continuada renovação; a onerosidade, pois o objeto do direito empresarial é a atividade que sempre busca lucro; a massificação, pois seus atos se realizam potencialmente em larga e ampla escala, em nível de mercado e não dirigidos a indivíduos determinados; a instrumentalidade, pois o direito empresarial se presta a dar forma jurídica à realização de negócios e relações comerciais, o que deve se concretizar por sua natureza, sem excesso de formalismos. (BRUSCATO, 2005, p. 61)

Essa informalidade contratual das práticas comerciais auxilia no entendimento da importância dos princípios peculiares ao direito empresarial. Eles são as normas efetivamente regentes das relações comerciais, e, na ausência de regras específicas, assumem caráter normativo e impositivo de direitos e obrigações às partes (GABRICH, 2008). Logo, o que se constata não é a ausência de formalidades no direito empresarial, mas sim o fato de que as formalidades jurídico-contratuais (próprias do direito civil) são bem mais instrumentais do que substanciais para a atividade empresarial.

Todas as diferenças acima demonstradas evidenciam um único fato: o direito empresarial é autônomo, em sua acepção jusfilosófica, epistemológica e dogmática, e, portanto, hermenêutica. Justamente em razão dessa autonomia é que não há, no direito empresarial, a possibilidade de aplicação literal da teoria clássica das nulidades do direito civil, pois tal teoria é rígida e possui postulados firmes e inflexíveis que, definitivamente, não devem ser estendidos de modo estrito ao direito empresarial.

Todavia, o próprio direito civil vem sofrendo influências da dinamização da sociedade contemporânea, o que tem respaldado a necessidade de flexibilização de sua clássica teoria das nulidades dos atos jurídicos. Essa flexibilização é resultado do esforço doutrinário por parte dos próprios civilistas em adaptar o regime das invalidades às mudanças constantes da sociedade e às crescentes demandas que as relações jurídicas hodiernas apresentam. Um exemplo dessa flexibilização é o princípio da conservação, fundamentado, segundo os empresarialistas, no próprio Código Civil, como se verá adiante.

No direito empresarial, a flexibilização trazida pelo princípio da sanabilidade decorre da essência dinâmica desta especialidade do direito, e que se mostra muito mais evidente no direito societário. A seu turno, o princípio da sanabilidade encontra-se positivado no artigo 285 da Lei das Sociedades Anônimas, e tem amplo reconhecimento doutrinário.

Tanto o princípio da sanabilidade quanto o da conservação funcionam, na prática, como instrumentos de flexibilização de regras postas no Código Civil ou na legislação esparsa. O princípio da sanabilidade é a base de justificação dos empresarialistas pela adoção de uma teoria especial das nulidades no direito societário; ao passo que o princípio da conservação representa a flexibilização da teoria clássica das nulidades no âmbito do direito civil.

Como se verá, a *conservação* tem analogia com a *sanabilidade* no que diz respeito aos seus objetivos. Essa é, portanto, uma evidência de que as marcantes autonomias do direito civil e do direito empresarial não os impedem de compartilhar convergências¹².

2 PRINCÍPIO DA SANABILIDADE NO DIREITO EMPRESARIAL SOCIETÁRIO

336

O princípio da sanabilidade resulta da hermenêutica¹³ aplicada ao disposto no artigo 285 da Lei das Sociedades Anônimas¹⁴, que permite às assembleias gerais sanarem vícios e defeitos da constituição da companhia.¹⁵

As sociedades empresárias são pessoas jurídicas dinâmicas por si só. Portanto, não devem ter suas atividades limitadas, ou mesmo impedidas, por um regime jurídico epistemológico e dogmaticamente inadequado. E, em determinadas situações, a aplicabilidade do regime civil clássico das nulidades às sociedades, sem o reconhecimento das *atualidades* que permeiam esse regime, poderá causar a necessidade de se “reparar o irreparável”, ou mesmo

¹² “Além disso, deve-se considerar que o direito empresarial, e por conseguinte, o direito societário, não se resume a uma divisão estanque da realidade jurídica. Apesar de sua autonomia, o direito empresarial relaciona-se a todo momento com os demais elementos, fáticos e técnicos, que informam o direito privado, não sendo possível que se negligencie de tal interação” (ABREU, 2014, p. 232).

¹³ Valendo-se dos ensinamentos de Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, Maíra Leitoguinhas de Lima Abreu explica: “Continuou vigente o princípio da sanção para as invalidades da constituição da companhia e de suas deliberações. Embora não previsto expressamente no art. 286, a doutrina é unânime em considerar que o parágrafo único do art. 285 aplica-se para qualquer tipo de assembleia, bem como para as deliberações dos demais órgãos da companhia” (ABREU, 2014, p. 74).

¹⁴ “Art. 285. A ação para anular a constituição da companhia, por vício ou defeito, prescreve em 1 (um) ano, contado da publicação dos atos constitutivos. Parágrafo único. Ainda depois de proposta a ação, é lícito à companhia, por deliberação da assembleia-geral, providenciar para que seja sanado o vício ou defeito.”

¹⁵ Apesar de se tratar de um princípio fundado na Lei das S.A., é possível entender que ele é extensível a todo o direito societário, uma vez que a Lei das S.A. é considerada um “Código do Direito Societário Brasileiro”, aplicável subsidiariamente a todos os tipos societários (CORRÊA-LIMA, 1995. p. 22).

de se voltar ao *status quo ante* de uma situação fático-jurídica em que isso seja impossível. Por isso, há, na doutrina, opinião de que seja necessária a formulação de uma teoria especial das nulidades em direito societário, na qual qualquer tipo de nulidade (absoluta ou relativa) seria, em princípio, sanável (EIZIRIK, 2011, v. III, p. 584).

O princípio da sanabilidade funciona como meio para a flexibilização de determinações jurídicas que, por não atenderem às demandas sociais (dos agentes que se submetem ao direito empresarial) ou por não se adequarem ao direito empresarial e às suas características fundamentais, acabam por se tornarem ineficazes, e, muitas vezes, prejudiciais ao desenvolvimento da atividade empresarial e até do mercado. O princípio da sanabilidade, surgido da doutrina, encontra hoje o reconhecimento da jurisprudência brasileira¹⁶.

Em síntese, o princípio da sanabilidade busca adequar as normas jurídicas às demandas sociais voltadas para o empreendedorismo inerente ao direito empresarial, sem desconstituir a integridade dos textos legais que regem a validade ou a invalidade de atos jurídicos.

337

3 REGIME JURÍDICO DAS NULIDADES

O presente tópico abordará, em breves linhas, o regime civilista das nulidades e a proposta empresarialista para um regime especial das nulidades em direito societário.

¹⁶ “Um dos princípios básicos do regime de invalidade dos atos societários é o da sanabilidade dos vícios ou defeitos das deliberações dos órgãos sociais, mediante sua convalidação ou ratificação. O parágrafo único do artigo 285 da Lei 6.404/76 refere-se aos “atos constitutivos” da companhia, mas a doutrina e a jurisprudência enunciam o princípio por referência a todos os órgãos sociais porque (a) os atos constitutivos compreendem (no caso de companhia constituída por assembleia) a assembleia de constituição, e (b) as mesmas razões que explicam a norma em relação à assembleia de constituição existem em todas as espécies de assembleia geral e de deliberação dos demais órgãos sociais. Assim, TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE (1959, v. III, p. 115) em lição frequentemente citada, enunciou o princípio do seguinte modo ‘A Assembleia Geral pode sempre rever suas próprias deliberações. Pode, assim, cancelar ou anular deliberação anterior e ratificar todos os atos que interessam à sociedade. Ressalvados, pois, os direitos de terceiros, acionistas ou não, a deliberação atacada é passível, em princípio, de revisão e retificação. E a validade desta será indiscutível se tiver por fim sanar irregularidades’. A aplicação analógica do parágrafo único do artigo 285 a outras modalidades de assembleia geral, além da de constituição, foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que, ao julgar, em 4 de janeiro de 1979, a Apelação Cível n. 9.811, decidiu, nos termos da ementa do acórdão lavrado pelo relator, Desembargador Marcelo Costa: ‘A ratificação de deliberações da Assembleia Geral de Acionistas eivada de nulidade é admissível ainda que posterior à propositura da ação de anulação, que perdeu seu objeto, por fato superveniente, ficando extinto sem julgamento do mérito. Aplicação ao caso, por analogia, do artigo 285, § único da Lei de Sociedades Anônimas.’” (BRASIL. São Paulo. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão em Apelação Cível nº 102.974-4/2, Desembargador Relator Ruy Camilo. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 24 de abril de 2018).

3.1 Regime Civilista da Nulidade

A doutrina civilista é abundante quanto ao regime das nulidades dos atos jurídicos. Obviamente, há, entendimentos diversos, que aprofundam um ou outro tema da teoria. Porém, este trabalho se limitará a uma abordagem sucinta do regime civil clássico das nulidades, sem aprofundamentos e apresentações de divergências, o que não impede de se tecer breves considerações acerca de seus fundamentos.

Assim, esclarece-se que o regime das nulidades (invalidades) do direito civil se assenta na teoria do fato jurídico (ABREU, 2014, p. 76). Em sua concepção básica, essa teoria classifica o fato jurídico em: a) fato jurídico *lato sensu* (lícito ou ilícito); b) fato jurídico *stricto sensu* (decorrentes da natureza); c) ato-fato (decorrentes de ação humana não volitiva); d) ato jurídico *lato sensu* (decorrentes de ação humana volitiva); e) ato jurídico *stricto sensu* (decorrentes de ação humana volitiva cujas consequências são previstas na lei); e f) negócio jurídico (decorrentes de ação humana volitiva cujas consequências jurídicas são, em grande medida, fixadas pelas partes) (ABREU, 2014, p. 77 et seq). A teoria do fato jurídico também propõe três critérios dimensionais de sua análise: a) a dimensão da existência (o ato precisa conter elementos mínimos para existir no sistema jurídico); b) a dimensão da validade (o ato precisa ser constituído com a observância dos requisitos legais); c) a dimensão da eficácia (potencialidade do ato para gerar efeitos jurídicos) (WONGTSCHOWSKY, 2008, p. 20 et seq).

Ao tratar do regime civilista das nulidades, Valle Ferreira (1963, p. 30) ensina que, fundamentalmente, toda nulidade decorre da violação da lei, e que a classificação entre nulidade absoluta e nulidade relativa decorre da mera intenção legislativa em punir mais severamente a absoluta e mais brandamente a relativa. O autor explica ainda que a expressão “nulidade absoluta” tem o significado de “nulidade”, enquanto a expressão “nulidade relativa” tem o sentido de “nulidade atenuada”.

Justamente por essa visão, Valle Ferreira entende que os atos violadores de lei, sejam eles nulos ou anuláveis, são, de fato, atos imperfeitos inseridos no campo da *invalidade* jurídica; tratam-se de especificidades técnicas do princípio da invalidade, que se diferem apenas quanto à causa da invalidade (VALLE FERREIRA, 1963, p. 31).

O Código Civil de 2002 determina as hipóteses nas quais o ato é considerado nulo¹⁷, dentre as quais se encontra a cláusula genérica e ampla pela qual o negócio será nulo quando “a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”. O Código também explicita as situações em que o ato é considerado anulável, mas positiva igualmente uma expressão genérica e ampla ao estatuir que “além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: (...)”¹⁸.

Na teoria clássica das nulidades, as que são classificadas como “absolutas” não são convalidáveis¹⁹, ao passo que as “relativas” são convalidáveis²⁰. Assim, em outras palavras: o ato nulo é sempre inválido; já o ato anulável é inválido de maneira precária, pois poderá se tornar nulo (*para todo e sempre*) se for declarada a sua nulidade, ou poderá ser considerado válido se for *convalidado* pelas partes e desde que resguardados os direitos de terceiros.

Quanto à referida teoria clássica, alguns doutrinadores entendiam, ainda, que o ato nulo não geraria efeitos, e o ato anulável geraria efeitos até a sua declaração de invalidade. Porém, esta divergência está bastante atenuada (VALLE FERREIRA, 1963, p. 34). Atos inválidos (nulos ou anuláveis) podem gerar efeitos no campo prático, principalmente porque, muitas das vezes, revestem-se de *aparência* de legalidade. Por sua vez, na seara do direito empresarial, e especialmente no direito societário, esta circunstância é bem mais perceptível pelo amplo reconhecimento da teoria da aparência.²¹

A teoria clássica também preconiza que as consequências do reconhecimento, pelo juiz, da invalidade de um ato, seja por nulidade (nulidade absoluta²²) ou por anulabilidade (nulidade relativa²³), seriam idênticas, por resultar, num primeiro momento, na aplicação

¹⁷ “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.”

¹⁸ “Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente; II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.”

¹⁹ “Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.”

²⁰ “Art. 172. O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro.”

²¹ “Evidência da independência dos planos são as possíveis situações, a princípio, inesperadas, a que os fatos podem se enquadrar. Por exemplo, um negócio existente, válido e ineficaz, a exemplo de um contrato de compra e venda totalmente regular em que as partes subordinam a entrega da coisa e o pagamento do preço ao decurso de um certo prazo; e existente, nulo e eficaz, quando um contrato é celebrado com um absolutamente incapaz sem representação e as partes passam a cumprir o contrato como se válido fosse. Isso demonstra o perigo de se pré-estabelecer regras gerais, como aquela comumente fixada, especialmente pela doutrina comercialista, de que os atos nulos são sempre ineficazes.” (ABREU, 2014, p. 77).

²² Cf. VALLE FERREIRA, 1963, p. 30.

²³ Cf. VALLE FERREIRA, 1963, p. 30.

expressa do princípio da retroatividade, devendo, se possível, ser restabelecida a situação ao momento anterior à realização do ato jurídico *lato sensu* que foi declarado nulo ou que foi anulado (efeitos *ex tunc*) (VALLE FERREIRA, 1963, p. 35).²⁴

Então, numa eventual declaração de determinado ato como nulo (seja ele eivado de nulidade absoluta ou relativa), esse ato inválido se submeterá ao princípio da retroatividade, de modo que as partes deverão mutuamente se restituir ao estado em que se encontravam antes do ato, ou, não sendo possível, deverão indenizar-se.²⁵

Entretanto, o princípio da retroatividade é justamente o que se mostra irrazoável em direito societário, pois sua aplicação pode ser geradora de prejuízos não só ao empresário, mas a seus parceiros e eventuais terceiros correlacionados. Como já dito, é deste raciocínio que surgiu, entre os empresarialistas, a compreensão de que é necessária a formulação e o aprimoramento de uma teoria especial das nulidades para o direito empresarial, e mais especificamente para o direito societário.

3.2 Regime Empresarialista da Nulidade

Conforme analisado, a teoria civilista das nulidades seria, na sua acepção clássica, de aplicação equivocada para as especificidades do direito empresarial, sobretudo as do direito societário. Logo, seria recomendável a formação e o aprimoramento de uma teoria especial das nulidades para o direito empresarial. Para França, tal teoria deveria abarcar basicamente os seguintes institutos jurídicos:

- (i) prazos de decadência, curtíssimos, para anulação de assembleia ou das suas deliberações; (ii) irretroatividade da invalidade, em certos casos; (iii) ampla possibilidade de sanção do vício, mesmo tratando-se de hipótese de nulidade absoluta, quando possível; (iv) diverso enfoque da distinção entre atos nulos e anuláveis; (v) intangibilidade, em princípio, de terceiros de boa-fé, salvo os casos de nulidade ostensiva. (ERASMO VALLADÃO AZEVEDO NOVAES FRANÇA *apud* ABREU, 2014, p. 76, nota 212)

²⁴ O fundamento de Valle Ferreira é o artigo 158 do Código Civil de 1916, que estabelecia: “Art. 158. Anulado o ato, restituir-se-ão as partes ao estado, em que antes dele se achavam, e não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente”. Esse dispositivo foi praticamente reproduzido no Código Civil de 2002, no artigo “Art. 182. Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.”.

²⁵ “Art. 182. Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.”.

Eizirik também defende a adoção da teoria especial, mas a apresenta com parâmetros mais reduzidos, que seriam: “(i) não prevalência do princípio de que ato inválido não produz nenhum efeito; (ii) fixação de prazos de prescrição mais curtos; e (iii) possibilidade de correção a qualquer tempo dos atos viciados, mesmo depois de proposta a ação de anulação” (EIZIRIK, 2011, v. III, p. 582). Já Lucena, ao reforçar a teoria especial, afirma que “as deliberações sociais sujeitam-se, salvo casos estritos de ordem pública, à anulação, a qual traz a sirga a sanação, a irretroatividade (salvo prejuízos a terceiros ou a acionistas), a consumação prescricional em prazos curtos” (LUCENA, 2012, v. III, p. 1.156).

Entre posições doutrinárias convergentes e divergentes, pode-se dizer que uma teoria especial das nulidades para o direito empresarial, especificamente para o direito societário, teria as seguintes características: prazos curtos de convalidação pelo transcurso do tempo (prescrição e decadência); possibilidade de sanação a qualquer tempo; reconhecimento da produção de eventuais efeitos do ato inválido; proteção aos terceiros de boa fé; e irretroatividade dos efeitos da declaração de nulidade (LUCENA, 2012, v. 3, p. 1.169; EIZIRIK, 2011, v. III, p. 582). Pode, ainda, ser acrescida a essas características o foco na preservação da empresa, uma vez que, de fato e de direito, a manutenção da empresa, diante de sua função social²⁶, é o que justifica a elaboração da teoria especial das nulidades. Não se deve descuidar de que a empresa pode ser bastante afetada em casos de declaração de nulidade com efeitos *ex tunc*.

Nesses termos, conclui-se que há uma relação de causalidade entre as características acima expostas. Conjugando-se a necessidade de proteção de terceiros de boa fé e de preservação da própria empresa é que outras soluções tornam-se viáveis para a teoria das nulidades no direito empresarial, quais sejam: a) reconhecer que o ato inválido pode gerar efeitos válidos ou convalidáveis; b) atribuir, em princípio, efeitos *ex nunc* às declarações de invalidade; c) aceitar a convalidação do ato pelo decurso do tempo; d) permitir que a

²⁶ A função social da empresa insere-se num cenário de recontextualização da Constituição e do sistema infraconstitucional (OLIVEIRA, 2016, p. 240-243), e revela-se na incidência do princípio da função social da propriedade na ordem econômica (artigo 170, inciso III, da Constituição). Nesse paradigma jurídico dogmático é que o princípio da sanabilidade e a teoria especial das nulidades, juntamente com o princípio civilista da *conservação*, são extensíveis ao Direito Societário. Tais institutos jurídicos (sanabilidade, teoria especial de nulidades e conservação) fortalecem o empresário (sociedade empresária que exerce a empresa) e promove a sustentabilidade econômico-social da atividade empresarial mesmo diante de determinadas invalidades notadas em seus atos, pois, de modo inconcusso, a referida manutenção pode ser mais benéfica – ao empresário e aos seus *stakeholders* – do que a geração de efeitos *ex tunc* decorrentes do reconhecimento de uma nulidade.

convalidação ou sanção voluntária seja possível a qualquer tempo; e) reduzir os prazos prescricionais e decadenciais para o questionamento do ato.

E o objetivo de uma teoria das nulidades própria ao direito empresarial é indubitavelmente a necessidade de se garantir às relações empresariais a segurança jurídica que seu dinamismo requer, e, desse modo, proteger a companhia e terceiros que com ela negociarem.

A aplicação do princípio da retroatividade dos efeitos da invalidação – decorrente da teoria civilista das nulidades – poderia gerar inúmeras inseguranças jurídicas na seara do direito empresarial societário. Veja-se o exemplo abaixo.

A Lei das Sociedades Anônimas previa, em seu artigo 146²⁷, que os membros do conselho de administração deveriam ser acionistas da companhia. Essa exigência deixou de existir com o advento da Lei nº 12.431, de 2011²⁸, pois causava vários transtornos à sociedade, mas que acabavam sendo contornados pela prática societária, à margem da teoria civilista das nulidades.

Antes da alteração legislativa, tornou-se usual, na prática societária, que um acionista cedesse uma ação de sua titularidade à pessoa que deveria ser eleita para compor o conselho de administração, de modo a cumprir o requisito legal. Ocorre que, no momento da destituição desse conselheiro, comumente, a ação que lhe havia sido cedida não era repassada para a outra pessoa que lhe substituiria como membro do conselho. Nesse contexto, e em muitas ocasiões, a assembleia geral instalava-se, considerava a pessoa inadvertidamente elegível (mesmo sem ser acionista) e a elegia como membro do conselho, o que contrariava a determinação legal e configurava, portanto, ato *inválido*, segundo as normas do direito civil. O tempo transcorria, essa pessoa eleita irregularmente deliberava como conselheira por todo um mandato, elegendo diretores, inclusive.

