Paulo Márcio Cruz
Paulo de Tarso Brandão
Maurizio Oliviero
ORGANIZADORES

UNIVALI

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA

O DIREITO CONTEMPORÂNEO E DIÁLOGOS CIENTÍFICOS UNIVALI E PERUGIA

2016

AUTORES

Alessandra Pioggia
Alexandre Morais da Rosa
Andrés Molina Giménez
Antonio Bartolini
César Luiz Pasold
Clovis Demarchi
Denise Schmitt Siqueira Garcia
Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto
Heloise Siqueira Garcia
José Antonio Savaris
Josemar Soares
Liton Lanes Pilau Sobrinho
Luciene Dal Ri
Marcelo Buzaglo Dantas
Márcio Ricardo Staffen
Marcos Leite Garcia
Maria Claudia S. Antunes de Souza
Mário João Ferreira Monte
Massimo Billi
Maurizio Oliviero
Osvaldo Agripino de Castro Junior
Paulo de Tarso Brandão
Paulo Márcio Cruz
Pedro Manoel Abreu
Rafael Padilha dos Santos
Rafaela Borgo Koch
Ricardo Stanziola Vieira
Roberto Epifanio Tomaz
Zenildo Bodnar

CAPES

Paulo Márcio Cruz
Paulo de Tarso Brandão
Maurizio Oliviero
ORGANIZADORES

O DIREITO CONTEMPORÂNEO E DIÁLOGOS CIENTÍFICOS UNIVALI E PERUGIA

EDIÇÃO COMEMORATIVA 10 ANOS DO CONVÊNIO DE DUPLA TITULAÇÃO ENTRE A UNIVALI E A UNIPG

AUTORES

Alessandra Pioggia
Alexandre Morais da Rosa
Andrés Molina Giménez
Antonio Bartolini
César Luiz Pasold
Clovis Demarchi
Denise Schmitt Siqueira Garcia
Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto
Heloise Siqueira Garcia
José Antonio Savaris
Josemar Soares
Liton Lanes Pilau Sobrinho
Luciene Dal Ri
Marcelo Buzaglo Dantas
Márcio Ricardo Staffen
Marcos Leite Garcia
Maria Claudia S. Antunes de Souza
Mário João Ferreira Monte
Massimo Billi
Maurizio Oliviero
Osvaldo Agripino de Castro Junior
Paulo de Tarso Brandão
Paulo Márcio Cruz
Pedro Manoel Abreu
Rafael Padilha dos Santos
Rafaela Borgo Koch
Ricardo Stanziola Vieira
Roberto Epifanio Tomaz
Zenildo Bodnar

UNIVALI

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA

2016

ISBN-IT 978-88-99490-04-1

Rettore dell'Università degli Studi di Perugia
Franco Moriconi

Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza
Giovanni Marini

Professore Ordinario del Dipartimento di Giurisprudenza
Maurizio Oliviero

Professore Ricercatore di Istituzioni di Diritto Pubblico
Daniele Porena

Professore Associato di Istituzioni di Diritto Pubblico
Guido Sirianni

Professore Associato del Dipartimento di Giurisprudenza
Carlo Calvieri

Comitato Redazionale - E-books/UNIPG
Il presidente
Maurizio Oliviero

Redattore
Dirigente E-Books/UNIPG
Leonello Mattioli

Membri
Maria Chiara Locchi
Jacopo Paffarini
Daniele Porena
Sofia Felicioni

Progetto di Fomento
Questo e-book è stato possibile a causa del Programma di Doppia Titolazione con Cotutela di Tesi a livello di Dottorato com l'Università di Perugia e dall'accordo di collaborazione di produzione scientifica tra le Università di Perugia (Italia) e l´UNIVALI (Brasile) con lo scopo di divulgazione, condivisione e produzione della conoscenza giuridica.

Diagramma/Revisione
Alexandre Zarske de Mello
Heloise Siqueira Garcia

Copertina
Alexandre Zarske de Mello

Organizzatori
Paulo Márcio Cruz
Paulo de Tarso Brandão
Maurizio Oliviero

Autori
Alessandra Pioggia
Alexandre Morais da Rosa
Andrés Molina Giménez
Antonio Bartolini
César Luiz Pasold
Clovis Demarchi
Denise Schmitt Siqueira Garcia
Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto
Heloise Siqueira Garcia
José Antonio Savaris
Josemar Soares
Liton Lanes Pilau Sobrinho
Luciene Dal Ri
Marcelo Buzaglo Dantas
Márcio Ricardo Staffen
Marcos Leite Garcia
Maria Claudia S. Antunes de Souza
Mário João Ferreira Monte
Massimo Billi
Maurizio Oliviero
Osvaldo Agripino de Castro Junior
Paulo de Tarso Brandão
Paulo Márcio Cruz
Pedro Manoel Abreu
Rafael Padilha dos Santos
Rafaela Borgo Koch
Ricardo Stanziola Vieira
Roberto Epifanio Tomaz
Zenildo Bodnar

Indirizzo
Dipartimento di Giurisprudenza – Università degli Studi di Perugia - Via Pascoli, 33 - 06123 Perugia (PG)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO VI

A CONCEPÇÃO TRIDIMENSIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE GREGORIO PECES-BARBA: REFLEXÕES NA BUSCA DE CRITÉRIOS PARA O CONCEITO DE DIREITOS HUMANOS 8

Marcos Leite Garcia 8

CONSIDERAÇÕES SOBRE AS NORMAS CONSTITUCIONAIS QUE ESTABELECEM E ASSEGURAM DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OS PERIGOS DE SUA INCOMPREENSÃO 32

Paulo de Tarso Brandão 32

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PARADIGMA JURÍDICO NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO E DA TRANSNACIONALIDADE 50