Ora, nesse caso, é evidente que a eleição do membro do conselho poderia ser questionada e considerada nula (pois o membro do conselho não era acionista quando de sua

²⁷ Redação dada ao artigo 146 pela Lei 10.303, de 2001: “Art. 146. Poderão ser eleitos para membros dos órgãos de administração pessoas naturais, devendo os membros do conselho de administração ser acionistas e os diretores residentes no País, acionistas ou não.”

²⁸ Redação dada ao artigo 146 pela Lei 12.431, de 2011: “Art. 146. Poderão ser eleitas para membros dos órgãos de administração pessoas naturais, devendo os diretores ser residentes no País.” (essa lei entrou em vigor na data de sua publicação, portanto, 27 de junho de 2011, tendo sido, porém, retificada em 29 de junho de 2011).

eleição)²⁹, se houvesse a aplicabilidade direta do regime civilista clássico das nulidades. Tal nulidade acarretaria, sem dúvida, na invalidação da própria eleição do conselheiro e, por conseguinte, de todos os atos por ele praticados ou deliberados, até mesmo a eleição de diretores. Em consequência, também poderiam ser questionados como nulos ou anuláveis todos os atos praticados pelos diretores eleitos pelo conselheiro sem mandato válido, o que, por derradeiro, significaria reconhecer a nulidade de todos os atos jurídicos praticados pela sociedade a partir daquela eleição para o conselho de administração. A ocorrência desse acontecimento (reconhecimento de nulidade absoluta de todos os atos praticados pela administração social durante um mandato inteiro) seria, sem dúvida, muito prejudicial à condução dos negócios sociais, pois, pelo princípio da retroatividade, faria com que a companhia tivesse que atuar de modo a reverter integralmente os efeitos das deliberações de seus órgãos administrativos, tendo ainda que indenizar os afetados por tais deliberações quando o retorno ao *status quo ante* não fosse possível, o que provocaria enorme insegurança jurídica no ambiente societário.

Logo, cogitar da viabilidade dessa hipótese seria ferir inúmeros princípios fundamentais de direito empresarial societário, contraindo o fundamento básico dessa especialidade do direito que seria a preservação da empresa pela sua função social.

Para solucionar um impasse dessa magnitude na prática corporativa, resta juridicamente adequada a aplicação do princípio da sanabilidade, de modo a entender que a mera eleição irregular do conselheiro, sem maiores prejuízos para a sociedade empresarial, é, na realidade, anulável (e não nula), e, como tal, passível de sanção. Daí, portanto, a necessidade de se formular uma teoria especial das nulidades para o direito empresarial.

4 REGIME ATUALIZADO DAS NULIDADES NO DIREITO CIVIL

Este tópico relacionará as teorias das nulidades – a do direito civil e sua visão contemporânea, e a do direito societário –, o princípio da sanabilidade e o princípio da

²⁹ “Os requisitos (art. 147) devem ser verificados pela mesa da assembleia geral ou pelo Conselho de Administração, conforme o caso (art. 138 e 143). Não obstante, se eleito o administrador e verificado, posteriormente, que ele não preenchia os requisitos determinados em lei (art. 147), sua eleição será nula” (CARVALHOSA, 2009, v. III, p. 201).

conservação, e demonstrará como tais princípios contribuem para a melhor interpretação do ato inválido tanto na área societária quanto civil.

De início, considera-se que, mesmo no direito civil, o princípio da retroatividade pode ser irrazoável. Tanto é assim que “predomina na doutrina civilista atual o reconhecimento do princípio da conservação dos fatos jurídicos (...) Segundo esse princípio, tanto na elaboração das normas jurídicas, quanto na sua aplicação, deve-se buscar, ao máximo, a manutenção dos atos jurídicos e de seus efeitos” (ABREU, 2014, p. 154). E certos fundamentos do princípio da conservação também podem ser invocados para justificar o princípio da sanabilidade, como a “utilidade dos atos jurídicos; segurança jurídica; reconhecimento da autonomia da vontade, tendo sempre em comum o objetivo de evitar a aplicação severa das regras da invalidade, que pode levar a resultados indesejáveis para as partes, terceiros e a sociedade em geral” (ABREU, 2014, p. 154).

Conservação e sanção, ao se fundarem em argumentos similares, evidenciam que o direito civil vem sofrendo releituras de suas teorias e dogmas clássicos, o que pode em alguns momentos aproximá-lo do direito empresarial, sem que, contanto, essa aproximação signifique, respectivamente, uma relativização da autonomia jusfilosófica, epistemológica e dogmática de uma especialidade do direito em relação à outra.

É preciso reafirmar que tanto o direito civil quanto o direito empresarial, apesar de suas autonomias, são expressões da dimensão privada do direito e, por conseguinte, compartilham convergências, movimentos evolutivos e tendências de modo a acompanhar as demandas das relações privadas oriundas de uma sociedade em constante mutação. Não há equívoco, portanto, em se aceitar essas convergências e fomentar o processo hermenêutico-doutrinário para desenvolvê-las em conjunto, sem que isto afete a autonomia de cada uma dessas especialidades do direito (EIZIRIK, 2011, v. III, p. 584).

4.1 Princípio da Sanabilidade e Princípio da Convalidação: Analogias

De maneira bem embasada, Abreu (2014, p. 176 et seq) explica existirem certas *medidas sanatórias* consagradas pelo direito civil, e que poderiam ser aplicadas aos atos *deficientes* (que apresentem alguma ilegalidade) no âmbito do direito empresarial. Para a autora, a *convalidação*, a *sanação*, a *conversão* e a *redução* seriam espécies de medidas sanatórias, todas elas decorrentes do princípio da conservação.

A referida autora, embasando-se em argumentos civilistas, explica que, no direito civil, a convalidação é medida sanatória involuntária, que ocorre mesmo contra a vontade das partes, pois consubstancia-se no transcurso do tempo, tanto pela decadência quanto pela prescrição. Para os atos anuláveis, a lei imporia prazos para a impugnação, cujo encerramento, sem a ocorrência de questionamento, acarretaria na convalidação dos atos pelo simples decurso do tempo.

A seu turno, e em regra, os atos nulos não seriam convalidáveis³⁰, apesar de existiriam hipóteses de sua convalidação. A sanabilidade ou sanação ocorreria em decorrência da ação humana; seria uma manifestação expressa ou tácita de vontade no sentido de tornar válido o ato inválido (ABREU, 2014, p. 177). Para a doutrinadora, a conversão é embasada no artigo 170 do Código Civil, que determina: “se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade”. Ela mesma esclarece que “trata-se de aproveitar todas as partes válidas de um ato inválido e transformar aquele conjunto em outro ato, que seja válido” (ABREU, 2014, p. 181).

Já a redução do alcance da invalidação também encontra respaldo no Código Civil, em seu artigo 184: “respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal”; ou seja, “será aplicada a redução quando aproveitar-se a parte válida do ato, eliminando-se aquela inválida” (ABREU, 2014, p. 183).

Concluindo seu trabalho, a autora explica as hipóteses em que, mesmo sendo nulo o ato, seria recomendável sua manutenção, no âmbito do direito civil, e dentre tais hipóteses, cita: “em situações nas quais se configurem fatos consumados, isto é, a impossibilidade prática de retorno ao status quo ante; (iv) na medida em que necessária à tutela dos interesses de terceiros de boa-fé” (ABREU, 2014, p. 234).

Abreu explica essas medidas sanatórias, e argumenta que elas estão também disponíveis ao direito societário, razão pela qual o regime civilista das nulidades poderia sim ser aplicável ao direito societário, já que também admite a sanação dos vícios (ABREU, 2014,

³⁰ Código Civil Brasileiro: “Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.”

p. 160 et seq), e até mesmo da nulidade absoluta, em algumas hipóteses (ABREU, 2014, p. 234).

Na prática, em direito empresarial os institutos da convalidação, sanação, redução e conversão são desdobramentos do princípio da conservação. E todos estes institutos visam o mesmo efeito básico: tornar válido (no todo ou em parte) o ato que é inválido, não importando se pelo transcurso do tempo (prescrição ou decadência), ou se pela declaração expressa das partes, ou se pela exclusão da parte inválida do ato ou se pela consagração de um novo negócio em substituição ao que é nulo.

Por isso, ainda que não pelos mesmos trajetos, parece necessário concluir que há proximidade entre a desejada teoria especial das nulidades em direito empresarial societário com a teoria civilista atualizada. Assim, seria mais fácil à prática empresarial continuar conciliando a teoria civilista atualizada das nulidades com as necessidades do direito empresarial nessa temática (ABREU, 2014, p. 233).

É exatamente essa adequação hermenêutica da teoria das nulidades que dever ser estendida ao direito empresarial: um regime de nulidades que não tenha finalidade meramente sancionatória, mas que, ao contrário, possa respaldar a *conservação* dos atos societários, de modo a garantir a segurança jurídica e a permanência da sociedade no cumprimento de sua função social.

346

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da sanabilidade e o princípio da conservação têm origens em especialidades distintas do direito. O princípio da sanabilidade advém da dinâmica do direito empresarial societário, ao passo que o princípio da conservação resulta da atualização do clássico direito civil. Apesar disso, ambos os princípios se aproximam em seus fundamentos, objetivos e efeitos.

O direito empresarial e o direito civil são autônomos sob a perspectiva jusfilosófica, epistemológica e dogmática; e possuem suas próprias particularidades. Essa autonomia, entretanto, não justifica uma rígida separação dessas áreas; ao contrário, o direito empresarial e o direito civil se interconectam em alguns aspectos, já que compartilham a sistematicidade de

uma mesma matriz jurídica: o direito privado. Logo, é preciso reconhecer as sinergias e se aproveitar delas.

Sob a vigência da teoria clássica das nulidades no direito civil, defendeu-se, no direito empresarial, a formação de um regime especial das nulidades, em razão das especialidades desta área do direito. Contudo, a doutrina, a jurisprudência e a dogmática jurídicas não chegaram a constituir um regime próprio das nulidades que, de modo claro e objetivo, atendessem às peculiaridades do direito empresarial societário. Mas, no transcurso do tempo, as mudanças sociais e a praxis civilista produziram mutação substancial no tema das nulidades em direito civil que, em certa medida, podem ser estendidas ao direito empresarial societário.

O regime civilista das nulidades já não se fundamenta mais nos clássicos postulados, quais sejam, o de que o ato nulo nunca é convalidável ou sanável; que os efeitos da declaração de nulidade são sempre *ex tunc*; e que o ato nulo não produz efeitos. Ao contrário, o direito civil, na atualidade, respalda-se no princípio da conservação dos atos jurídicos, e objetiva garantir a segurança jurídica por meio da manutenção de relações e situações já consolidadas, mesmo que estejam eivadas de invalidades, mas desde que essa manutenção seja justificável do ponto de vista teleológico do instituto jurídico a que eventualmente incidiria a nulidade ou anulabilidade. Melhor dizendo, o direito civil, na temática das nulidades, teria se tornado mais dinâmico e flexível, aproximando-se do direito empresarial societário neste aspecto.

A afirmação de uma teoria das nulidades mais adequada ao direito empresarial societário, assim como a modernização daquela ocorrida no direito civil, se justificaria pela necessidade de se garantir às relações empresariais a segurança jurídica que seu dinamismo requer, e, desse modo, proteger a companhia e os terceiros que com ela negociaram.

Logo, é possível afirmar que a doutrina do direito civil hodierno compartilha das antigas preocupações dos empresarialistas na temática nas nulidades. Preservar o negócio, afastando-o de uma declaração de invalidade com efeitos *ex tunc*, representa um viés prático do direito em relação aos atos jurídicos, embasado pela manutenção da função socioeconômica de tais atos, e em perfeita sintonia com o sistema constitucional vigente.

Essa conciliação passa pelo reconhecimento da analogia de efeitos entre os princípios da sanabilidade (no direito empresarial) e da conservação (no direito civil). Ambos os princípios garantem a estabilidade das relações privadas que, por alguma razão, não sejam juridicamente perfeitas desde suas origens ou por circunstâncias supervenientes. A seu modo, tais princípios

valorizam a constitucionalidade da função socioeconômica da empresa e dos negócios jurídicos e, por isso, devem ser aplicados sempre que possível.

Em síntese, é recomendável a aplicação da teoria atualizada das nulidades do direito civil ao direito empresarial societário. Ainda que a doutrina do direito empresarial possa dar origem a uma teoria especial das nulidades distinta da do direito civil contemporâneo, há muito o que uma área do direito possa oferecer à outra sob o aspecto jusfilosófico, epistemológico e dogmático, respeitadas as suas autonomias.

REFERÊNCIAS

ABREU, Maíra Leitoguinhas de Lima. *Invalidação das deliberações do conselho de administração das companhias*. Biblioteca Digital Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-9XQH37/disserta__o_ma_ra_defesa.pdf?sequence=1>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 1. ed. v. I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959.

BRASIL. São Paulo. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão em Apelação Cível nº 102.974-4/2. Apelante: Luiz Cestari Neto e outros; Apelado: Fábrica de Artefatos de Borracha Cestari S.A. Desembargador Relator: Ruy Camilo. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

BRUSCATO, Wilges. Os Princípios do Código Civil e o Direito de Empresa. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo: Malheiros, ano XLIV, n. 139, jul.-set. 2005.

BULGARELLI, Waldirio. *Direito comercial*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. v. 3. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa Coelho. *O Futuro do Direito comercial*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Direito empresarial – Sociedades Anônimas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. Unificação do Direito Privado e Direito Empresarial: um simples exercício. In: BERALDO, Leonardo de Faria (Org.). *Direito Societário na Atualidade – Aspectos Polêmicos*, Del Rey, 2007.



CUSTÓDIO, Maraluce Maria; OLIVEIRA, Márcio Luís de. Eco-efficiency in bidding processes to purchase everyday supplies for the Brazilian federal administration. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.12, n.24, p.33-61, Jul/Dez 2015. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/647/454>>. Acesso em 5 de fevereiro de 2017.

EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. Comentada*. v. 3. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GABRICH, Frederico de Andrade. *O caráter normativo dos princípios*. 2008. <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/776/620>>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

GOVERNMENT OF THE NETHERLANDS. *Abortion*. Disponível em: <<https://www.government.nl/topics/abortion>>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

GOVERNMENT OF THE NETHERLANDS. *Euthanasia, assisted suicide and non-resuscitation on request*. Disponível em: <<https://www.government.nl/topics/euthanasia/euthanasia-assisted-suicide-and-non-resuscitation-on-request>>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

349

GOVERNMENT OF THE NETHERLANDS. *Same-sex marriage*. Disponível em: <<https://www.government.nl/topics/family-law/same-sex-marriage>>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

HANSMANN, Henry e KRAAKMAN, Reinier. *The End of History for Corporate Law*. 2000. <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/280.pdf>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Anônimas – Comentários à Lei*. v. 3. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2012.

OLIVEIRA, Márcio Luís de. *A Constituição Juridicamente Adequada*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

REYES, Francisco. *Direito Societário Americano – Estudo Comparativo*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. *Títulos de Crédito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

RODRIGUES, Frederico Viana. Autonomia do direito de empresa no novo código civil. In: VIANA, Frederico Rodrigues (Coord.). *Direito de empresa no novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.



VALLE FERREIRA, José G. do. *Subsídios para estudos das nulidades*. 1963. <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/681/641>>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

WONGTSCHOWSKI, Vânia. *Conversão substancial do Negócio Jurídico*. 2008. <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp063197.pdf>>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

Submissão: 24/04/2018
Aceito para Publicação: 31/12/2018



O NEOPROCESSUALISMO E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO DE 2015

NEOPROCESSUALISM AND THE BRAZILIAN CODE OF CIVIL PROCEDURE OF 2015W

Henrique Alves Pinto*

Giselle Borges Alves**

RESUMO: As relações jurídicas contemporâneas, notadamente sob o enfoque da prestação jurisdicional adequada, requerem uma análise do direito processual civil sob a perspectiva do direito constitucional. Neste sentido, este estudo possui como objetivo a análise sobre a intrínseca e dialética relação entre neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, sob a perspectiva de realização do comando constitucional de acesso à justa com a aplicação dos pilares da cooperação entre os atores do processo. Para tanto, foi adotado o método dedutivo, mediante a utilização da técnica de pesquisa bibliográfica, a partir de uma análise do contexto legislativo, doutrinário e jurisprudencial. Ao final, têm-se que os caminhos de uma dialeticidade entre direito constitucional e direito processual, podem conduzir a um processo equânime, com uma prestação jurisdicional eficaz, na medida em que os atores públicos e privados, entendam o processo sob o prisma da pacificação social e não apenas como técnica meramente instrumental.

PALAVRAS-CHAVE: Neoprocessualismo. Processo Civil. Direito Constitucional.

ABSTRACT: Contemporary judicial relations, especially with focus on the adequate legal provision, require an analysis of Civil Procedure Law under the perspective of Constitutional Law. In this light, this study aims to analyze the dialectical and intrinsic relation between neoconstitutionalism and neoprocessualism, under the perspective of making effective the constitutional rule of access to justice, applying the principles of cooperation between the procedures' actors. For that, the deductive method was adopted, by means of a bibliographic research focusing on an analysis of the legislative, doctrine and jurisprudence contexts. Finally, it is concluded that the ways of a dialectic between Constitutional Law and Procedure Law can lead to an equanimous procedure with an effective legal provision, as long as the public and private actors understand the legal procedure under the prism of social pacification and not only as a merely instrumental technique.

KEYWORDS: Neoprocessualism. Civil Procedure. Constitutional Law.

SUMÁRIO: Introdução. 1 O Direito Processual Constitucional e Direito Constitucional Processual: considerações gerais. 2 Direito Material e Direito Processual. Instrumentalidade do Processo. Breves perspectivas do pensamento jurídico da contemporaneidade. 3 O Neoprocessualismo: a atual fase metodológica do direito processual. 4 As normas fundamentais do Novo Código de Processo Civil. 5 A cooperação no novo direito processual. 6 O acesso à justiça no contexto neoprocessualista. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Os atuais debates sobre o direito processual civil, não só no Brasil, mas também em âmbito mundial, levam aquele que os estuda a chegar, brevemente, à conclusão de que, muito mais do que um conjunto de normas de direitos e princípios que tendem a disciplinar o

* Doutorando e Mestre em Direito Público e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Distrito Federal. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia, Minas Gerais. Professor da Faculdade CNEC, Minas Gerais.

** Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), Distrito Federal. Professora da Faculdade CNEC, Minas Gerais.

instrumento de acesso à justiça, este campo do estudo jurídico está também vocacionado à implementação efetiva dos direitos fundamentais.

Contudo, deve-se perceber que novas perspectivas foram abertas a partir da edição do novo Código de Processo Civil, que traz a necessidade de pensar o processo sob a perspectiva do jurisdicionado, não se podendo observar o rigorismo das técnicas processuais como um fim em si mesmo, sendo esta a justificativa para a análise empreendida neste estudo.

Pode-se deduzir, neste contexto, como hipótese, que o acesso à justiça também atrai o dever de condução do processo rumo a efetividade, em que princípios e regras devem conduzir a uma prestação justa, eficaz e célere, cumprindo o disposto no art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal de 1988. Assim, todos terão o direito de obter do Poder Judiciário uma tutela jurisdicional adequada, seja ela conferida em caráter provisório (urgência ou evidência – art. 294, CPC/15) ou ainda de natureza ressarcitória.

Se antigamente o direito processual civil era praticado sob a ótica subsuntiva, pautado por um raciocínio silogístico, hoje percebe-se que tal concepção não é bastante em si mesma para a solução de casos mais complexos, tais como os que envolvem a implementação de direitos fundamentais sociais, as demandas de caráter coletivo ou as colisões entre princípios e direitos fundamentais.

Nos últimos anos, a Constituição, por ter se tornado o centro do debate jurídico, adquiriu força normativa suficiente para gerar uma revisão de todos os institutos da Teoria Geral do Direito, em especial o do Direito Processual Civil. Este fato não passou despercebido pela Lei 13.105 de 2015 ao disciplinar no seu art. 1º que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, devendo ser observadas as suas disposições.

Com o reconhecimento da força normativa da Constituição surgiram pretensões deduzidas em juízo baseadas na normatividade constitucional. A Constituição ganhou efetividade, enquanto o positivismo jurídico e o formalismo processual sofreram intensas flexibilizações. O neoconstitucionalismo, por meio de sua sistemática, impõe ao processo civil uma revisão do seu clássico conceito de tutela condenatória, pois se passou a perceber que existem determinados direitos, em especial os direitos fundamentais sociais, que, quando reconhecidos juízos, carecem de técnica processual mais adequada na sua implementação.

Esta nova vertente do direito processual, que nele introjetou a necessidade de melhor compreensão de seus institutos, ao trazer novas ideias que implicam a revisão de tradicionais

posições jurídicas, a partir de uma sólida base constitucional dotada de maior capacidade no acompanhamento das transformações sociais, tem-se convencionado denominar de neoprocessualismo. E é exatamente essa intrínseca e dialética relação entre o neoconstitucionalismo e neoprocessualismo que neste trabalho pretende-se discutir. Para tanto, a pesquisa se baseia no método de pesquisa dedutivo, amparado notadamente na técnica de pesquisa bibliográfica, mediante a análise legislativa, doutrinária e jurisprudencial.

O estudo foi organizado de modo a trazer as discussões que permeiam o neoprocessualismo, no intuito de compreender como ele se desenvolve a partir da edição da novel legislação processualista. Para tanto, inicialmente, realiza-se uma análise do fenômeno da constitucionalização do direito civil, que passa pelo reconhecimento da força normativa da Constituição. Em sequência, a abordagem é realizada sobre os caminhos atuais relativos ao conceito de instrumentalidade do processo em consonância com a interpretação conferida a regras e princípios para a condução do processo justo e efetivo, o que atrai também uma análise sobre o neoprocessualismo sobre a ótica do novo marco processual brasileiro dentro de um contexto de cooperação. Ao final, este estudo realiza o traçado fundamental entre o direito fundamental de acesso à justiça dentro de um contexto contemporâneo, sob parâmetro neoprocessuais.

354

1 O DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL E DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL: CONSIDERAÇÕES GERAIS

Não é de hoje que se percebe uma intensa aproximação entre o direito processual e o direito constitucional, cujo fenômeno culmina com a própria constitucionalização do direito civil, sobretudo, a partir da segunda metade do século XX. Nesse sentido, dentro de um quadro geral, pode-se dizer que o direito processual é um ramo do direito público, sendo ele regido por normas contidas na Constituição Federal de 1988 e também pela legislação infraconstitucional.

Apesar da ampla dimensão instrumental experimentada pelo ordenamento jurídico brasileiro, nota-se que há um núcleo central instrumental composto agora pelo Novo Código de Processo Civil (CPC/15). Este é circundado por várias outras legislações processuais extravagantes, tais como a Lei de Ação Civil Pública, a parte processual do Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei do Inquilinato e o Processo Falimentar tratado pela Lei 11.101/2005, com as quais mantém um

intenso diálogo de fontes sob a axiologia constitucional. Neste sentido, Benjamin *et al.* (2009, p.90-91) afirmam que há:

[...] ‘diálogo’ porque há influência recíproca, ‘diálogo’ porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte prevalente, ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato – uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes).

Apesar desta importante lição proferida por Benjamin *et al.* (2009), sob a influência de Erik Jayme, referindo-se aos diálogos de fontes mantidos entre o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil e a Constituição Federal, como verificado por ela mesma, este fenômeno não é diferente daquele que ocorre na relação mantida entre o agora Novo Código de Processo Civil, a Constituição Federal, o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, os Estatutos da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso, entre outros. Nesse sentido, percebe-se que, de maneira geral, a doutrina neoprocessualista está muito mais à preocupada com a harmonização e a coordenação do direito processual com os demais ramos do ordenamento jurídico, do que, necessariamente, com sua exclusão.

Dentro deste contexto, pode-se definir, didaticamente, a diferença entre direito processual constitucional e direito constitucional processual. Sob o enfoque de uma concepção sistêmica do direito adjetivo, não se tratam, necessariamente, de novos ramos do direito processual, mas sim de institutos que compõem a denominada “*justiça constitucional*, que se consubstancia na forma e nos instrumentos de garantia para a atuação da Constituição” (NERY JÚNIOR, 2016, p. 54).

O direito processual constitucional¹, conforme a visão de Almeida (2003, p.33-34), traduz-se no:

[...] conjunto de disposições constitucionais que estabelecem regras sobre a organização da estrutura jurisdicional; a distribuição de competência entre os respectivos órgãos jurisdicionais; o controle concentrado de constitucionalidade das leis. E mais, estipula quais espécies de ações e medidas são cabíveis; prevê algumas formas de tutelas jurisdicionais diferenciadas pertencentes aos variados campos do

¹ Para J. J Gomes Canotilho, “tal como ocorre com o direito processual em geral, o direito processual constitucional não é um fim em si mesmo. Serve para a realização do direito constitucional material. Através dos processos constitucionais *garante-se*, desde logo, a Constituição. Garantir a Constituição contra normas inconstitucionais significa proteger a *ordem constitucional objectiva*”. (...). E, continua afirmando o autor português, “a garantia da Constituição como ordem constitucional objectiva não exclui a incidência de dimensões subjectivas relacionadas com a protecção dos *direitos subjectivos* das pessoas físicas e colectivas. Estas dimensões são particularmente relevantes no processo de fiscalização concreta (itálicos no original)” (CANOTILHO, 2003, p. 969).



direito processual; além de dispor sobre algumas regras concessivas de legitimidade ativa, principalmente no que tange às espécies de tutelas jurisdicionais coletivas. Já o direito constitucional processual, dentro desse contexto, é o conjunto de normas e princípios processuais, de natureza essencialmente constitucional, estabelecido na Constituição, para tutelar a essência e o espírito do direito processual.

São exemplos de normas do direito constitucional processual o art. 5º, inc. XXXV, que trata sobre a garantia do devido processo legal; art. 5º, LIV, que trata sobre o princípio do juiz natural; o art. 5º, XXXVII e LIII, que trata sobre a independência dos poderes; o art. 2º, enquanto forma de manifestação da atividade jurisdicional; entre outros. Por conseguinte, são exemplos da normatividade do direito processual constitucional o mandado de segurança, que consta no art. 5º, LXIX e LXX; a ação popular, que consta no art. 5º, LXXIII; e a ação de impugnação de mandato eletivo, que consta no art. 14, §§ 10º e 11º, todos eles previstos na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Sendo assim, por meio desta visão constitucional do processo, percebe-se, conforme observa Marinoni *et al.* (2015, p. 486), que ele “deve produzir decisões legitimadas e justas, ou seja, decisões adequadas aos direitos fundamentais, porque o processo deve ser visto em uma dimensão externa, de atuação dos fins do Estado”. Deve se desenvolver de modo a oportunizar a efetiva participação de seus atores, juízes e demandantes, como mandam as novas disposições da Lei nº 13.105 de 2015 através dos seus artigos 1º, 6º, 8º, 9º, 10 e 11.

356

2 DIREITO MATERIAL E DIREITO PROCESSUAL. INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO. BREVES PERSPECTIVAS DO PENSAMENTO JURÍDICO DA CONTEMPORANEIDADE

De forma bastante sucinta, é correto afirmar que o processo é uma forma pela qual é exercida a jurisdição². A jurisdição é a concretização da tutela a uma situação jurídica afirmada em determinado processo. É uma função estatal exercida diante de causas, de casos concretos postos em debate a serem dirimidos pelos órgãos judiciais.

Quem bate às portas do Judiciário pretende uma solução adequada juridicamente para a tormenta de seu litígio. Destaque-se o que ressalta Didier Júnior (2015, p. 38): “Não há processo

² Para Câmara (2016, p.33), a “jurisdição é, em outros termos, a ‘jurisconstrução’ de um resultado juridicamente correto para a causa submetida ao processo. E o resultado precisa ser juridicamente legítimo. Não pode o juiz ‘inventar’ a solução da causa. Ninguém vai ao Judiciário em busca de uma solução a ser inventada pelo juiz. O que se busca é o reconhecimento de um direito que já se tem (e daí, a natureza declaratória da jurisdição)”.



oco, todo processo traz a afirmação de ao menos uma situação jurídica carecedora de tutela jurisdicional. Essa situação jurídica afirmada pode ser chamada de *direito material processualizado* ou simplesmente *direito material* (itálicos no original)”. Como todo processo é um instrumento condutor de uma pretensão de direito material deduzida em juízo, se, do ponto de vista didático, a separação entre “direito” e “processo” é bastante esclarecedora, não poderá, todavia, ela implicar em um processo neutro em relação ao direito substancial que corresponde ao seu objeto.

Nesse sentido, diante de uma concepção instrumentalista do processo, que no Brasil foi desenvolvida por Cândido Rangel Dinamarco (2003), deverá o processo ser compreendido como um instrumento posto a serviço do direito material. Portanto, não se justifica a realização de exaustivas investigações a respeito das polêmicas que residem em “torno da natureza privada, concreta ou abstrata da ação; ou as sutis diferenças entre a jurisdição e as demais funções estatais, ou ainda a precisa configuração conceitual do *jus excepcionis* e sua suposta assimilação à ideia de ação” (DINAMARCO, 2003, p. 23).

A instrumentalidade do processo é um instituto essencial para melhor compreensão de determinadas categorias do processo, tais como a causa de pedir, as questões envolvendo o direito probatório, as peculiaridades do processo coletivo e a correlação entre o pedido e a sentença. Atualmente, esta última tem sido bastante debatida pelos processualistas quanto à possibilidade de sua relativização diante da implementação de direitos constitucionais materiais sociais que, infelizmente, são constantemente relegados pelo Estado, via jurisdição. Para Didier Júnior (2015, p.39) “é impossível compreender esses temas sem analisar a relação que cada um desses institutos mantém com o *direito material processualizado*”.

Assim, afirma-se que a relação estabelecida entre o direito material e o direito processual é circular porque tanto o direito processual quanto o direito material são simultaneamente servidos por eles mesmos. Compõe-se aí uma relação dialética que confere um movimento imprescindível no cumprimento de seu objetivo maior, que é a plena realização da promessa contida atrás do direito material titularizado pelo demandante, a quem foi reconhecida a pretensão. Na lógica instrumentalista, conforme destaca Zaneti Júnior (2008, p. 408), trata-se de reconhecer:

[...] os planos do Direito e permitir que o direito material afirmado seja o objeto do processo; frisa-se não se traduzir em um ponto anterior reconhecido como ação de direito material pré-existente somado à pretensão processual, apenas regula o

instrumento para determinar-lhe a potencialidade de, em abstrato, servir ao direito afirmado na inicial. Resta, dessarte, aberto o espaço para uma (des)ontologização do conceito de ação, ‘desvalorizar a importância conceitual da ‘ação’, passando a tônica para as tutelas jurisdicionais processuais: condenar, declarar, constituir, mandar ou executar.

Como se pode perceber, cabe ao processo a realização do bem da vida que, pelo direito material, foi protegido pelo ordenamento jurídico diante desta lógica de complementaridade. É o processo, assim, uma espécie de instrumento perfuro-cortante que causará suas precisas lesões sob o tecido jurídico composto pelo direito material, de modo a fazer com que o seu titular possa usufruí-lo na exata medida do possível.

Como derivação da metodologia instrumental, é necessário, ainda que brevemente, elencar algumas outras categorias do pensamento jurídico moderno, com destaque de sua aplicabilidade ao direito processual civil, que também estão diretamente ligadas a essa fase de superação do positivismo jurídico pelo pós-positivismo.

A primeira delas é o reconhecimento da força normativa da Constituição, conforme cunhado por Konrad Hesse (1991), que coloca a norma suprema de um Estado no centro do debate jurídico, dotando-a de eficácia imediata, agindo, assim, de modo geral, independentemente de intermediação legislativa. Dentro destes novos desdobramentos gerados por essa jurisdição constitucional, tornou-se cada vez mais comum a veiculação, na causa de pedir e na individualização do objeto do processo por meio do pedido, de temas constitucionais baseados em direitos fundamentais. Conforme visão de Hesse (1991, p. 27):

Em outros termos, o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*), que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa”.³

O segundo momento será o desenvolvimento da teoria dos princípios em virtude do reconhecimento de sua eficácia normativa. Para Didier Júnior (2015, p. 41): “O princípio deixa de ser uma técnica de integração do Direito e passa ser uma espécie de norma jurídica”.

³ Nas palavras de Daniel Sarmento (2009, p. 31), afirma-se que “a Constituição de 88 regulou uma grande quantidade de assuntos - muitos deles de duvidosa dignidade constitucional - subtraindo um vasto número de questões do alcance do legislador. Ademais, ela hospedou em seu texto inúmeros princípios vagos, mas dotados de forte carga axiológica e poder de irradiação. Estas características favoreceram o processo de constitucionalização do Direito, que envolve não só a inclusão no texto constitucional de temas outrora ignorados, ou regulados em sede ordinária, como também a releitura de toda a ordem jurídica a partir de uma ótica pautada pelos valores constitucionais - a chamada filtragem constitucional do Direito”.

Apesar de o tema central deste trabalho não ser o de efetuar a discussão a respeito da diferença entre princípios e regras nas teorias mais recentes propostas por Robert Alexy, Ronald Dworkin, Luis Virgílio Afonso da Silva, José Joaquim Gomes Canotilho, Friedrich Müller e Claus Wilhelm Canaris, entre outros importantes filósofos do Direito, Pasqualoto *et al.* (2005, p. 81-82), traz a lição de José Reinaldo de Lima Lopes, em que afirma: “foi exatamente na segunda metade do século passado que se conheceu a incorporação de uma série de normas jurídicas visando proteger direitos fundamentais, cuja dependência de princípios morais era bem evidente”. Na mesma assertiva ainda destaca: “devido à consolidação do Estado social, a defesa dos direitos chamados sociais, ou direitos de redistribuição, passou a exigir que o raciocínio jurídico fosse mais claramente também um raciocínio sobre finalidades a serem alcançadas”.

Nesse sentido, não se pode olvidar a importante análise crítica efetuada por Humberto Ávila (2014, p. 70-71) ao pensamento de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Segundo o autor:

[...] o importante é que tanto os princípios quanto as regras permitem a consideração de aspectos concretos e individuais. No caso dos princípios essa consideração é feita sem obstáculos institucionais, na medida em que os princípios estabelecem um *estado de coisas* que deve ser promovido sem descrever, diretamente, qual o comportamento devido [...]. Já no caso das regras, a consideração a aspectos concretos e individuais só pode ser feita com uma fundamentação capaz de ultrapassar a *trincheira* decorrente da concepção de que as regras devem ser obedecidas. É a própria regra que funciona como razão para adoção do comportamento. Adota-se o comportamento porque, independentemente dos seus efeitos, é correto.

Para Ávila (2014), não seria coerente afirmar, nos moldes desenvolvidos por Dworkin e Alexy, cada um à sua maneira, que, se a hipótese descrita em determinada regra ocorrer no plano fático, a consequência normativa deverá ser diretamente implementada, porque existem alguns casos em que regras poderão ser aplicadas sem que suas condições fáticas descritas pela hipótese normativa tenham sido satisfeitas, como é o caso da sua aplicação analógica. Na precisa lição de Humberto Ávila (2014, p.71), “nesses casos, as condições de aplicabilidade das regras não são implementadas, mas elas são, ainda assim, aplicadas, porque os casos não regulados assemelham-se aos casos previstos na hipótese normativa que justifica a aplicação da regra”.

Diante deste quadro teórico e sem pretender demonstrar dentre as teorias a respeito da distinção entre princípios e regras qual delas é mais importante, se é que se pode afirmar isto,

já que todas elas configuram importantes avanços do pensamento jurídico contemporâneo, filia-se aqui à concepção proposta por Alexy (2008, p. 91-92), segundo a qual:

[...] os princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais e nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.

O terceiro momento será o da transformação da hermenêutica jurídica por meio do reconhecimento do papel criativo e normativo efetuado através da atividade jurisdicional. Diante da mutação do conceito de direito por conta desta nova dimensão da atividade jurisdicional, o foco de investigação é descobrir como o magistrado constrói uma “*norma jurídica* para o caso concreto quando a *norma geral* não existe ou não está de acordo com os princípios constitucionais de justiça e com os direitos fundamentais” (MARINONI, 2006, p. 101).

Ainda dentro deste contexto teórico, identificado na terceira fase, ocorreu o estabelecimento da diferença entre “texto” e “norma”, “sendo esta o produto da interpretação daquele” (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 41). A técnica subsuntiva passa a conviver com a metodologia de concretização dos textos normativos. Há uma franca expansão de normas reconhecidas como cláusulas gerais⁴ e que, como se pôde observar, com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil que a exemplo do Código Civil, também se valeu dessa imprescindível técnica normativa, as utiliza como forma de combater a estagnação do sistema, conferindo-lhe maior mobilidade no intuito de melhor acompanhar as mudanças sociais. E é exatamente por meio de novas leituras que o intérprete, na visão de Rosendal (2005) estará habilitado a traduzir para

[...] o seu contexto o enunciado da norma, sendo que a cada concretização os modelos normativos se ampliam e se enriquecem, convertendo-se em precedentes para futuras aplicações, em constante regeneração. Essa atividade criativa, ‘viragens de jurisprudência’, não conhecerá limites quando se desenvolver com apoio em

⁴ Com base nos ensinamentos de Gustavo Tepedino (2002, p. XIX), afirma-se que as cláusulas gerais são “normas que não prescrevem uma certa conduta mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para aplicação das demais disposições normativas”.

enunciados abertos, indeterminados e polissêmicos (ROSENVALD, 2005, p.161-162).

Por fim, deve-se ressaltar a quarta e última fase desta evolução que é a expansão e a consagração dos direitos fundamentais. Por ela haverá uma imposição ao direito positivado para que ele determine um conteúdo ético mínimo em forte respeito à dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa humana denota a primazia da pessoa humana sobre o Estado e sua consagração gera o reconhecimento de que a pessoa é o fim e o Estado apenas um meio para a garantia e promoção de seus direitos fundamentais. A “dignidade da pessoa humana é o princípio mais relevante da nossa ordem jurídica, que lhe confere unidade de sentido e de valor, devendo por isso condicionar e inspirar a exegese e aplicação de todo o direito vigente, público ou privado” (SARMENTO, 2006, p. 86).

Neste sentido, é importante ressaltar o modo como todas essas transformações têm influenciado o direito processual civil.

3 O NEOPROCESSUALISMO: A ATUAL FASE DO DIREITO PROCESSUAL

361

Como toda ciência que se preze, a do direito processual civil também experimentou vários avanços no tocante à recategorização de seus institutos e, nesse prisma, sistematiza-se, neste ensaio teórico, a evolução histórica do processo em três fases.

A primeira delas é fase sincretista ou praxista pela qual não se pode falar de uma diferenciação estanque entre o direito substancial e o processo. Na fase sincretista o processo é estudado apenas em seus aspectos práticos sem qualquer preocupação científica.

A segunda fase é conhecida como a do processualismo, pela qual a ciência do processo começa a lançar suas bases científicas, tendo como objetivo maior efetuar a diferenciação entre direito material e processo. O processo começa a ganhar autonomia, apesar de sua intrínseca relação com o direito material.

Na terceira fase, como já foi demonstrado sinteticamente, está a corrente instrumentalista, pela qual, apesar de se reconhecer várias diferenças entre direito material e processo, entre eles é estabelecida uma relação circular. O processo é o instrumento adequado para viabilizar, através da jurisdição, a efetivação dos direitos materiais. Na etapa instrumentalista, o processo passa a ser objeto de estudo de outras ciências sociais, tais como a

sociologia, a filosofia e também a economia, concentrando suas pesquisas na temática do acesso à justiça.

Em uma quarta fase a respeito da evolução histórica da ciência processual, observe-se que, sem romper com as demais fases anteriores, pois aproveita grande parte de suas conquistas para delinear a sua nova compreensão sobre o processo, encontra-se a fase neoprocessualista. É por esta fase que o direito processual passará a ter um intenso diálogo com o neoconstitucionalismo, pois operará, basicamente, por meio da metodologia desta nova acepção do direito constitucional.

O neoprocessualismo revisará várias categorias processuais pela adoção de novas premissas metodológicas. Para Carlos Alberto Álvaro (2008, p.134), o neoprocessualismo também é conhecido como “o formalismo-valorativo, por destacar a importância que se deve dar aos valores constitucionalmente protegidos na pauta de direitos fundamentais na construção e aplicação do formalismo processual”.

O neoprocessualismo, que advém do contexto histórico proporcionado pelo neoconstitucionalismo, baseia-se na conduta ética a ser praticada por aqueles que litigam em juízo. Neste contexto, destacam-se o princípio da cooperação, o princípio da boa-fé objetiva, o princípio da proibição da prática de atos contraditórios, dentre outros, que atualmente, possuem previsão legal expressa no Novo Código de Processo Civil.

O direito da pós-modernidade, local da morada do neoprocessualismo, quer combater a privação de direitos que foram baseados em excessivos critérios formalísticos. Refuta ele os métodos de coerção e restrição de acesso adequado à justiça pautados pela crença insuperável do rito, do procedimento e das variantes burocráticas, “que fazem com que o direito seja acessível tão somente àqueles que sobrevivem as armadilhas e artimanhas criadas pelo sistema jurídico” (CAMBI, 2016, p. 142).

O neoprocessualismo quer construir e desenvolver técnicas processuais que se voltam sistematicamente à promoção e concretização dos direitos fundamentais. Para cumprir com este objetivo será “indispensável enfrentar o problema do *fetichismo das formas*. O apego exagerado à forma cria obstáculos não razoáveis à utilização do processo como mecanismo de promoção de direitos fundamentais” (CAMBI, 2016, p. 143).

Para o neoprocessualismo, o processo será o instrumento por meio do qual o Estado exerce poder, determinando, assim, a regra do caso concreto. Nesse sentido, percebe-se que a decisão judicial está muito longe da ideia de atuação da vontade da lei, “na medida em que a



lei, hoje, tem sua legitimidade atrelada aos direitos fundamentais e, portanto, não pode deixar de ser interpretada de acordo com a Constituição e, se for o caso, a ela ser conformada” (MARINONI *et al.*, 2015, p. 160).⁵

Assim, mesmo que se ignore a sociedade pluralista, em hipótese alguma é possível concluir que o texto da lei é perfeito e, sendo assim, deverá o seu teor jurídico ser, simplesmente, proclamado acriticamente pelo magistrado, porque é seu dever reverenciá-la pelo simples fato dela ter sido aprovada regularmente por um processo legislativo. É exatamente neste contundente ponto da trajetória neoprocessualista que se faz necessário o resgate da essência da lei de modo a conformá-la aos princípios de justiça. “Por isso não há mais qualquer legitimidade na velha ideia de jurisdição voltada à atuação da lei; não é possível esquecer que o judiciário deve compreendê-la e interpretá-la a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais” (MARINONI, 2006, p. 44).

4 AS NORMAS FUNDAMENTAIS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

363

Para a construção de uma nova realidade social em que sejam destacados os valores éticos e emancipatórios previstos na Lei Maior, deve o processo ser enxergado sob a ótica da solidariedade. A constitucionalização do direito, e no caso deste estudo, do direito processual civil, é um fenômeno da contemporaneidade visto em duas acepções. A primeira é a de que as Constituições incorporaram em seus textos algumas normas processuais, sendo que algumas delas são consideradas como direitos fundamentais. Já a segunda acepção é a de que a doutrina processual como um todo passa a enxergar nas normas processuais infraconstitucionais uma forma viável e democrática de se concretizar a promessa fundamental constitucional. É por esta vertente que ocorre o aprimoramento da jurisdição constitucional, não podendo ser olvidado que o diálogo entre constitucionalistas e processualistas nunca foi tão intenso, como se tem percebido nos últimos anos.

⁵ De acordo com Marioni (2006, p. 43), em contundente lição a respeito do princípio da legalidade, “ainda que não houvesse a consciência de pluralismo, somente com ausência muito grande de percepção crítica se poderia chegar à conclusão de que a lei não precisa ser controlada, por ser uma espécie de fruto dos bons, que se colocam acima do bem e do mal, ou melhor, do executivo e do judiciário. Ora, a própria histórica se encarregou de mostrar as arbitrariedades, brutalidades e discriminações procedidas por leis *formalmente* perfeitas.”

Como observado por parte da doutrina⁶, o art. 1º da Lei 13.105/2015, segundo o qual “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”, trata de uma obviedade. Entretanto, nem por isso deve ser desconsiderada, porque é através dessa norma que se constata que o direito processual não pode ser compreendido destituído da força normativa da Constituição.

De um ponto de vista hermenêutico é o novo código de ritos uma tentativa da legislação infraconstitucional de cumprir com o seu papel de organizar um processo justo. O Novo CPC não é pleno, porque seu sistema de normas relativamente aberto convive com outras legislações extravagantes. Na verdade, ele nem pode ser considerado central, porque o papel de centralidade no ordenamento jurídico nacional é assumido pela Constituição Federal.

Isso quer dizer que a construção e a reconstrução do sistema processual civil partem da Constituição, vão à legislação e voltam para a Constituição: o direito fundamental ao processo justo principia e enfeixa o processo civil brasileiro. Por essa razão é que o processo tem de ser interpretado de acordo com a Constituição, observando-se as disposições do Código – que de seu turno não estão imunes ao controle de constitucionalidade (MARINONI *et al.*, 2015, p. 168).

Diante de todo este agito em torno da nova normatividade prevista na Lei 13.105 de 2015, sendo ela composta de alta carga principiológica, há de se observar que tais prerrogativas não podem implicar um demasiado aumento dos poderes dos juízes.

A crítica ao positivismo literalista na aplicação das normas não nos leva ao extremo oposto, que é uma nova forma de discricionariedade/decisionismo judicial: agora não mais quando há lacunas/antinomias, mas em qualquer caso. Juízes, assim como todos os demais sujeitos do processo, estão sobremaneira vinculados à normatividade. A invocação de um princípio precisar encontrar lastro normativo (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2015, p. 52-53).

Para cumprir com a promessa de realização de direitos materiais, em especial direitos fundamentais, a tutela jurisdicional deverá ser apta à promoção desses. A tão almejada igualdade substancial só poderá ser atingida a partir do instante em que seja admitida uma tutela jurisdicional diferenciada aos direitos. A demanda tem que ser adequada à finalidade que se pretende obter.

⁶ “Ainda que se possa elogiar o dispositivo legal por consagrar expressamente a força normativa do texto constitucional, o seu conteúdo não traz qualquer novidade ou mesmo inovação. Trata-se, insista-se, do óbvio, inclusive não sendo exclusividade da norma processual a exigência de que sejam construídas e interpretadas de acordo com a Constituição Federal, sendo essa uma realidade aplicável para qualquer espécie de norma legal” (NEVES, 2016, p. 1-2).

É por essa razão que o novo Código, além de prever *procedimentos diferenciados* ao lado do procedimento comum (procurando promover a *adequação legal* do processo), introduz várias técnicas processuais no procedimento comum capazes de *moldar concretamente o processo* às necessidades do direito material afirmado em juízo (MARINONI et al., 2015, p. 169).

Nesse sentido, mencionam-se, por exemplo, os seguintes dispositivos da nova lei processual civil brasileira que assumiram para si a responsabilidade de conceder uma tutela mais adequada àquele a quem o direito material confere razão: o art. 191, disciplinador da calendarização do procedimento; o art. 373, que trata a respeito da distribuição adequada do ônus da prova, inclusive com a possibilidade de sua inversão; e os arts. 300 a 310, que regulamentam as regras sobre as técnicas cautelares ou antecipatórias que hoje compõem o gênero, medidas de urgência.

Portanto, pode-se extrair desta cena normativa fundamental uma linha principiológica que será o fio condutor da ideia base de que o direito processual, como pretende a escola do neoprocessualismo sob a influência do neoconstitucionalismo, só conseguirá se manifestar desde que ele esteja ligado às ferramentas democráticas que colocam em evidência os conflitos organizados, pautado ele pelo critério da cooperação.

365

5 A COOPERAÇÃO NO NOVO DIREITO PROCESSUAL

O atual modelo de processo cooperativo está fundamentado no fato de que o magistrado deverá operar de modo a colaborar com as partes. A colaboração figurará como o novo eixo sistemático por meio do qual se pode estruturar um processo mais justo sob o ponto de vista da divisão do labor processual entre o juiz e os demandantes⁷. O art. 6º do novo CPC ao dizer que

⁷ Tal entendimento já pode inclusive ser encontrado na jurisprudência após a entrada em vigor do Novo CPC: “Agravo de Instrumento. Processo Civil. Falta de procuração da parte agravada. CPC de 1973. Não conhecimento do recurso. CPC de 2015. Novel orientação. Abertura de vista. Tentativa de sanear vícios. Princípio da cooperação. Cumprimento de sentença. Preliminar de não conhecimento. Não ocorrência. Impugnação aos cálculos periciais. Ausência de vício. 1. Sobreleva notar que o CPC de 2015 prestigia o princípio da cooperação das partes, cujas premissas já estão delineadas no artigo 339 do presente CPC de 1973. Enquanto o juiz coopera com as partes, na prestação adequada e efetiva da tutela jurisdicional, aquelas colaboram na condução processual, de maneira a não obstar o regular curso da demanda. Democratiza-se o processo, em que todos os envolvidos influem em sua condução. Esse é o espírito do novel CPC. 2. Repele-se, pois, a negativa de seguimento do recurso de agravo de instrumento, com base na falta de procuração, se há a possibilidade de o vício ser sanado, ainda que com a juntada do instrumento pela parte contrária. 3. O decisum configura corolário da exordial; a correlação entre pedido e sentença é medida que se impõe, mostrando-se vedado ao julgador decidir aquém (citra ou infra petita), fora (extra petita), ou além (ultra petita) do requerido na inicial. Eis o porquê de a decisão vincular-se à causa de pedir e ao pedido. 4. Estando os cálculos elaborados pelo perito judicial em consonância com o julgado exequendo, e diante a ausência de prova cabal em sentido contrário, forçoso manter intacta a decisão que homologou os cálculos



“todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”, vai muito além do mero envolvimento entre as partes (autor e réu) e juiz, pois nele também se incluem os procuradores das partes, os membros da advocacia pública, os eventuais terceiros intervenientes diante da nova sistematização das Intervenções de Terceiros, os “auxiliares da justiça e, evidentemente, do próprio Ministério Público, quando atuar na qualidade de fiscal da ordem jurídica” (BUENO, 2015, p.86).

No mesmo sentido segue Bonicio (2016, p. 81), para quem: “A colaboração das partes a que se refere a doutrina não significa, é bom deixar claro, que o novo CPC imponha a elas o dever de dizer a verdade, porque isso levaria o processo brasileiro para o campo inquisitório, quando, na verdade, caminhamos no sentido oposto”.

Neste novo processo civil conduzido pela colaboração, as partes e o juiz estão em um mesmo plano, conjugando entre eles um intenso diálogo a respeito de quais serão os caminhos seguidos pelo processo. Isto passa a ser visto, de acordo com Souza (1997, p. 175), como uma “comunidade de trabalho”.

Todavia, percebe-se que, à luz do princípio da cooperação processual, essa postura diferenciada a ser adotada por parte do magistrado não é direcionada apenas a ele, pois é dever “também das partes demandantes, as quais devem agir em consonância com os ‘*princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório*’” (RODRIGUES *et al.*, 2016, p. 353).

A colaboração é um modelo principiológico que pode ser estudado sob três diferentes prismas culturais: o social, o lógico e o ético. Sob o ponto de vista social, o Estado Constitucional não poderá jamais ser confundido com o Estado Inimigo, ou seja, deverá aquele agir positivamente com o objetivo de promover todas e quaisquer finalidades unidas à pessoa humana, não devendo ele construir barreiras que impeçam a sua plena realização. Do ponto de vista lógico, a ciência do direito deixa de ser compreendida como uma mera ciência descritiva; a normatividade jurídica passa a ser considerada a partir de elementos contextuais e não meramente textuais, devendo a interpretação ser não apenas uma atividade declaratória, mas também mandamental e estruturante, viabilizadora da axiologia contida no texto constitucional por meio das regras e princípios do direito processual. E quanto ao aspecto ético da colaboração,



o processo é “orientado pela busca tanto quanto possível da verdade e que, para além de emprestar relevo à boa-subjetiva, também exige de todos os seus participantes a observância da boa-fé objetiva (art. 5º do CPC), sendo igualmente seu destinatário o juiz, tendo como objetivo produzir decisões justas” (MARINONI *et al.*, 2015, p. 175).

O juiz do processo do modelo cooperativista é isonômico diante da condução da demanda, sendo, contudo, assimétrico no instante em que profere a sua decisão, pois desempenha aí duplo papel. A isonomia ou simetria na condução da causa é percebida quando ele atua de forma dialógica com as partes, enquanto a assimetria é verificada no instante em que o órgão julgador profere alguma decisão ao impor, necessariamente, o seu comando, “cuja existência e validade independem de expressa adesão ou de qualquer espécie de concordância das partes” (MARINONI *et al.*, 2015, p. 175).

Esse novo modelo de processo cooperativo contém um equilíbrio das questões que envolvem a divisão do trabalho entre todos os seus participantes. Cada uma das tarefas é revisada de modo que as responsabilidades processuais possam ser divididas tendo em vista o projeto maior que é a obtenção de uma mais justa e efetiva decisão de mérito.

A colaboração, dentro de uma estrutura ideal, é um modelo processual baseado na participação paritária de todos os sujeitos processuais, mas como norma fundamental, nos moldes da Lei 13.105/2015, “é um princípio (princípio da cooperação), que impõe o dever de o juiz não conduzir o processo de maneira passiva ou autoritária, impondo às partes, de outro lado, o dever de não somente dialogar pela gestão adequada do processo com o juiz, mas também participar dessa gestão” (ABREU, 2015, p. 99). Nesse sentido, percebe-se que a participação no processo, derivada do princípio da cooperação, só poderá ser considerada útil se, por ventura, ela houver contribuído para a realização do direito material deduzido em juízo: “Ao participar, as partes colaboram na formação da verdade processual, auxiliando na delimitação da violação, o que é pressuposto para a tutela efetiva de direito material” (VITORELLI, 2016, p. 175).

Por fim, afirma-se que o princípio da cooperação tem como tarefa maior a de mudança da impressão que, normalmente, as pessoas costumam ter a respeito do papel assumido pelo juiz na condução e julgamento do processo, ou seja, a de que ele não é apenas um mero representante do Poder Judiciário, que de seu alto escalão prolatará uma decisão vinculante produzida apenas em atendimento a uma forma pré-estabelecida e que, na prática, não resolveu nenhum de seus verdadeiros problemas. A cooperação é elemento inerente à democratização

do processo que impede que o princípio do *iura novit curia* (o juiz conhece o direito) opere de modo opressivo e autoritário em total divórcio com os bens jurídicos apreendidos pelos textos normativos materiais.

6 O ACESSO À JUSTIÇA NO CONTEXTO NEOPROCESSUALISTA

Com o surgimento do Estado Constitucional, a Constituição passou a deter não apenas uma supremacia formal como também uma supremacia material e axiológica, que, conforme destaca Barroso (2016, p. 401), está “pontencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios”. Com tamanha dimensão, diante da força normativa por ela exibida, a Constituição gerou um grande impulso aos demais ramos do direito infraconstitucional, incluindo entre eles o direito processual civil.

Foi exatamente este evento que impactou de forma decisiva a virada paradigmática nos estudos do direito processual. Pela constitucionalização do direito processual, houve uma mudança da concepção de processo analisado sob a ótica técnica e individual, preponderantemente voltado às relações privadas sob o primado do princípio da legalidade, para a concepção de “processo encarado como espaço de participação democrática, sensível às necessidades sociais⁸ e ao coletivo, preocupado com tutelar situações jurídicas concretamente deduzidas e com fazer justiça” (DOMIT, 2016, p. 196).

368

⁸ Excelente exemplo quanto ao caráter social e à importância das ações coletivas sob o enfoque neoprocessual e neoconstitucional é o Recurso Especial de nº 1.315.822/RJ, julgado em 24 de março de 2015 pelo STJ: “Recurso Especial. Ação Civil Pública. Ação destinada a impor à instituição financeira demandada a obrigação de adotar o método Braille nos contratos bancários de adesão celebrados com pessoa portadora de deficiência visual. 1. Formação de litisconsórcio passivo necessário. Descabimento, na hipótese. 2. Dever legal consistente na utilização do método Braille nas relações contratuais bancárias estabelecidas com consumidores portadores de deficiência visual. Existência. Normatividade com assento constitucional e legal. Observância. Necessidade. 3. Condenação por danos extrapatrimoniais coletivos. Cabimento. 4. Imposição de multa diária para o descumprimento das determinações judiciais. Revisão do valor fixado. Necessidade, na espécie. 5. Efeitos da sentença exarada no bojo de ação civil pública destinada à tutela de interesses coletivos strictu sensu. Decisão que produz em relação a todos os consumidores portadores de deficiência visual que estabeleceram ou venham a firmar relação contratual com a instituição financeira demandada em todo o território nacional. Indivisibilidade do direito tutelado. Artigo 16 da Lei n. 7347/85. Inaplicabilidade, na espécie. Precedentes. 7. Recurso Especial parcialmente provido. 1. A instituição financeira demandada, a qual se imputa o descumprimento de um dever legal, não mantém com as demais existentes no país (contra as quais nada se alega) vínculo jurídico unitário e incindível, a exigir a conformação de litisconsórcio passivo necessário. A existência, por si, de obrigação legal a todas impostas não as une, a ponto de, necessariamente, serem demandadas em conjunto. *In casu*, está-se, pois, diante da defesa coletiva de interesses coletivos strictu sensu, cujos titulares, grupo determinável de pessoas (consumidores portadores de deficiência visual), encontram-se ligados com a parte contrária por uma relação jurídica base preexistente à lesão ou à ameaça de lesão. E, nesse contexto, os efeitos do provimento judicial pretendido terão repercussão na esfera jurídica dos consumidores portadores de deficiência visual que

estabeleceram, ou venham a firmar relação contratual com a instituição financeira demandada, exclusivamente.

2. Ainda que não houvesse, como de fato há, um sistema legal protetivo específico das pessoas portadoras de deficiência (Leis ns. 4.169/62, 10.048/2000, 10.098/2000 e Decreto n. 6.949/2009), a obrigatoriedade da utilização do método Braille nas contratações bancárias estabelecidas com pessoas com deficiência visual encontra lastro, para além da legislação consumerista *in totum* aplicável à espécie, no próprio princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

2.1 A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência impôs aos Estados signatários a obrigação de assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais pelas pessoas portadoras de deficiência, conferindo-lhes tratamento materialmente igualitário (diferenciado na proporção de sua desigualdade) e, portanto, não discriminatório, acessibilidade física e de comunicação e informação, inclusão social, autonomia e independência (na medida do possível, naturalmente), e liberdade para fazer suas próprias escolhas, tudo a viabilizar a consecução do princípio maior da Dignidade da Pessoa Humana.

2.2 Valendo-se das definições trazidas pelo Tratado, pode-se afirmar, com segurança, que a não utilização do método braille durante todo o ajuste bancário levado a efeito com pessoa portadora de deficiência visual (providência, é certo, que não importa em gravame desproporcional à instituição financeira), impedindo-a de exercer, em igualdade de condições com as demais pessoas, seus direitos básicos de consumidor, a acirrar a inerente dificuldade de acesso às correlatas informações, consubstancia, a um só tempo, intolerável discriminação por deficiência e inobservância da almejada "adaptação razoável".

2.3 A adoção do método Braille nos ajustes bancários com pessoas portadoras de deficiência visual encontra lastro, ainda, indiscutivelmente, na legislação consumerista, que preconiza ser direito básico do consumidor o fornecimento de informação suficientemente adequada e clara do produto ou serviço oferecido, encargo, é certo, a ser observado não apenas por ocasião da celebração do ajuste, mas também durante toda a contratação. No caso do consumidor deficiente visual, a consecução deste direito, no bojo de um contrato bancário de adesão, somente é alcançada (de modo pleno, ressalta-se), por meio da utilização do método braille, a facilitar, e mesmo a viabilizar, a integral compreensão e reflexão acerca das cláusulas contratuais submetidas a sua apreciação, especialmente aquelas que impliquem limitações de direito, assim como dos extratos mensais, dando conta dos serviços prestados, taxas cobradas, etc.

2.4 O Termo de Ajustamento de Conduta, caso pudesse ser conhecido, o que se admite apenas para argumentar, traz em si providências que, em parte convergem, com as pretensões ora perseguidas, tal como a obrigação de envio mensal do extrato em Braille, sem prejuízo, é certo, de adoção de outras medidas destinadas a conferir absoluto conhecimento das cláusulas contratuais à pessoa portadora de deficiência visual. Aliás, a denotar mais uma vez o comportamento contraditório do recorrente, causa espécie a instituição financeira assumir uma série de compromissos, sem que houvesse - tal como alega - lei obrigando-a a ajustar seu proceder.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem perfilhado o posicionamento de ser possível, em tese, a configuração de dano extrapatrimonial coletivo, sempre que a lesão ou a ameaça de lesão levada a efeito pela parte demandada atingir, sobremodo, valores e interesses fundamentais do grupo, afigurando-se, pois, descabido negar a essa coletividade o ressarcimento de seu patrimônio imaterial aviltado.

3.1 No caso, a relutância da instituição financeira demandada em utilizar o método Braille nos contratos bancários de adesão estabelecidos com pessoas portadoras de deficiência visual, conferindo-se-lhes tratamento manifestamente discriminatório, tem o condão de acirrar sobremaneira as inerentes dificuldades de acesso à comunicação e à informações essenciais dos indivíduos nessa peculiar condição, cuja prática, para além de consubstanciar significativa abusividade contratual, encerrar verdadeira afronta à dignidade do próprio grupo, coletivamente considerado.

4. Não obstante, consideradas: i) a magnitude dos direitos discutidos na presente ação, que, é certo, restaram, reconhecidamente vilipendiados pela instituição financeira recorrente; ii) a reversão da condenação ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, a ser aplicado em políticas que fulminem as barreiras de comunicação e informação enfrentadas pelas pessoas portadoras de deficiência visual, o que, em última análise, atende ao desiderato de reparação do dano; iii) o caráter propedêutico da condenação; e iv) a capacidade econômica da demandada; tem-se que o importe da condenação fixado na origem afigura-se exorbitante, a viabilizar a excepcional intervenção desta Corte de Justiça.

5. A fixação a título de astreintes, seja de montante ínfimo ou exorbitante, tal como se dá na hipótese dos autos, importa, inarredavelmente, nas mesmas consequências, quais sejam: Prestigiar a conduta de recalcitrância do devedor em cumprir as decisões judiciais, além de estimular a utilização da via recursal direcionada a esta Corte Superior, justamente para a mensuração do valor adequado. Por tal razão, devem as instâncias ordinárias, com vistas ao consequentialismo de suas decisões, bem ponderar quando da definição das astreintes.

6. A sentença prolatada no bojo da presente ação coletiva destinada a tutelar direitos coletivos *stricto sensu* - considerada a indivisibilidade destes - produz efeitos em relação a todos os

Nesse sentido, pode-se dizer que o acesso à justiça, de acento constitucional (art. 5º, XXXV), é um princípio essencial ao funcionamento do Estado de Direito. Isso porque um Estado que assim se organiza, baseado nesse primado, “deve assegurar, em todas as suas funções, isonomia substancial aos cidadãos. No campo da jurisdição, esse dever de igualdade se demonstra, exatamente, pela garantia de acesso à Justiça” (PINHO; STANCI, 2016, p. 18).

A par de toda essa discussão, há de se lembrar da bela e lúcida lição de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, iniciada em Florença, na Itália, durante a década de 1960, conhecida como as três ondas renovatórias de acesso à justiça. De acordo com estes autores, a primeira onda se liga à problemática envolvendo o acesso à justiça pelas pessoas mais pobres, a segunda onda se preocupa com a representação jurídica relacionada à proteção de interesses difusos, enquanto a terceira volta-se, ao enfoque do aprofundamento do acesso à justiça. É interessante observar, ainda, que nenhuma destas “ondas renovatórias” implica a exclusão de uma ou de outra, ao contrário, todas elas são desdobramentos interligados da primeira, formando aí um todo contínuo de ampliação (CAPPELLETTI, 1988, p. 31).

Contudo, apesar da ampla dimensão que o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal tomou nestes últimos anos, deve-se perceber que, a exemplo de quaisquer outros direitos fundamentais, não é ele também alçado à condição de absoluto. Assim, desse breve enunciado

[...] se têm extraído premissas, garantias, deveres, direitos, enfim, proposições diversas, constando-se, dentre essas ilações exacerbadas: a garantia de acesso à Justiça, a universalidade da jurisdição, a ubiquidade da justiça, tudo, ao fim e ao cabo, estimulando o demandismo judiciário e por pouco não convertendo o direito de ação em [...] *dever de ação!* (MANCUSO, 2015, p. 205).

O direito de ação diante de uma judicialidade plena, percebida no contexto do Estado democrático de direito, acabou assumindo, nos últimos anos, uma condição de dogma por ter sido, em diferentes variáveis, estudado sob o enfoque de manifestação da cidadania ou como forma de participação na gestão da coisa pública através da jurisdição. Tal abordagem, ao invés de contribuir para o aprimoramento da prestação jurisdicional, acabou gerando uma cultura demandista em nossa sociedade que enxerga o processo sob uma perspectiva adversarial, gerando aí um desestímulo à busca de mecanismos alternativos como novas modalidades de acesso à justiça. É possível citar, como um exemplo desta triste constatação, o exacerbado

consumidores portadores de deficiência visual que litigue ou venha a litigar com a instituição financeira demandada, em todo o território nacional. Precedente da Turma. 7. Recurso especial parcialmente provido”.

número de processos que tramitam, ou melhor, não tramitam, pelas estruturas do Judiciário brasileiro.

Outra instigante questão a respeito do não absolutismo do direito de acesso à justiça está relacionada ao fato de que, por melhor que esteja amparada a pretensão jurídica do autor da demanda, haverá aí, no âmbito de sua pretensão judicializada, uma ampla abertura de ônus, riscos e incertezas que, ao final do desfecho proporcionado, geraram certo distanciamento entre aquilo que foi pedido inicialmente com aquilo que, efetivamente, foi concedido.

Para Rodolfo de Camargo Mancuso (2015, p. 231), o acesso à justiça, previsto no inc. XXXV do art. 5º da CF/88, “não se traduz, nem implica, direta ou indiretamente, em qualquer laivo de *monopólio estatal* na distribuição da justiça, até porque esta tarefa é, cada vez mais, praticada por outros agentes, órgãos e instâncias”, como por exemplo as que já ocorriam desde a época da vigência do revogado CPC de 1973, tais como o divórcio e o inventário extrajudicial de pessoas maiores e capazes e sem filhos menores introduzidos pela Lei 11.441/2007; e a desjudicialização do procedimento de registro de nascimento, após decorrido o prazo legal, no lugar de residência do interessado, com base na Lei 11.790/2008.

No Novo CPC, este movimento de retirada do protagonismo do Judiciário está presente também em alguns de seus dispositivos, tais como o art. 384, ao estabelecer que a existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, por meio de ato lavrado por tabelião; o art. 571, ao permitir que a demarcação e a divisão possam ser realizadas por escritura pública, desde que maiores, capazes e concordes todos os interessados; e ainda o art. 703, § 2º, que autoriza a homologação do penhor legal pela via extrajudicial.

Não menos importante é a Reforma do Judiciário que, por meio da EC 45/2004, criou o Conselho Nacional de Justiça, órgão de planejamento e controle do Judiciário, que possui um grande papel na sua reestruturação e que financia pesquisas voltadas para uma maior transparência aos órgãos jurisdicionais brasileiros, tais como o Relatório “Justiça em Números” e ‘os 100 maiores litigantes’, que trazem dados estatísticos referentes à prestação jurisdicional no país, evidenciando os desafios ainda existentes para um acesso amplo e democrático à Justiça” (MASAHIKO *et al.*, 2015, p. 20).

Outra importante contribuição do Conselho Nacional de Justiça, que aqui não pode ser olvidada, é a sua Resolução 125, de 29 de novembro de 2010, que instituiu uma nova política judiciária nacional de tratamento dos conflitos de interesses ao atualizar o conceito de acesso à



justiça como acesso à ordem jurídica justa. É assegurado a todas as pessoas o direito à solução dos seus casos por meios mais adequados e não apenas através de processos contenciosos, com a utilização de instrumentos consensuais pautados pela técnica de mediação e conciliação.

Nesse sentido, como aqui pode ser percebido, deve-se mudar, da melhor e mais rápida maneira possível, a atual mentalidade demandista que circunda a prática jurídica brasileira, de modo que se reconheça que a decisão judicial, em muitos casos, nem sempre será a melhor maneira possível de resolução de conflitos. Pelo menos esta é uma das pretensões da Lei 13.105/2015 ao revelar, na sua Exposição de Motivos, item 2, o seguinte:

Pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz.

Diante de todo esse ambiente, se faz necessário revisar algumas categorias que compõem o direito fundamental de acesso à justiça, sem lhe diminuir, obviamente, a efetividade, mas sim conferindo a ele um sentido mais contemporâneo pautado pelas novas técnicas de desjudicialização dos conflitos, sob pena de transformá-lo em um autêntico direito fundamental absoluto.

372

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos dias de hoje, concordando-se ou não com as concepções filosóficas, ideológicas ou sociais do neoconstitucionalismo e a reboque do neoprocessualismo, o fato é que o atual momento em que se encontra o Direito Constitucional, dotado de força normativa que renovou praticamente a forma de se interpretar quase todas as categorias infraconstitucionais do direito infraconstitucional (em especial o direito processual objeto deste trabalho), é uma realidade a qual não se pode fechar os olhos.

Neste sentido, o estudo buscou abordar o avanço da interpretação constitucional sobre o processo civil contemporâneo, frente às transformações trazidas e exigidas pelas novas regras processuais. Por conta do avanço da jurisdição constitucional, desenvolvida no Brasil após a promulgação da Constituição Federal de 1988, conduziu-se este trabalho dentro de uma reflexão acerca dos cuidados que devem ser tomados pelo fato do Direito estar assentado numa



boa dose de tradição, devendo a nova onda renovadora ser submetida a um intenso processo reflexivo sob pena de ser considerada como um mero modismo. O juiz do Estado Constitucional, precisa ter introjetado a carga axiológica contida nas normas fundamentais constitucionais em franco diálogo com a leis infraconstitucionais.

No contexto delineado nos capítulos deste trabalho, verificou-se, assim, a relação entre Direito Constitucional e Direito Processual, onde a jurisdição constitucional também se realiza em boa parte através do direito processual civil, que pode ser considerado como seu fiel instrumento num Estado Democrático de Direito. Nota-se que as tradicionais concepções desta seara jurídica sofreram várias transformações nas últimas décadas por conta da percepção de que várias delas não davam mais conta de oferecer uma resposta à altura diante dos novos conflitos sociais que surgiam.

Neste sentido, é possível notar uma mudança no enfoque do estudo da relação entre processo e direito material, ou melhor dizendo, entre processo, direito material, e, agora, Constituição. Se num primeiro instante havia a preocupação do acesso à justiça aos menos favorecidos, em seguida, com a era da sua instrumentalidade perquirida ainda pela sua real efetividade, uma das grandes questões que a atormenta atualmente é o da sua devida adequação.

Em breve análise destes desdobramentos no tocante ao estudo do acesso à justiça, percebe-se que um dos grandes desafios a serem enfrentados pelos profissionais do Direito do século XXI será o da mudança da cultura demandista para o das práticas desjudicializantes, tais como a arbitragem, a mediação e a conciliação, os divórcios extrajudiciais e usucapião administrativa, dentre outras previstas em legislações processuais extravagantes, em resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e também, como visto, nas regras e princípios trazidos pelo novo diploma processual civil que, neste aspecto ampliou ainda mais o acesso à justiça desatrelado da via judicial.

Conclui-se que o neoprocessualismo pode dar concretude a um projeto de rompimento das correntes aprisionadoras do positivismo e do exacerbado formalismo jurídico ao utilizar o direito processual como um de seus meios mais adequados para se atingir uma justiça justa e efetiva, realizadora de direitos fundamentais materiais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores. 2008.

ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e Processo. Posições processuais equilibradas e unidade do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro – Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva. 2003.

ÁVILA, HUMBERTO. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15º ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Malheiros Editores. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 5º ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional. *Revista Quaestio Iuris*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, vol. 02, nº 1, Rio de Janeiro. 2006, p. 1-48.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2º ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do Processo no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 abr. 2018.

_____. *Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990*. Código de defesa do consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 11 abr. 2018.

_____. *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. 2002. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 11 abr. 2018.

_____. *Lei nº 13105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. 2015. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 11 abr. 2018.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil. Volume Único*. Saraiva: São Paulo. 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2º ed. revista e atualizada. São Paulo: Grupo Gen – Atlas. 2016.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judicial*. São Paulo: Almedina. 2016.

CANOTILHO, J. J Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7º ed. Coimbra: Editora Almedina. 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor. 1988.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. vol. I. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 17º ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora Juspodivm. 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do Processo civil*. 2º ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores. 2004.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 11º ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2003.

DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura Novit Curia e Causa de Pedir. O juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1991.

JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e Sistematização*. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça. Condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil, v. I*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015.

_____. *Curso de Processo Civil, v. I - Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015.

MASAHIKO Omura (General Reporter). GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; SALLES, Carlos Alberto de; GABBAY, Daniela Monteiro; LAGRASTA, Valeria. *Conferência*

de Seoul 2014. *Constituição e Processo – Acesso efetivo à justiça: o direito de acesso à justiça e responsabilidades públicas*. Revista de Processo. vol. 250. ano 40. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, dez. 2015, p. 20. (p. 17-31).

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 12. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. Salvador: Editora Juspodivm. 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto de. O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER Jr., Fredie (Org.). *Teoria do Processo – panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. Salvador: Editora Juspodivm. 2008.

PASQUALOTO, Adalberto; PFEIFER, Roberto A. C., coordenadores: *Direito Civil e Direito do Consumidor – Princípios. Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. Convergências e Assimetrias. Biblioteca do Consumidor- vol. 26*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; STANCI, Maria Martins Silva. A ressignificação do princípio de acesso à Justiça à luz do art. 3º do CPC/2015. *Revista de Processo*. Vol. 254. ano 41. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abr. 2016, (p. 17-44).

ROSEVALD, Nelson. *Dignidade Humana e boa-fé no Código Civil*. Saraiva: São Paulo. 2005.

TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2012.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Leituras complementares de Direito Constitucional – Teoria da Constituição*. Marcelo Novelino (org.) Salvador: Editora Juspodivm. 2009, (p. 31-67).

_____. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2º ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2006.

RODRIGUES, Rafael Ribeiro; THAMAY, Rennan Faria Krüger. *Uma primeira análise constitucional sobre os princípios no Novo CPC*. In: Novo CPC doutrina selecionada, v. 1: parte geral. Coordenador geral, Fredie Didier Júnior; organizadores, Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. Salvador: Editora Juspodivm. 2016.

SOUZA, Miguel Teixeira. *Aspectos do novo processo civil português*. Revista de Processo, v. 86. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1997.

TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo. Dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016.

ZANETI JR., Hermes. Teoria Circular dos planos (Direito Material e Direito Processual). Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito material e processo. In: DIDIER Jr., Fredie (Org.) *Leituras Complementares de Processo Civil*. 6. ed., rev. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm. 2008.

Submissão: 07/06/2018
Aceito para Publicação: 31/12/2018



OS INTERESSES DIFUSOS NAS DISPENSAS COLETIVAS NO BRASIL APÓS A REFORMA TRABALHISTA

THE DIFFUSE INTERESTS IN COLLECTIVE LAYOFFS IN BRAZIL AFTER THE LABOR REFORM

Rodrigo Wasem Galia*

RESUMO: Este artigo aborda a questão das demissões coletivas, tema que ganha novos contornos após a Reforma Trabalhista operada pela Lei 13.467/2017. A metodologia adotada foi dedutiva, com base em uma abordagem teórica nacional e internacional. Em termos de sínteses conclusivas, argumenta-se que tais demissões em massa envolvem não só os trabalhadores, mas a sociedade em geral, tornaram-se problemas mundiais de pós-modernidade, onde a complexidade prevalece, em que a inadequação é mais profunda e mais séria entre os conhecimentos separados e fragmentados entre as disciplinas, inclusive as legais, e, por outro lado, realidades ou problemas que aumentam a nível multidimensional e global. O impacto das interrupções múltiplas dos contratos de trabalho atinge uma certa porcentagem dos trabalhadores de uma determinada empresa e acaba gerando uma perda coletiva de empregos, excluindo milhares de trabalhadores do mercado de trabalho.

ABSTRACT: This article address the issue of collective dismissals, subject that has gained new contours after the Labor Reform under Law 13.467 / 2017. The methodology adopted was deductive, based on a national and international theoretical approach. In terms of conclusive syntheses, it is argued that such mass layoffs involve not only workers, but society in general, have become world problems of postmodernity, where complexity prevails, where inadequacy is deeper and more serious between disciplines, including legal disciplines, and, on the other hand, realities or problems that increase at the multidimensional and global level. The impact of multiple terminations in employment contracts reaches a certain percentage of workers in a particular enterprise and ends up generating a collective loss of jobs excluding thousands of workers from the labor market.

PALAVRAS-CHAVE: Dispensas. Interesses. Difusos. Professores.

KEYWORDS: Dispenses. Interests. Diffuse. Teachers.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Cotejo entre o trabalho como fundamento axiológico da República Federativa do Brasil e as dispensas coletivas. 2 Classificação dos Direitos Fundamentais. 3 A ordem econômica e o Princípio da Dignidade Humana do Trabalhador. 4 Vinculação do Direito do Trabalho com o Direito Empresarial. 5 A tutela de direitos transindividuais (coletivos lato sensu): direitos difusos e coletivos e importância para as reflexões acerca da dispensa em massa. 6 As Dispensas Coletivas – Análise Jurisprudencial. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

É preciso proteger os empregados de uma determinada categoria profissional contra a perda coletiva do emprego, operada através de uma dispensa em massa. Ainda mais porque o direito ao trabalho é um direito fundamental social, que precisa de políticas públicas para a sua implementação.

* Doutor e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Professor Adjunto de Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e de Direito Previdenciário da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Maria, Rio Grande do Sul. Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Verbo Jurídico e Unochapecó, Santa Catarina.

Mas mais que garantir o acesso ao emprego, deve o Estado permitir a proteção ao emprego já conquistado. Ainda mais no que tange aos professores, caso em que se analisará no presente artigo, partindo-se do cotejo entre as dispensas em massa e os interesses difusos por elas atingidos, dada a essencialidade do trabalho na efetivação da dignidade da pessoa humana.

1 COTEJO ENTRE O TRABALHO COMO FUNDAMENTO AXIOLÓGICO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E AS DISPENSAS COLETIVAS

O trabalho é, sem dúvida, meio de sobrevivência, mas também é fonte privilegiada de identidade pessoal, na medida em que a pessoa age e atua, superando desafios e obstáculos proporcionados pelo trabalho. Num sistema capitalista, a inclusão social de um indivíduo está interligada ao que faz, ao que produz, ao seu trabalho, ao fim e ao cabo.

No Estado Democrático de Direito, o trabalho deve ser encarado como manifestação da personalidade; é atividade que se pode exercer com liberdade e dignidade, limitado pela capacidade profissional. O trabalho, nessa medida, realiza o indivíduo como pessoa, e é fundamento para o desenvolvimento humano, econômico e como base do bem-estar e da justiça sociais.¹

A Constituição Federal de 1988 elege o *valor social do trabalho* ao definir a base fundamental da República, no art. 1º, III e IV, ao lado da *livre iniciativa*. No art. 193 da Carta Magna, o valor social do trabalho é posto em categoria superior aos demais valores que a *Ordem Social* procura preservar. A tutela Constitucional ao trabalho efetiva o Estado Democrático de Direito, ao garantir, com tal proteção ao trabalho, a dignidade da pessoa e sua possibilidade de inclusão social. Essa é a razão pela qual a atual Constituição, antes de elencar o *valor social do trabalho* e a *livre iniciativa* como fundamentos da República, arrolou o fundamento que se qualifica como *ratio* dos direitos sociais: *a dignidade da pessoa humana*.²

Na busca da proteção ao emprego, é preciso esclarecer o que se entende por despedida coletiva. A legislação brasileira não trata de dispensa em massa, nem estabelece conceito no

¹ GALIA, Rodrigo Wasem. Função social da empresa e pleno emprego: uma análise hermenêutica na busca da efetivação dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito da Faculdade Dom Alberto*. v. 1, n. 1 (out. 2010). Santa Cruz do Sul: Faculdade Dom Alberto, 2010. p. 292.

² GALIA, Rodrigo Wasem. Função social da empresa e pleno emprego: uma análise hermenêutica na busca da efetivação dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito da Faculdade Dom Alberto*. v. 1, n. 1 (out. 2010). Santa Cruz do Sul: Faculdade Dom Alberto, 2010. p. 292.

sentido do que é tal ruptura contratual. Não há proibição em lei da dispensa coletiva ou de que a empresa tenha de tomar certas providências para assim proceder.

O artigo 1.1 da Diretiva nº 75/129 da Comunidade Econômica Europeia considera dispensa coletiva como a efetuada por um empresário, por um ou vários motivos não inerentes à pessoa do trabalhador, quando o número de dispensas no período de 30 dias corresponda a: (a) 10 empregados, cujo centro de trabalho empregue, habitualmente, entre 20 a 100 trabalhadores; (b) 10% do número de empregados, nos centros de trabalho que empreguem habitualmente entre 100 a 300 trabalhadores; (c) 30 empregados, nos centros de trabalho que empreguem habitualmente o mínimo de 300 trabalhadores; (d) ou 20 empregados, seja qual for o número de trabalhadores habitualmente empregados nos centros de trabalho afetados, desde que a dispensa se verifique dentro de um período de 90 dias. Trata-se de um conceito complexo.³

Tem característica subjetiva quando faz referência à resolução unilateral do empresário e qualitativa, quando menciona os motivos da dispensa, e quantitativa, quando faz referência ao número de trabalhadores afetados. Leciona Nelson Mannrich que não foram instituídas sanções no caso do descumprimento da diretiva. Dessa forma, é da competência dos Estados-membros regular a questão, providenciando para que os representantes dos trabalhadores disponham de procedimentos administrativos e/ou judiciais para exigir o cumprimento das obrigações estabelecidas na diretiva.⁴

Outra característica que está associada a dispensa coletiva são os reflexos ou os desdobramentos dessa modalidade de despedida, os quais trazem efeitos além da esfera particular, até mesmo sobre uma determinada ordem econômica, dependendo de sua amplitude e mesmo na rotina de vida de uma comunidade. Importante referir que o instituto da dispensa coletiva advém de modificações na organização do trabalho, quer por implementos tecnológicos ou por motivos econômicos que têm por fito a diminuição de postos de trabalho. Assim, é oriunda de uma razão que não está ligada a quaisquer condutas por parte dos empregados afetados e na qual não há aspiração a substituição da massa envolvida.⁵⁻⁶

³ MANNRICH, Nelson. *Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*. São Paulo: LTr, 2000. p. 231.

⁴ MANNRICH, Nelson. *Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*. São Paulo: LTr, 2000. p. 231.

⁵ ZAVANELLA, Fabiano. *Dos direitos fundamentais na dispensa coletiva*. São Paulo: LTr, 2015. p. 28.

⁶ ZAVANELLA, Fabiano. *Dos direitos fundamentais na dispensa coletiva*. São Paulo: LTr, 2015. p. 28.

Dessa forma, Nelson Mannrich defende que, embora haja omissão do legislador em disciplinar as dispensas coletivas, sempre se registrou o fenômeno, envolvendo grande número de empregados dispensados por fatores vinculados à situação econômica da empresa, do setor ou da atividade em geral, assim como em decorrência de causas tecnológicas ou financeiras. Nesse contexto, a dispensa coletiva é a ruptura diferenciada do contrato de trabalho de natureza objetiva, de iniciativa patronal, decorrente de causas homogêneas que, durante um determinado período de tempo, atingem certo número de trabalhadores.⁷

Orlando Gomes ressalta que é possível verificar as seguintes condições para a configuração da dispensa coletiva: (i) presença de uma motivação; (ii) que tal motivação seja de ordem objetiva (do empregador); (iii) em virtude de tal motivação uma gama de empregados será afetada com a rescisão de seus respectivos contratos individuais de trabalho; (iv) que tal rescisão pode se dar durante um lapso de tempo ou simultaneamente; (v) que não há ou haverá interesse da empresa em trocar os empregados afetados.⁸ Diferentemente do que ocorre na dispensa plúrima, quando numa empresa se verifica uma série de despedidas singulares ou individuais, ao mesmo tempo, tendo estas despedidas motivos relativos à conduta de cada empregado dispensado.

Se a dispensa coletiva de trabalhadores se dá inicialmente no plano coletivo,⁹ relaciona-se com os chamados direitos difusos, indeterminados, pois todos os trabalhadores, já na iminência de ocorrer uma despedida em massa, sentem medo de perder o emprego, de perder o seu lugar no mundo, pondo em xeque a condição social tutelada na Carta Maior (direito ao emprego como um direito social – art. 6º, *caput*, da Constituição Federal de 1988). Provavelmente não sejam somente os trabalhadores despedidos os prejudicados, mas os não

⁷ MANNRICH, Nelson. *Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*. São Paulo: LTr, 2000. p. 555.

⁸ GOMES, Orlando. Dispensa coletiva na reestruturação da empresa. *Revista LTR*, São Paulo, v. 38, n. 7, jul. 1974. p. 575.

⁹ Na parte da obra em que trata do questionamento da dicotomia “público-privado”, Rodolfo de Camargo Mancuso adverte que: “O reconhecimento da insuficiência da dicotomia “público-privado” tem por base o fato de que, na verdade, há uma interação firme e constante entre esses dois termos, a impedir que sejam postos em compartimentos estanques”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 50.

despedidos também, porque poderão ser os próximos, a ameaça está no ar, a complexidade do mundo pós-moderno não pode mais garantir a certeza de nada na fluidez das relações.¹⁰⁻¹¹

Os laços entre os seres humanos estão desfeitos. O individualismo impera na incerteza. O desempregado torna-se a “sujeira” do mundo Pós-Moderno, pois fica fora de lugar, deixa de pertencer ao mundo, passa a ocupar um lugar que ninguém quer pertencer ou estar. Tudo é descartável, até mesmo a mão de obra humana. Mais do que isso, os familiares, dependentes destes trabalhadores que foram descartados, também serão afetados pela dispensa, em mais de uma esfera: econômica, social, cultural.¹²

¹⁰ Foi o que aconteceu na crise da IESA, em Charqueadas/Rio Grande do Sul. O Ministério Público do Trabalho ingressou com Ação Civil Pública para suspender as dispensas anunciadas (dispensa em massa) sem qualquer negociação coletiva prévia sob o argumento da inconstitucionalidade e da ilegalidade da postura patronal. Arguiu o Ministério Público da 4ª Região (Santa Cruz do Sul) que havia necessidade de suspensão imediata da dispensa coletiva anunciada para o dia 24 de novembro de 2014. Segundo o representante do MPT da 4ª Região que ingressou com a ação civil pública, Bernardo Mata Schuch, “importante enfatizar que a Ação Civil Pública é o *locus* ideal para tutelar questões como a que vem carreada neste processo, haja vista que estamos diante de direitos eminentemente difusos, cuja violação se projeta para inúmeras dimensões da coletividade. Registre-se, por derradeiro, que a questão da dispensa em massa requer reflexão acurada e sistematizada. O que o Ministério Público do Trabalho propõe é a busca de uma solução que minimize o impacto da medida brusca que açoita os trabalhadores dispensados, gerador de múltiplos efeitos nefastos. O MPT entende que o trabalhador deve ser respeitado sempre, em qualquer município ou unidade federativa do país, pois isto é o que dá azo à construção de uma sociedade igualitária, que garante o desenvolvimento nacional, que reduz a desigualdade social e regional e que, por derradeiro, promove o bem de todos, tudo conforme os fundamentos da República Federativa do Brasil”. VERBAS RESCISÓRIAS: Petrobras e IESA têm contas bloqueadas diante de risco de demissões. Revista *Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/acp-mpt-rs-demissoes-iesa.pdf>. Acesso em 30 de maio de 2018.

¹¹ O desemprego é uma impureza, indesejável em qualquer contexto. Nesse sentido: “Há, porém, coisas para as quais o “lugar certo” não foi reservado em qualquer fragmento da ordem preparada pelo homem. Elas ficam “fora do lugar” em toda a parte, isto é, em todos os lugares para os quais o modelo de pureza tem sido destinado. O mundo dos que procuram a pureza é simplesmente pequeno demais para acomodá-las. Ele não será suficiente para muda-las para outro lugar: será preciso se livrar delas uma vez por todas – queimá-las, envenená-las, despedaçá-las, passa-las a fio de espada. Mais frequentemente, estas são coisas móveis, coisas que não se cravarão no lugar que lhes é designado, que trocam de lugar por sua livre vontade. A dificuldade com essas coisas é que elas cruzarão as fronteiras, convidadas ou não a isso. Elas controlam a sua própria localização, zombam, assim, dos esforços dos que procuram a pureza “para colocarem as coisas em seu lugar” e, afinal, revelam a incurável fraqueza e instabilidade de todas as acomodações. Baratas, moscas, aranhas ou camundongos, que em nenhum momento podem resolver partilhar um lar com os seus moradores legais (e humanos) sem pedir permissão aos donos, são por esse motivo, sempre e potencialmente, hóspedes não convidados, que não podem, desse modo, ser incorporados a qualquer imaginável esquema de pureza”.

¹¹ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução de Mauro Gama e de Cláudia Martinelli Gama. Revisão técnica de Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. p. 14-15.

¹² Conforme aduz Ingo Wolfgang Sarlet: “Em síntese, firma-se aqui posição em torno da tese de que – pelo menos no âmbito do sistema constitucional positivo brasileiro – todos os direitos, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam eles sediados no Título II da CF (dos direitos e garantias fundamentais) ou mesmo localizados em outras partes do texto constitucional, são direitos fundamentais. Aliás, a própria orientação adotada pelo STF em matéria de direitos sociais tem sido sensível, neste particular, ao reconhecimento de que os direitos sociais são direitos fundamentais, o que também tem sido o caso do direito ao trabalho e dos diversos direitos dos trabalhadores (como no caso emblemático do direito de greve dos servidores públicos), seja em virtude da afirmação de tal condição no caso de alguns direitos dos trabalhadores, seja pelo fato de que por ora não se encontram decisões do STF que tenham refutado a condição fundamental a algum dos direitos consagrados no

A efetividade de proteção ao emprego é o que está em xeque na pós-modernidade: seja nas dispensas individuais, seja nas dispensas coletivas. É a questão social do trabalho, até que ponto o trabalho recebe tutela efetiva a partir de sua análise como um direito fundamental social, no viés constitucionalizado do direito do trabalho. O importante é proteger o emprego, já que a dispensa coletiva atinge interesses difusos, cuja tutela só começou a se implementar na terceira dimensão dos direitos fundamentais sociais, no desafio pós-moderno de efetivação do princípio da solidariedade social. Tais interesses difusos também não se circunscrevem mais como puramente públicos ou privados.

Rodolfo de Camargo Mancuso preleciona que:

O reconhecimento da insuficiência da dicotomia “público-privado” tem por base o fato de que, na verdade, há uma interação firme e constante entre esses dois termos, a impedir que sejam postos em compartimentos estanques. Essa constatação salta aos olhos, bastando observar que, de fato, o “coletivo”, o “geral”, o “público”, não são noções abstratas, mas haurem sua significação a partir da síntese dos interesses individuais nelas agrupados; de modo que um interesse é “metaindividual” quando, além de depassar o círculo de atributividade individual, corresponde à síntese dos valores predominantes num determinado segmento ou categoria social.

Em outras palavras, a realidade é muito complexa e seus elementos estão constantemente interagindo, de modo que não se pode enquadrar todo esse fenômeno na polarização entre público e privado. O “temido” terceiro termo de há muito está presente na sociedade, formado de elementos que depassam esse sinônimo. Há, portanto, uma zona cinzenta entre aqueles dois polos, facilmente constatável quando refletimos sobre alguns exemplos: o direito de propriedade, em princípio, concerne ao interesse individual; mas, já há algum tempo se construiu a teoria da propriedade como função social; um sindicato operário, em princípio, protege os interesses individuais dos trabalhadores, mas, fazendo-o, tutela, também, o direito ao trabalho, que é uma liberdade pública.¹³ (grifos do autor)

A extinção da estabilidade decenal tornou o emprego descartável, pela lógica da compensação financeira (regime do FGTS) em troca do posto de trabalho do antigo regime. Operou o término da estabilidade decenal e triunfo do regime do FGTS no regime celetista.

Título II da CF. Aliás, justamente o já referido exemplo do direito de greve dos servidores públicos revela que o STF tem inclusive reconhecido (como fundamentais) direitos dos trabalhadores que não foram, por expressa disposição do constituinte originário, incluídos no elenco do Título II da CF,...”. SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (coordenadores). *Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 26-27.

¹³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 50.

2 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II *os direitos e garantias fundamentais*, subdividindo-os em cinco capítulos, quais sejam: *direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos*. Portanto, direitos e garantias fundamentais trata-se de gênero, estabelecendo o legislador constituinte espécies, quais sejam, direitos e garantias individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos.¹⁴

Modernamente, a doutrina, dentre vários critérios, tem classificado os direitos fundamentais em geração de direitos, ressaltando que a doutrina mais atual, utiliza-se da expressão “dimensões” dos direitos fundamentais, a exemplo de Ingo Wolfgang Sarlet¹⁵, o qual entende que tais direitos são classificados como direitos fundamentais de segunda dimensão, não englobando apenas direitos de cunho positivo, mas também as liberdades sociais, a exemplo da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, etc.

Conforme leciona Pedro Lenza, os direitos fundamentais classificam-se (seja em geração ou dimensão) da seguinte forma: i) Direitos Humanos de primeira geração: Dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos a traduzirem o valor de liberdade; ii) Direitos Humanos de segunda geração: Trata-se dos direitos sociais, culturais e econômicos, correspondendo aos direitos de igualdade. Tais direitos foram conquistados em razão das péssimas situações e condições de trabalho, as quais eclodiram vários movimentos buscando reivindicações trabalhistas e normas de assistência social; iii) Direitos Humanos de terceira geração: Essa geração de direitos foi marcada pela profunda alteração da sociedade, em virtude de profundas mudanças na comunidade internacional (sociedade de massa, crescente desenvolvimento tecnológico e científico), principalmente nas relações econômico-sociais. Surgem, pois, novos problemas e preocupações mundiais, tais como a necessária noção de preservação ambiental e as dificuldades para proteção dos

¹⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24. Ed. 2. Reimpr. São Paulo: Atlas, 2009, p. 31.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed.rev. Atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 56.

consumidores, entre outros. Nessa dimensão de direitos, destaca-se os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, os quais englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e outros direitos difusos.¹⁶⁻¹⁷

Conforme orientação de Norberto Bobbio, os direitos humanos de quarta geração essa geração de direitos refere-se aos avanços no campo da engenharia genética, posto que colocam em risco a própria existência humana, através da manipulação do patrimônio genético, apresentando novas exigências a justificar a afirmação de uma quarta geração de direitos.¹⁸

Entretanto, a fim de delimitar as discussões acerca do tema, sem pretender esgotar o assunto, posto que a análise deste trabalho focar-se-á na aplicação dos direitos fundamentais às relações de trabalho e de emprego, e, conseqüentemente, nas profundas transformações havidas na organização do trabalho em razão da globalização, flexibilização do trabalho e avanços tecnológicos, deter-se-á apenas nos direitos de segunda e terceira geração ou dimensão, comumente utilizada pelos doutrinadores modernos.

386

3 A ORDEM ECONÔMICA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA DO TRABALHADOR

A norma constitucional¹⁹ inserida no artigo 170 determina que a ordem econômica deve garantir a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, devendo, pois, buscar um equilíbrio entre esses fundamentos, conquistando, assim, a dita justiça social, sem olvidar de um de seus princípios, qual seja a busca do pleno emprego.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da

¹⁶ Cumpre informar que o momento histórico que inspirou e impulsionou tais direitos foi a Revolução Industrial européia, a partir do século XIX, bem como a Primeira Grande Guerra, a Constituição de Weimar, de 1919 (Alemanha) e, sobretudo, pelo Tratado de Versalhes, de 1919, que criou a OIT – Organização Internacional do Trabalho. LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 670.

¹⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24. Ed. 2. Reimpr. São Paulo: Atlas, 2009, p. 31-32.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 6.

¹⁹ GALIA, Rodrigo Wasem. Função social da empresa e pleno emprego: uma análise hermenêutica na busca da efetivação dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito da Faculdade Dom Alberto*. v. 1, n. 1 (out. 2010). Santa Cruz do Sul: Faculdade Dom Alberto, 2010. p. 293.

justiça social, observados os seguintes princípios: (...) VIII – busca do pleno emprego.

Assim sendo, da análise da norma referida alhures, resta claro que a dignidade da pessoa do trabalhador constitui uma das finalidades principais da ordem econômica, devendo tal princípio ser informador da própria organização do trabalho. Isto porque a norma contida no referido dispositivo aplica-se, sobretudo, aos trabalhadores no que tange à sua dignidade inserida nas relações de trabalho.²⁰

Dessa forma, condições de trabalho precárias e empregos sem perspectiva alguma de estabilidade atingem, indubitavelmente, a dignidade humana dos trabalhadores, devendo, porquanto, tal prática receber tutela jurídica, em face da violação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.²¹ Na dispensa coletiva, vários empregados perdem o seu emprego, ficando excluído da ordem econômica até que consiga nova ocupação.

Destaque-se, por oportuno, que incorporar um valor social ao trabalho humano já faz parte da história constitucional brasileira, e, portanto, o trabalho não pode, em hipótese alguma, ser assumido friamente como mero fator produtivo, pois, trata-se, em verdade, de fonte de realização material, moral e espiritual do trabalhador.²²

Ademais disso, é inegável que o trabalho engrandece e dignifica o homem, eis que abstrai dele meios materiais, bem como produz bens econômicos indispensáveis à sua subsistência, representando, portanto, uma necessidade vital e um bem indispensável para sua realização pessoal e valorização no seio de sua família e da sociedade, salientando que o trabalho, na ideologia capitalista, é essencial para o desenvolvimento econômico, político e social de uma Nação. É que, só se atinge o progresso e as exigências do mundo globalizado através da produção, distribuição e circulação de bens e serviços, razão suficiente para uma efetiva tutela jurisdicional do pleno emprego.

Destarte, a incidência dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, e, em especial, nas relações de emprego, justifica-se pelo fato de que objeto da relação de emprego é o trabalho e não o trabalhador, porém, resta impossível se desmembrar tais figuras, razão pela qual o trabalhador detém a proteção dos direitos fundamentais como cidadão e, sobretudo, como

²⁰ FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. *Assédio moral nas relações de trabalho*. 1ª ed. Campinas: Russel Editores, 2004, p. 93.

²¹ FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. *Assédio moral nas relações de trabalho*. 1ª ed. Campinas: Russel Editores, 2004, p. 93-96.

²² SILVA NETO, Manoel Jorge. *Direitos fundamentais e o contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 24.

trabalhador.²³

Nasce daí, portanto, o dever do empregador de respeitar os direitos fundamentais do empregado, tratando-o de forma digna, eis que é sujeito do contrato e também sujeito das garantias fundamentais, principalmente, no que tange à sua dignidade como pessoa.

Nesse sentido, é cristalina a inserção dos direitos fundamentais especialmente nas relações de emprego, uma vez que, além da natureza dessa relação jurídica ensejar tal penetração, há evidentemente uma necessidade de se propiciar autonomia às pessoas submetidas a um “poder privado” e de se assegurar um mínimo de dignidade para a parte hipossuficiente da relação, qual seja o trabalhador.²⁴

É importante ressaltar, por oportuno, que, em se tratando de Direito do Trabalho²⁵, viga mestra deste estudo, mesmo antes da Carta Magna de 1988, desde a criação das primeiras normas trabalhistas nas Constituições Pátrias e com o advento da Consolidação das Leis do Trabalho em 1943, o Estado já se ocupava da tarefa de intervir nas relações individuais e coletivas de trabalho, visando à proteção necessária ao trabalhador. Não é diferente no caso da proteção dos direitos trabalhistas dos professores em caso de dispensas coletivas. Passar-se-á, no próximo tópico, à vinculação do direito empresarial ao direito do trabalho.

388

4 VINCULAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO COM O DIREITO EMPRESARIAL

Reza o art. 2º caput da CLT que se considera “empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”. A CLT, ao vincular o empregador à empresa individual ou coletiva, optou por proteger o empregado e despersonalizar o empregador. Nesse sentido, o empregador pode ser empresa individual (pessoa física), ou empresa coletiva (sociedade empresarial, pessoa jurídica).

Desse modo, como a atividade empresarial é complexa, e tendo em vista a separação entre o patrimônio pessoal e o patrimônio social, geralmente acaba prevalecendo a sociedade

²³ GOES, Mauricio de Carvalho. *A equiparação salarial como instrumento garantidor da isonomia nos contratos de emprego*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 96.

²⁴ GOES, Mauricio de Carvalho. *A equiparação salarial como instrumento garantidor da isonomia nos contratos de emprego*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 99.

²⁵ GOES, Mauricio de Carvalho. *A equiparação salarial como instrumento garantidor da isonomia nos contratos de emprego*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 107.

empresarial como empregadora. Ao mesmo tempo em que é uma sociedade empresarial, é uma empregadora. Mas quem é o empregador é a pessoa jurídica, e não os seus sócios.

O art. 966 do Código Civil, por seu turno, enfatiza que se considera empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Mais uma vez, percebe-se clara interligação entre o Direito do Trabalho e o Direito Empresarial.

Do conceito acima fixado, aplicado o art. 966 do Código Civil subsidiariamente, por força do art. 8º, parágrafo único da CLT, que afirma ser o Direito Comum (civil e empresarial, neste caso, porque dentro este último daquele) fonte subsidiária do Direito do Trabalho, destaca-se em primeiro lugar o profissionalismo. Nesta senda, o empresário faz da atividade empresarial o seu ganha-pão, sua fonte de subsistência. Nesta medida, existe habitualidade no exercício da atividade empresarial. Ex: uma pessoa que vende seu próprio carro é diferente de um “picareta” de carros, que tem habitualidade e lucro, pois vive disso – portanto, é um profissional. O empregado também tem a habitualidade como uma característica sua: a não-eventualidade na prestação dos serviços.

Além disso, quando a CLT faz referência ao empregador como empresa individual, faz referência ao empregador pessoa física (pessoa natural). Já quando faz vinculação do empregador como empresa coletiva, refere-se ao empregador como pessoa jurídica.

A empresa tem caráter econômico, pois a atividade empresarial visa ao lucro, tem caráter especulativo. Pode ser que não tenha lucro, mas nem por isso deixa de ser uma empresa. Pode também entrar em falência, quando o passivo (débitos) for maior que o ativo (créditos). Mais uma vinculação do Direito do Trabalho com o Direito Empresarial.

A empresa tem que ser organizada, pois em um sistema capitalista, seguindo a doutrina comercialista de Fábio Ulhôa Coelho, são 4 (quatro) os fatores de produção. O primeiro é o capital - o dinheiro para investir no negócio. Pode ser próprio ou de terceiros (instituições financeiras, parentes, etc).

O segundo fator corresponde à mão de obra. A atividade empresarial é complexa, e por isso o empresário precisará do auxílio de empregados. A empresa é fonte de empregos, e isso é mais uma vinculação com o Direito do Trabalho. Nesse ponto, a dispensa coletiva de empregados de uma empresa interessa ao presente estudo não somente no que diz respeito à proteção ao emprego pelo direito coletivo do trabalho, mas também porque atinge direitos difusos e, com isso, o encerramento de inúmeros postos de trabalho com inúmeras rescisões

contratuais, atingindo os familiares dos dispensados, os comerciantes de toda a região, pois sem emprego as pessoas perdem o seu poder de consumo, causando retração econômica de toda uma região. As dispensas em massa geram prejuízos a toda a coletividade, atingindo a terceira dimensão de direitos fundamentais, especialmente no que tange aos interesses difusos atingidos, pois não se consegue precisar com exata precisão todos os prejudicados com a perda de inúmeros postos de trabalho (empregados dispensados, familiares desses empregados, comércio local, economia de toda uma região e até mesmo do país).

Na empresa pode-se utilizar insumos - é a matéria prima utilizada pelo empresário/empregador, em sua atividade empresarial de produção e/ou circulação de bens e de serviços. Como exemplo tem-se o dinheiro para os bancos.

E por fim, como quarto e último fator de produção, tem-se a tecnologia - na atividade empresarial, o empresário deve ter conhecimento (*know-how*) para acelerar a sua produção e aumentar a sua lucratividade. A atividade é complexa e precisa de produção. Nesse sentido, são necessárias máquinas modernas e tecnologia de ponta.

Ainda, é necessário referir que as vinculações não terminam por aqui. A falência, por exemplo, que é matéria de Direito Empresarial, tem a ver com o Direito do Trabalho.

Nesse sentido, quando a empresa entra em falência, ela será administrada por uma massa falida, através de um síndico. Os créditos trabalhistas vão ter que ser pagos em primeiro lugar, porque são créditos preferenciais, até o valor de 150 salários mínimos.

No que diz respeito à circulação de bens e de serviços, a circulação de bens é a intermediação na troca, com o intuito de lucro. Dessa forma, representa o comércio em seu sentido originário. O exemplo aqui seria o de uma loja que faz intermediação na troca entre o produtor e o consumidor. O comerciante compra para revender. E com isso obtém lucro para sobreviver e manter o negócio. Já a circulação de serviços pode ser exemplificada através de uma agência de turismo. Não produz nem bens, nem serviços, apenas faz circular os serviços já existentes, muitas vezes na forma de um pacote turístico (um pacote de viagem: reserva de hotéis, passagens de aviões, passeios turísticos locais, etc).

A produção de bens pode ser exemplificada através de uma montadora de veículos, que origina um bem novo, durável (origina algo novo, ao contrário do que acontece na circulação de bens). A produção de serviços origina serviços novos, como acontece nas instituições bancárias, seu exemplo típico. Assim, a diferença entre a produção e a circulação é a seguinte: a produção origina um produto ou serviço novo, ao passo que na circulação não há produto ou

serviço novo, apenas intermediação. O novo conceito de empresário engloba o antigo conceito de comerciante, assim como a teoria da empresa italiana, de 1946. Apesar de estar situado dentro do Código Civil, é matéria de Direito Empresarial.

5 A TUTELA DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS (COLETIVOS LATO SENSU): DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS E IMPORTÂNCIA PARA AS REFLEXÕES ACERCA DA DISPENSA EM MASSA

Quanto aos direitos fundamentais de terceira dimensão, também chamados direitos coletivos lato sensu, abrangem três espécies, que são: direitos difusos, coletivos stricto sensu e individuais homogêneos.²⁶ Esses direitos têm como propósito a proteção de pessoas indeterminadas, bem como de pessoas identificáveis que possuem uma causa em comum.

No Brasil, as três espécies estão previstas no Código de Defesa do Consumidor. Assim, os direitos difusos são tidos como transindividuais e indivisíveis, que pertencem a pessoas indeterminadas com o mesmo interesse devido a circunstâncias de um fato comum, de acordo com o art. 81, inciso I do referido diploma.²⁷ Já os coletivos *stricto sensu* são pertinentes aos direitos transindividuais e indivisíveis, pertencendo a pessoas de determinado grupo, determinada categoria ou classe, tendo previsão legal no inciso II do parágrafo único do art. 81 do *codex* salientado.²⁸ E, por sua vez, os individuais homogêneos são aqueles direitos que têm uma origem comum cujos detentores são identificáveis, como se depreende do inciso III do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor. (grifos do autor)

É preciso não confundir a defesa de direitos coletivos com a defesa coletiva de direitos (individuais). Assim sendo, os direitos coletivos são aqueles direitos subjetivamente transindividuais (isto é, sem titular determinado) e são, por essa simples defesa, materialmente indivisíveis. Os direitos coletivos permitem sua aceção no singular, inclusive para fins de

²⁶ EÇA, Vitor Salino de Moura; ROCHA, Cláudio Jannotti da. O direito ao trabalho analisado sob a perspectiva humanística: efeito corolário a uma (super) proteção na dispensa coletiva. In: BEZERRA LEITE, Carlos Henrique; EÇA, Vitor Salino de Moura (Coord.). *Direito Material e Processual do Trabalho na Perspectiva dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 2014. p. 31.

²⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interessse difusos: conceito e legitimação para agir*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 99.

²⁸ EÇA, Vitor Salino de Moura; ROCHA, Cláudio Jannotti da. O direito ao trabalho analisado sob a perspectiva humanística: efeito corolário a uma (super) proteção na dispensa coletiva. In: BEZERRA LEITE, Carlos Henrique; EÇA, Vitor Salino de Moura (Coord.). *Direito Material e Processual do Trabalho na Perspectiva dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 2014. p. 31.



tutela jurisdicional. Ou seja: embora indivisível, é possível conceber-se uma única unidade da espécie de direito coletivo. O que é múltipla (e indeterminada) é a sua titularidade, e daí a sua transindividualidade. Nessa senda, o “direito coletivo” representa a designação genérica para as duas modalidades de direitos transindividuais: tanto o difuso como o coletivo *stricto sensu*. Configura a denominação que se atribui a uma especial categoria de direito material, nascida da superação, atualmente indiscutível, da tradicional dicotomia entre interesse público e interesse privado. Consiste em direito que não compete à administração pública e nem a indivíduos particularmente determinados. Concerne, sim, a um grupo de pessoas, a uma classe, a uma categoria, ou à própria sociedade, considerada em seu significado amplo.²⁹

Os direitos ou interesses coletivos (*lato sensu*) e direitos ou interesses individuais homogêneos constituem, assim, categorias de direitos ontologicamente diferenciadas. É o que se depreende de sua conceituação na Lei nº 8.078/90, art. 81, parágrafo único. Consoante a definição dada pelo legislador, são interesses e direitos difusos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (art. 81, parágrafo único, inciso I da Lei nº 8.078, de 1990). Os interesses e direitos coletivos são aqueles transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica de base (inciso II). São direitos individuais homogêneos os decorrentes de origem comum (inciso III): direitos derivados do mesmo fundamento de fato ou de direito ou que tenham, entre si, relação de afinidade por um ponto comum de fato ou de direito.

Os direitos difusos, no que tange ao aspecto subjetivo, são transindividuais, com indeterminação absoluta dos titulares, o que significa dizer que tais direitos não têm titular individual e a ligação entre os vários titulares difusos decorre de uma mera circunstância de fato, como por exemplo, morar na mesma região. Sob o aspecto objetivo são indivisíveis, o que equivale a afirmar que não podem ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares. Como exemplo, pode-se citar o direito ao meio ambiente sadio (art. 225 da Constituição Federal de 1988).³⁰ (grifos do autor)

Aduz Rodrigo Coimbra que:

²⁹ ZAVASKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 6. ed. rev., atual. e ampl. 3. Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 34.

³⁰ ZAVASKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 6. ed. rev., atual. e ampl. 3. Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 36-37.



Na classe difusa, os objetos do direito podem ser: o patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe; a moralidade administrativa; o meio ambiente; o patrimônio histórico e cultural; as relações de consumo; as relações de trabalho; bens e direitos de valor artístico, estético, turístico e paisagístico; a ordem econômica; a ordem urbanística, entre outros.³¹

Os direitos coletivos, no que tange ao aspecto subjetivo, são transindividuais, com determinação relativa dos titulares, o que significa dizer que tais direitos não têm titular individual e a ligação entre os vários titulares coletivos decorre de uma relação jurídica-base, como por exemplo, o Estatuto da OAB. Sob o aspecto objetivo são indivisíveis, o que equivale a afirmar que não podem ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares, razão pela qual estão ao lado dos direitos difusos (por isso a expressão “direitos difusos e coletivos”). Como exemplo, pode-se citar o direito de classe dos advogados de ter representante na composição dos Tribunais (art. 94 da Constituição Federal de 1988).³² (grifos do autor)

Como aduz Vincenzo Vigoriti:

393

Uma organização ainda deve existir para que se possa falar de "coletivo", no sentido de relação de interesses estabelecidos para a realização do fim comum. Este é o elemento essencial que distingue os interesses coletivos daqueles difusos. Reconhecendo também a implementação de algumas indicações esparsas na doutrina, parece-me que a expressão interesse difuso deva ser utilizada em referência a um estágio ainda fluido do processo de agregação de interesses e deve, portanto, ser reservada para aqueles posições de vantagem reconhecidas oferecidas aos particulares pelo ordenamento, de igual conteúdo e direito também dirigidas para o mesmo fim (o mesmo bem jurídico), e, portanto, não organizado, e, também, não vinculadas por restrições que podem torná-los a perder relevância jurídica, como posição individual, para deixá-los ser elementos significativos de um interesse mais amplo.³³

³¹ COIMBRA, Rodrigo. Efetivação dos Direitos e Deveres Trabalhistas com Objeto Difuso a Partir da Constituição e da Perspectiva Objetiva dos Direitos Fundamentais. *Direitos Fundamentais & Justiça*. Porto Alegre: HS Editora, ano n. 8, n. 28, p. 104, Julho/Setembro de 2014.

³² ZAVASKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 6. ed. rev., atual. e ampl. 3. Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 36-37.

³³ “Un’organizzazione comunque deve esistere perché possa parlarsi di "collettivo", nel senso di relazione di interessi stabilita per il raggiungimento del fine comune. Questo è l’elemento essenziale che distingue gli interessi collettivi da quelli diffusi. Recependo anche alcune indicazioni sparse in dottrina, mi pare che la locuzione interessi diffusi vada usata in riferimento ad uno stadio ancora fluido del processo di aggregazione degli interessi e vada pertanto riservata a quelle posizioni di vantaggio riconosciute ai singoli dall’ordinamento, di uguale contenuto e dirette anche verso il medesimo fine (medesimo bene giuridico), epperò non organizzate, e quindi non legate da vincoli capaci di far loro perdere rilevanza giuridica, come posizione individuali, per far loro assumere rilievo come elementi di un interesse più vasto”. VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979. p. 39-40.

Em decorrência de sua natureza, os direitos difusos são insuscetíveis de apropriação individual, são insuscetíveis de transmissão, seja por ato *inter vivos*, seja *mortis causas*. Não podem ser renunciados ou transacionados. Em relação à sua defesa em juízo, essa se efetiva através de substituição processual (o sujeito ativo da relação processual não é o sujeito ativo da relação de direito material), razão pela qual o objeto do litígio é indisponível para o autor da demanda, que não poderá celebrar acordos, nem renunciar, nem confessar, nem assumir ônus probatório não fixado na Lei. E, por fim, a mutação dos titulares ativos difusos da relação de direito material se dá com absoluta informalidade jurídica, pois basta que haja alteração nas circunstâncias de fato.³⁴

Por outro lado, em decorrência de sua natureza, os direitos coletivos são insuscetíveis de apropriação individual, são insuscetíveis de transmissão, seja por ato *inter vivos*, seja *mortis causas*. Não podem ser renunciados ou transacionados. Em relação à sua defesa em juízo, essa se efetiva através de substituição processual (o sujeito ativo da relação processual não é o sujeito ativo da relação de direito material), razão pela qual o objeto do litígio é indisponível para o autor da demanda, que não poderá celebrar acordos, nem renunciar, nem confessar, nem assumir ônus probatório não fixado na Lei. E, por fim, a mutação dos titulares ativos coletivos da relação de direito material se dá com relativa informalidade jurídica, pois basta a adesão ou a exclusão do sujeito à relação jurídica-base.³⁵

No tocante aos interesses que, por natureza, são difusos, há um elemento que é complicador, que se deve ao fato de que eles não comportam aglutinação em grupos sociais definidos *a priori*. Essa indeterminação dos sujeitos deriva, em grande parte, do fato de que não existe um vínculo jurídico coalizador dos sujeitos atingidos por esses interesses:³⁶ em verdade, eles se reúnem ou se agregam ocasionalmente, em virtude de certas contingências, como o fato

³⁴ ZAVASKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 6. ed. rev., atual. e ampl. 3. Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 37.

³⁵ ZAVASKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 6. ed. rev., atual. e ampl. 3. Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 37.

³⁶ Assim: “Diversa é a situação com relação aos interesses difusos. Aqui, além da contraposição clássica indivíduo X autoridade, há um conflito de interesses de caráter meta-individual: o interesse à contenção dos custos de produção e dos preços contrapõe-se ao interesse à criação de novos postos de trabalho, à duração dos bens colocados no comércio etc. O interesse à preservação das belezas naturais contrapõe-se ao interesse da indústria edílicia, ou à destinação de áreas verdes a outras finalidades; o interesse ao transporte automobilístico não poluente e barato contrapõe-se ao interesse por um determinado tipo de combustível; o interesse à informação correta e completa contrapõe-se ao interesse político em manter um mínimo de controle sobre os meios de comunicação em massa”. GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; Benjamin, Antonio Herman; WAMBIER, Teresa Arruda e Vigoriti, Vincenzo (Organizadores). *Processo Coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 41.

de habitarem certa região, de consumirem certo produto, de viverem numa certa comunidade, por compartilharem pretensões semelhantes, por serem afetados pelo mesmo evento originário de obra humana ou da natureza.³⁷ Por exemplo, quando se refere aos interesses difusos dos usuários de automóveis, abarca-se uma indefinida massa de indivíduos das mais variadas situações, esparsos ou espalhados por todo o País, sem qualquer especial característica jurídica homogênea, pois apenas praticaram, aos milhares ou milhões, um mesmo ato jurídico instantâneo: a compra de um veículo.

É importante a observação de Teori Albino Zavaski, que ressalta que:

Nem sempre são perceptíveis com clareza as diferenças entre os direitos difusos e os direitos coletivos, ambos transindividuais e indivisíveis, o que, do ponto de vista processual, não tem maiores consequências, já que, pertencendo ambos ao gênero de direitos transindividuais, são tutelados judicialmente pelos mesmos instrumentos processuais. Pode-se, pois, sem comprometer a clareza, identifica-los em conjunto, pela sua denominação genérica de direitos coletivos ou de direitos transindividuais. No entanto, os direitos individuais, não obstante homogêneos, são direitos subjetivos individuais. Peca por substancial e insuperável antinomia afirmar-se possível a existência de direitos individuais transindividuais. Entre esses e os direitos coletivos, portanto, as diferenças são mais acentuadas e a sua identificação, conseqüentemente, é mais perceptível.³⁸

395

Como observa Rodrigo Coimbra, nas relações de trabalho³⁹, ainda que o Direito Coletivo do Trabalho contemple os exemplos talvez mais típicos de direito coletivo *stricto sensu* – de que seja titular categoria ou grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, que, no caso, geralmente é o contrato de emprego –, existem também significativos direitos com objeto difuso. Assim, apresentam-se alguns casos envolvendo direitos com objeto difuso provenientes das relações de trabalho: a) greve em serviços ou atividades considerados essenciais, em que as atividades inadiáveis da comunidade não foram cumpridas pelos sujeitos da relação de trabalho – empregados e empregadores, causando prejuízos à coletividade (pessoas indeterminadas, não têm titular individual e a ligação entre os vários titulares difusos decorre de mera circunstância de fato); b) tutela

³⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interessse difusos: conceito e legitimação para agir*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 99.

³⁸ ZAVASKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 6. ed. rev., atual. e ampl. 3. Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 38.

³⁹ O objetivo fundamental de um Estado Democrático de Direito deve ser o de garantir a todos os *homens o direito de trabalhar e de viver com dignidade*. A atuação das pessoas e da sociedade diante da ordem econômica contemporânea deve pautar-se, sempre, por dar *ênfase ao valor social do trabalho*. Afinal, somente através do trabalho é que se promoverá a diminuição das desigualdades regionais e sociais pela inclusão dos menos favorecidos. ROESLER, Átila da Rold. *Crise econômica, flexibilização e o valor social do trabalho*. São Paulo: LTr, 2014. p. 95.

inibitória (obrigação de não fazer) com relação a uma empresa que exige dos inúmeros e indeterminados candidatos a emprego (portanto, antes de haver vínculo jurídico) certidão negativa da Justiça do Trabalho sobre a inexistência do ajuizamento de eventual ação trabalhista (novamente tem-se o caso de pessoas indeterminadas- qualquer sujeito que potencialmente fosse fazer tal entrevista seria lesado – indeterminação absoluta dos titulares); c) discriminação na seleção para vaga de emprego (portanto, antes de haver vínculo jurídico de emprego), atingindo pessoas indeterminadas, como em relação a negros ou portadores de deficiências físicas, mulheres grávidas, idosos, índios, estrangeiros, menores, ou a prática de qualquer outro tipo de discriminação vedada pela Constituição Federal, inclusive portadores de HIV ou outra enfermidade grave que suscite discriminação. Outro exemplo de direitos com objeto difuso na área trabalhista é a situação de redução análoga à condição de escravo, com atuação dos Auditores Fiscais do Trabalho, do Ministério Público do Trabalho e de Juízes do Trabalho.⁴⁰

Conforme Marcos Neves Fava, desnecessário é avaliar a impossibilidade de defesa individual dos interesses desses trabalhadores, semicidadãos, isolados, desamparados e combalidos pela submissão escravocrata. As hipóteses de violação encetam direitos difusos – resumidos pela proteção da ordem jurídica justa – e individuais homogêneos – consistentes nos créditos individuais dos trabalhadores, para quitação de salário, descanso remunerado, adicionais de pagamento por trabalho insalubre ou perigoso, entre outros direitos.⁴¹

Segundo Marcos Neves Fava, a questão do meio ambiente do trabalho comportaria também dupla dimensão de interesses, tal qual ocorre com a questão acima aludida no que tange ao trabalho escravo:

A proteção ao meio ambiente em geral constitui-se em interesse difuso, compartilhado, indeterminadamente, por toda a comunidade que do referido ambiente se serve; a degradação do ambiente de trabalho prejudica, de forma direta e definitiva, os trabalhadores que no local militam e, ainda mesmos danos podem ser identificados individualmente, segundo as sequelas mais ou menos graves que provoquem. Na primeira hipótese, haverá proteção do interesse difuso por meio de ação civil pública – *retius*, ação coletiva – para impedir ou reparar a ação danosa, com cobrança de indenização revertida ao fundo de que trata o art. 13 da LAC; na segunda hipótese, por meio da mesma ação ou do mandado de segurança coletivo, alcançar-se-á a tutela de interesse coletivo em sentido estrito, beneficiando-se, com a atuação jurisdicional, a coletividade dos membros daquela categoria; e, por fim, através de ação coletiva para proteção de interesses homogêneos, os que têm natureza comum, porque

⁴⁰ COIMBRA, Rodrigo. Efetivação dos Direitos e Deveres Trabalhistas com Objeto Difuso a Partir da Constituição e da Perspectiva Objetiva dos Direitos Fundamentais. *Direitos Fundamentais & Justiça*. Porto Alegre: HS Editora, ano n. 8, n. 28, p. 106, Julho/Setembro de 2014.

⁴¹ FAVA, Marcos Neves. *Ação Civil Pública Trabalhista*. São Paulo: LTr, 2005. p. 104.

decorrentes da degradação do meio ambiente do trabalho, arquitetará a reparação do dano individual (ação civil coletiva, nos termos da Lei Complementar n. 75/93).⁴²

Desse modo, para a efetivação dos direitos fundamentais de terceira dimensão foi criado um sistema de jurisdição civil denominado de microssistema de tutela dos direitos ou interesses coletivos. Tal sistema é formado pela integração sistemática da Constituição Federal de 1988, da Lei da Ação Popular, da Lei da Ação Civil Pública, do Código de Defesa do Consumidor e de forma subsidiária do Código de Processo Civil. Na seara trabalhista deve-se acrescentar a todos esses diplomas legais a Lei Orgânica do Ministério Público da União e a Consolidação das Leis do Trabalho, denominada essa junção como sistema de jurisdição trabalhista metaindividual.⁴³

O poder constituinte originário, com o fito de tornar dinâmica a atividade jurisdicional, institucionalizou atividades profissionais (tanto públicas como privadas), conferindo-lhes o *status* de funções essenciais à justiça, estabelecendo regras, no que tange à instituição do Ministério Público, definidas nos artigos 127 a 130 da Constituição Federal de 1988.⁴⁴

Com fulcro no art. 127, *caput*, da Carta Magna de 1988, define-se que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis dos cidadãos. Além disso, dita instituição vem ocupando lugar cada vez mais de destaque na organização do Estado, haja vista o alargamento de suas funções de proteção dos direitos indisponíveis e de interesses coletivos.

Nessa esteira de entendimento, considerando que o Ministério Público da União compreende, entre outros, o Ministério Público do Trabalho, torna-se imperioso analisar suas atribuições e prerrogativas, precipuamente na defesa dos direitos difusos e coletivos. Com isso, pretende-se realçar que é defensável que o MPT atue frente às dispensas coletivas, posto que estas atingem direitos difusos, de titularidade indeterminada.

Faz-se, assim, importante salientar que a organização e as atribuições do Ministério Público do Trabalho estão disciplinadas na Lei Complementar n. 75, de 20.05.1993, em seus

⁴² FAVA, Marcos Neves. *Ação Civil Pública Trabalhista*. São Paulo: LTr, 2005. p. 109.

⁴³ EÇA, Vitor Salino de Moura; ROCHA, Cláudio Jannotti da. O direito ao trabalho analisado sob a perspectiva humanística: efeito corolário a uma (super) proteção na dispensa coletiva. In: BEZERRA LEITE, Carlos Henrique; EÇA, Vitor Salino de Moura (Coord.). *Direito Material e Processual do Trabalho na Perspectiva dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 2014. p. 31.

⁴⁴ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 601.

artigos 83 a 115, a qual define como chefe da instituição o Procurador-Geral do Trabalho, com a função de representá-la, entre outras atribuições elencadas no artigo 91 da referida lei.⁴⁵ Ademais, impõe informar que o Ministério Público da União tem como princípios institucionais a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, este último, inclusive, tem relevância nas ações propostas pela instituição em defesa dos interesses difusos e coletivos do cidadão, em especial, dos trabalhadores. Evidencia-se, portanto, que uma das atribuições do Ministério Público do Trabalho é justamente perseguir modelos de relações de trabalho que valorize a dignidade da pessoa humana, relação essa que indubitavelmente não se compatibiliza com as relações de trabalho que incentivam ou não previnam a dispensa em massa.

A lei n. 7.347 de 24 de julho de 1985, a qual disciplina a ação civil pública, é taxativa ao dispor em seu artigo 1º que “Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: “[...] IV – qualquer outro interesse difuso e coletivo”; bem como a Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993, dispõe, em seu artigo 83, que

compete ao Ministério Público do Trabalho no exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho:

[...]

III- promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais garantidos constitucionalmente.⁴⁶

Afasta-se, portanto, qualquer divergência acerca da legitimidade do Ministério Público do Trabalho na defesa dos interesses coletivos violados nos casos de dispensa coletiva. A Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (CDC), enuncia em seu artigo 81, parágrafo único que a defesa coletiva será exercida quando se tratar de

[...] I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.⁴⁷

Assim sendo, evidenciada a esfera extrapatrimonial da coletividade, possuindo natureza

⁴⁵ BRASIL. *Lei Complementar nº 75*, de 20 de maio de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em 10 de maio de 2018.

⁴⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao processo do trabalho*. 3. ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 422.

⁴⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao processo do trabalho*. 3. ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 425.



de interesse difuso, resta claro a legitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho na defesa de tais interesses, através da Ação Civil Pública, no plano judicial, ou através do Termo de Ajustamento de Conduta, no plano extrajudicial. Este último, com imposição de multa diária para tentar garantir a sua efetividade. Nem mesmo com o advento da reforma trabalhista que, em seu art. 477-A, equiparou as dispensas imotivadas individuais ou coletivas, referindo não haver necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação, isso não foi suficiente para afastar a atuação do Ministério Público na defesa dos interesses difusos envolvidos nas dispensas em massa.

6 AS DISPENSAS COLETIVAS – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Em dezembro de 2017, o Presidente do TST garantiu a demissão coletiva sem negociação sindical, já que o ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, no exercício ocasional da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, em sede de correção parcial, "garantiu a demissão de 150 professores de uma das maiores universidades de Porto Alegre/RS".⁴⁸

399

A correção parcial foi solicitada diante da decisão pronunciada pela desembargadora do TRT do RS, que negara a aplicação da regra prevista no art. 477-A da CLT (introduzido na chamada reforma trabalhista), sob os seguintes fundamentos:

Partindo-se da premissa de que há sim um movimento de despedida imotivada de uma coletividade, a ausência de prévia mediação no plano da representação coletiva do Direito do Trabalho encontra óbice na Ordem Constitucional como apontado na decisão atacada. (...) De resto, a doutrina e jurisprudência pertinentes - a magistrada de primeiro grau transcreve farta jurisprudência sobre a matéria - sempre entendeu pela necessidade da intervenção sindical em se tratando de dispensas em massa, justamente em virtude do grave prejuízo social daí decorrente. Ainda, e tal como assentado pela magistrada de primeiro grau, os princípios constitucionais que sempre autorizaram a adoção desse entendimento permanecem vigentes, a despeito da regra introduzida pelo artigo 477-A da CLT alterada pela lei 13.467/17.

Na reforma da sentença da desembargadora do TRT, o presidente do TST⁴⁹ defendeu

⁴⁸ COUTINHO, Grijalbo Fernandes; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. *A vã tentativa de naturalizar a dispensa em massa no Brasil*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI272424,91041-A+va+tentativa+de+naturalizar+a+dispensa+em+massa+no+Brasil>>. Acesso em 31 de maio de 2018.

⁴⁹ Nesse sentido: "O presidente do Tribunal considerou que os juízes gaúchos estavam a cercear a entidade de ensino "no gerenciamento de seus recursos humanos, financeiros e orçamentários, comprometendo planejamento de aulas, programas pedagógicos e sua situação econômica", porque impediram-na de realizar demissões nas janelas de julho e dezembro, apenas pelo fato do número de demissões realizadas, "ao arrepio da lei e do princípio

que, para impedir o empregador de utilizar o direito potestativo de dispensa sem justa causa, “a autoridade coatora e a autoridade requerida, contra expresse texto de lei, exigiram o que a lei expressamente dispensa, que é a intermediação negocial do sindicato de classe para as demissões ditas de massa”.

Depreende-se que a posição do presidente do TST é no sentido de que a dispensa de empregados é verdadeiro direito potestativo do empregador. Filia-se à doutrina do *employment at will*, na linha do que se pratica nos Estados Unidos da América. Por essa doutrina, nada impede a dispensa do empregado, ainda que não haja motivo, numa espécie de “denúncia vazia” do contrato de trabalho. Entretanto, afirma que as decisões tomadas pelas instâncias inferiores se deram ao arrepio da lei e do princípio da legalidade.⁵⁰

Com o fito de aumentar o poder do empregador de dispensar, sem causa, os seus empregados, a lei 13.467/17 equiparou, no artigo 477-A da CLT, as dispensas individuais e coletivas:

Art. 477-A. As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação.

Mas, na verdade, a decisão proferida em correição parcial é que está em confronto com a Constituição da República ao desconsiderar o fato de o artigo 7.º, inciso I, da Constituição vedar a dispensa arbitrária ou injusta⁵¹, a lei trilha o temerário caminho da inconstitucionalidade, pois, ainda que se admitisse a necessidade de regulamentação do referido inciso, não é dado ao legislador ordinário legislar em sentido diametralmente oposto às regras constitucionais, as quais, ainda que sejam normas de eficácia contida, não se despem de sua eficácia imediata.

da legalidade". COUTINHO, Grijalbo Fernandes e MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. *A vã tentativa de naturalizar a dispensa em massa no Brasil*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI272424,91041-A+va+tentativa+de+naturalizar+a+dispensa+em+massa+no+Brasil>. Acesso em 31 de maio de 2018.

⁵⁰ COUTINHO, Grijalbo Fernandes e MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. *A vã tentativa de naturalizar a dispensa em massa no Brasil*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI272424,91041-A+va+tentativa+de+naturalizar+a+dispensa+em+massa+no+Brasil>. Acesso em 31 de maio de 2018.

⁵¹ Nesse sentido, aduzem Grijalbo Fernandes Coutinho e Hugo Cavalcanti Melo Filho que: “Bem diferente da inexplicável omissão legislativa quanto à regulamentação do preceptivo constitucional, por 30 anos, é a tentativa de inserir em lei ordinária regra absolutamente colidente com o mesmo preceptivo”. COUTINHO, Grijalbo Fernandes e MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. *A vã tentativa de naturalizar a dispensa em massa no Brasil*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI272424,91041-A+va+tentativa+de+naturalizar+a+dispensa+em+massa+no+Brasil>. Acesso em 31 de maio de 2018.

Conforme o magistério de Grijalbo Fernandes Coutinho e Hugo Cavalcanti Melo Filho:

De outro lado, o artigo 477-A não resiste à aferição de compatibilidade vertical com a Convenção 158 da OIT, o que impõe a paralisação de seus efeitos. É de registrar, com Souto Maior (2017), que a Convenção 158, apesar de denunciada pelo Brasil no governo Fernando Henrique Cardoso, “pode ser utilizada como fonte formal do direito do trabalho seja por força do art. 8º, seja pela literalidade do art. 5º, § 2º, da Constituição”. De igual modo, contraria a Convenção nº 154 da Organização Internacional do Trabalho que determina a negociação coletiva e a participação do sindicato em questões de interesse comum.

Por fim, o legislador, ao introduzir na ordem jurídica a equiparação entre dispensa coletiva e dispensa individual, não levou em conta que a dispensa coletiva é um instituto do Direito Coletivo do Trabalho, que possui princípios, normas, institutos e instituições totalmente diversas do Direito Individual do Trabalho. Vigê neste ramo do Direito, como objeto, os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, e os direitos mais elevados da dignidade humana.

A presença do interesse público primário de toda a sociedade impõe a este ramo do Direito uma proteção especial, com a efetiva e necessária participação dos legitimados ou autores ideológicos, entre eles, o Ministério Público do Trabalho, neste desiderato, como gestor do microsistema de tutela coletiva e dos instrumentos de que dispõe para proteger os direitos sociais e indisponíveis dos trabalhadores.⁵²

Na realidade, verifica-se que o direito trabalhista brasileiro não havia se preocupado com o tema. Embora haja a proteção genérica insculpida no art. 7.º, I, da Constituição, ainda não regulamentado⁵³, nada referia a ordem jurídica sobre a dispensa em massa de empregados, diversamente do que acontece em outros países, como Espanha, por exemplo, que trata da dispensa coletiva no art. 51 do Estatuto dos Trabalhadores.

Entre o final do ano de 2008 e no início do de 2009, decisões dos Tribunais da 2.ª e da 15.ª Regiões Trabalhistas⁵⁴ reputaram nulas dispensas em massa então promovidas, a pretexto de dificuldades econômicas empresariais, no auge da crise iniciada com a falência do Banco Lehman Brothers. A decisão do TRT 15, no paradigmático caso da Embraer, foi submetida à apreciação do Tribunal Superior do Trabalho, no qual se fixou a tese de que não pode haver dispensa coletiva que não seja precedida de negociação coletiva para casos futuros, mas permitiu a dispensa de inúmeros trabalhadores da Embraer.

Nessa esteira, mais uma vez se recorre à lição de Grijalbo Fernandes Coutinho e de

⁵² COUTINHO, Grijalbo Fernandes e MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. *A vã tentativa de naturalizar a dispensa em massa no Brasil*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI272424,91041-A+va+tentativa+de+naturalizar+a+dispensa+em+massa+no+Brasil>. Acesso em 31 de maio de 2018.

⁵³ COUTINHO, Grijalbo Fernandes e MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. *A vã tentativa de naturalizar a dispensa em massa no Brasil*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI272424,91041-A+va+tentativa+de+naturalizar+a+dispensa+em+massa+no+Brasil>. Acesso em 31 de maio de 2018.

⁵⁴ COUTINHO, Grijalbo Fernandes e MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. *A vã tentativa de naturalizar a dispensa em massa no Brasil*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI272424,91041-A+va+tentativa+de+naturalizar+a+dispensa+em+massa+no+Brasil>. Acesso em 31 de maio de 2018.

Hugo Cavalcanti Melo Filho, quando referem que:

A publicação da lei 13.467/17, que, em seu artigo 477-A, autoriza a dispensa em massa de trabalhadores, sem qualquer participação das entidades sindicais e sem prévia negociação coletiva, representa, então, absurdo retrocesso.

Ora, o Direito do Trabalho encontra-se fundado em princípios, tendo a mais absoluta compatibilidade com toda e qualquer diretriz principiológica afirmativa dos Direitos Humanos da classe trabalhadora, como se nota, por exemplo, da essência do princípio da vedação do retrocesso social. A observância desse princípio pelo intérprete preserva o núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efetivados, de modo que esses direitos são constitucionalmente garantidos. Por incidência desse princípio, extraem-se, também, o princípio da progressividade social (art. 7º, I) e os princípios da proteção e da norma mais favorável, bem como que se afastam do ordenamento jurídico todas e quaisquer normas violadoras da função do Direito do Trabalho.

A disposição do art. 477-A, a autorizar a dispensa em massa de trabalhadores, configura explícito rebaixamento das condições gerais de trabalho vetado pelo comando do caput do art. 7º da Constituição da República, do qual emana o princípio da proibição do retrocesso no âmbito das relações de trabalho.

Para além dessa barreira constitucional, existem tantas outras como o princípio da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho como fundantes da República (art. 1º) e o funcionamento da ordem econômica pautada pela valorização do trabalho humano e pela redução das desigualdades sociais (art. 170, VII).⁵⁵

Verifica-se que o comando do art. 477-A da CLT, incluído pela Lei da reforma trabalhista representa sério retrocesso social na defesa do trabalho e dos trabalhadores envolvidos em dispensas coletivas. Além do mais, a reforma trabalhista não aniquilou a função precípua de defesa dos interesses difusos envolvidos nas dispensas coletivas por parte do Ministério Público do Trabalho.

402

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pela presente análise, verifica-se que as dispensas coletivas (em massa) precisam ser enxergadas pela ótica de ofensa aos direitos difusos, pois não atingem tão-somente os trabalhadores dispensados (no caso em tela, os bancários), mas toda a coletividade. É preciso que os sindicatos tenham maior e melhor forma de atuação, através da Ação Coletiva, na defesa dos interesses difusos. E o Ministério Público do Trabalho também pode e deve utilizar-se de Ação Civil Pública na defesa dos direitos difusos atingidos nas dispensas em massa. Ainda mais no caso dos bancários, categoria tão negligenciada em sua remuneração, e que sofre tantas

⁵⁵ COUTINHO, Grijalbo Fernandes e MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. *A vã tentativa de naturalizar a dispensa em massa no Brasil*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI272424,91041-A+va+tentativa+de+naturalizar+a+dispensa+em+massa+no+Brasil>. Acesso em 31 de maio de 2018.

pressões no trabalho.

A reforma trabalhista brasileira, em vigor a partir de 11 de novembro de 2017, autoriza, no seu art. 477-A, as dispensas coletivas sem necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação. É um grande retrocesso social no que tange aos direitos fundamentais sociais de todos e quaisquer trabalhadores brasileiros.

Como refere Enoque Ribeiro dos Santos:

No momento atual, não apenas de sedimentação da quarta dimensão dos direitos humanos, entre eles, o direito de informação, de democracia, de pluralidade, e, surgimento da quinta dimensão de direitos fundamentais, relacionada aos avanços da cibernética e da informática, o Brasil ao sancionar a Lei n. 13.467/2017, que em seu art. 477-A coloca no mesmo patamar institutos tão diversos e regidos por regimes jurídicos díspares – a dispensa individual, a plúrima e a coletiva -, não apenas se afasta dos sistemas modernos de tutela da segurança no emprego vigentes nos países de economia avançada, como se posta em sentido diametralmente oposto.⁵⁶

Conclui-se, portanto, que a não é possível equiparar as dispensas individuais, as plúrimas e as coletivas, forte na defesa de um Direito Constitucional do Trabalho, que tem na Constituição a sua base e o seu fundamento de validade e de existência. Ademais, deve servir o Direito do Trabalho como um ramo jurídico comprometido com a redução ou término das desigualdades sociais nas relações conflituosas entre o capital e o trabalho. Essa demanda do capital em aniquilar com a classe trabalhadora não é nova, é própria do neoliberalismo, mas a Constituição Federal de 1988 bem como a atuação do Ministério Público do Trabalho podem e devem afastar tais retrocessos sociais trazidos pela reforma trabalhista. E se espera também que o Judiciário Trabalhista, comprometido com o Estado Democrático de Direito ou daquilo que dele sobrou, não ceda à proposta de desmonte da Justiça do Trabalho e do próprio Direito do Trabalho.

403

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução de Mauro Gama e de Cláudia Martinelli Gama. Revisão técnica de Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

⁵⁶ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *A dispensa coletiva na Lei n. 13.467/2017 da Reforma Trabalhista*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/07/26/dispensa-coletiva-na-lei-n-13-4672017-da-reforma-trabalhista/##LS>. Acesso em 31 de maio de 2018.

BRASIL. *Lei Complementar nº 75*, de 20 de maio de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em 10 de maio de 2018.

COIMBRA, Rodrigo. Efetivação dos Direitos e Deveres Trabalhistas com Objeto Difuso a Partir da Constituição e da Perspectiva Objetiva dos Direitos Fundamentais. *Direitos Fundamentais & Justiça*. Porto Alegre: HS Editora, ano n. 8, n. 28, p. 100-124, Julho/Setembro de 2014.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes e MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. *A vã tentativa de naturalizar a dispensa em massa no Brasil*. Disponível em: [http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI272424,91041-](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI272424,91041-A+va+tentativa+de+naturalizar+a+dispensa+em+massa+no+Brasil)

A+va+tentativa+de+naturalizar+a+dispensa+em+massa+no+Brasil. Acesso em 31 de maio de 2018.

EÇA, Vitor Salino de Moura; ROCHA, Cláudio Jannotti da. O direito ao trabalho analisado sob a perspectiva humanística: efeito corolário a uma (super) proteção na dispensa coletiva. In: BEZERRA LEITE, Carlos Henrique; EÇA, Vitor Salino de Moura (Coord.). *Direito Material e Processual do Trabalho na Perspectiva dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 2014.

FAVA, Marcos Neves. *Ação Civil Pública Trabalhista*. São Paulo: LTr, 2005.

FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. *Assédio moral nas relações de trabalho*. 1ª ed. Campinas: Russel Editores, 2004.

GALIA, Rodrigo Wasem. Função social da empresa e pleno emprego: uma análise hermenêutica na busca da efetivação dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito da Faculdade Dom Alberto*. v. 1, n. 1 (out. 2010). Santa Cruz do Sul: Faculdade Dom Alberto, 2010. p. 292.

GOES, Mauricio de Carvalho. *A equiparação salarial como instrumento garantidor da isonomia nos contratos de emprego*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

GOMES, Orlando. Dispensa coletiva na reestruturação da empresa. *Revista LTR*, São Paulo, v. 38, n. 7, p. 575-579, jul. 1974.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; Benjamin, Antonio Herman; WAMBIER, Teresa Arruda e Vigoriti, Vincenzo (Organizadores). *Processo Coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 39-60.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.



MANNRICH, Nelson. *Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*. São Paulo: LTr, 2000.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24. Ed. 2. Reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao processo do trabalho*. 3. ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROESLER, Átila da Rold. *Crise econômica, flexibilização e o valor social do trabalho*. São Paulo: LTr, 2014.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *A dispensa coletiva na Lei n. 13.467/2017 da Reforma Trabalhista*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/07/26/dispensa-coletiva-na-lei-n-13-4672017-da-reforma-trabalhista/##LS>. Acesso em 31 de maio de 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed.rev. Atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (coordenadores). *Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 15-74.

SILVA NETO, Manoel Jorge. *Direitos fundamentais e o contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979.

ZAVANELLA, Fabiano. *Dos direitos fundamentais na dispensa coletiva*. São Paulo: LTr, 2015.

ZAVASKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 6. ed. rev., atual. e ampl. 3. Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Submissão: 17/07/2018

Aceito para Publicação: 31/12/2018