Clovis Demarchi 50

Mário João Ferreira Monte 50

OS CONFLITOS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: A CRISE DA ALTERIDADE COMO DESAFIO PARA O DIREITO 69

Josemar Soares 69

REFLEXÕES SOBRE A CRISE FINANCEIRA INTERNACIONAL E O ESTADO DE BEM-ESTAR 91

Maurizio Oliviero 91

Paulo Márcio Cruz 91

A GLOBALIZAÇÃO NO PÓS-GUERRA FRIA E O CAPITALISMO: uma reflexão sobre A CONFIGURAÇÃO MUNDIAL ATUAL 109

Rafael Padilha dos Santos 109

Maurizio Oliviero 109

CRISE DE REPRESENTAÇÃO NO ESTADO CONTEMPORÂNEO. RELAÇÕES ASSIMÉTRICAS ENTRE OS PODERES E O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DAS RELAÇÕES SOCIAIS NO BRASIL 125

Pedro Manoel Abreu 125

TRANSPARÊNCIA ENQUANTO PRETENSÃO JURÍDICA GLOBAL 145

Márcio Ricardo Staffen 145

Maurizio Oliviero 145

LE CITTADINANZE AMMINISTRATIVE: PERCORSI E PROSPETTIVE DELL'AMMINISTRAZIONE DEI DIRITTI E DEI DOVERII A 150 ANNI DALL'ADOZIONE DELLE LEGGI DI UNIFICAZIONE AMMINISTRATIVA 167

Antonio Bartolini 167

Alessandra Pioggia 167

LEGITIMIDADE E RESPONSABILIDADE DAS ORGANIZAÇÕES MUNDIAIS DE GOVERNANÇA ECONÔMICA E EMPRESARIAL 210

Roberto Epifanio Tomaz 210

Massimo Billi 210
O MEIO AMBIENTE É UM DIREITO SUBJETIVO? 231
Zenildo Bodnar 231
JUSTIÇA AMBIENTAL E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SOCIOAMBIENTAIS: DESAFIOS DA SUSTENTABILIDADE NA ERA DO DESENVOLVIMENTISMO 249
Ricardo Stanziola Vieira 249
PROTEÇÃO JURÍDICO AMBIENTAL NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: UM PARALELO COM O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E AS NOVAS TECNOLOGIAS 269
Liton Lanes Pilau Sobrinho 269
MEIOS PARA O ALCANCE DA DIMENSÃO ECONÔMICA DA SUSTENTABILIDADE 281
Denise Schmitt Siqueira Garcia 281
Heloise Siqueira Garcia 281
ESTUDIO DE LA CONTAMINACIÓN DIFUSA DEL AGUA EN LOS ORDENAMIENTOS DE LA UNÍON EUROPEA 300
Andrés Molina Giménez 300
Maria Claudia S. Antunes de Souza 300
AGROTÓXICOS E SEUS IMPACTOS SOCIOAMBIENTAIS: UMA ANÁLISE DO CONTEXTO BRASILEIRO 318
Andrés Molina Giménez 318
Marcelo Buzaglo Dantas 318
Rafaela Borgo Koch 318
A DINÂMICA DO REGIME DAS FONTES DO DIREITO E A TRADIÇÃO ROMANISTICA EM PERÍODO MEDIEVAL 336
Luciene Dal Ri 336
TAEDIUM VITAE DE NORBERTO BOBBIO E A ÉTICA MÉDICA 364
Cesar Luiz Pasold 364
O ATIVISMO JUDICIAL E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: GOVERNO DE HOMENS OU GOVERNO DE LEIS? A INTERNAÇÃO DE ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI E O USO DO SUBJETIVISMO EM DETRIMENTO DO OBJETIVISMO LEGAL 394
Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto 394
JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS A PARTIR DA METÁFORA DA TEORIA DOS JOGOS 415
Alexandre Morais da Rosa 415
A SISTEMÁTICA DE RESOLUÇÃO INCIDENTAL DE DEMANDAS REPETITIVAS E SEUS REFLEXOS NO SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS PREVIDENCIÁRIOS 432
José Antonio Savaris 432
CONCESSÃO E ARRENDAMENTO NA NOVA LEI DOS PORTOS 456
Osvaldo Agripino de Castro Junior 456

APRESENTAÇÃO

A presente obra é uma coletânea de contribuições de professor e doutores da Universidade do Vale do Itajaí - Brasil e da Universidade de Perugia - Itália decorrentes das pesquisas e estudos realizados no âmbito do Programa de Dupla Titulação entre as duas universidades.

Desde 1998 o PPCJ/UNIVALI possui Convênio com o Departamento de Direito Público Comparado da Universidade de Perugia, Itália para fins de intercâmbio docente e discente, pesquisas e publicações conjuntas e atividades de ensino no nível de Doutorado.

Tal Programa de Dupla Titulação de Doutorado Univali/Universidade de Perugia funciona com a Coordenação do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI publicando edital anual para inscrição e seleção ao Programa de Dupla titulação no nível de Doutorado com a Universidade de Perugia.

Para cada doutorando selecionado para o programa de dupla titulação, há um termo aditivo de convênio específico a ser assinado pelos reitores das duas instituições, pelo orientador na instituição de origem, pelo coorientador na outra instituição e pelo próprio doutorando.

O doutorando inscrito para o programa de dupla titulação deverá realizar estágio de investigação de pelo menos 4 (quatro) meses na outra universidade, que poderá ser divido em duas estadas de dois meses. O PPCJ/UNIVALI vincula as suas seis bolsas do Programa Institucional Doutorado Sanduíche aos programas de dupla titulação. Ao final do estágio de investigação na outra universidade o doutorando deverá trazer e registrar na secretaria relatório de cumprimento das atividades firmado pelo coorientador.

O doutorando inscrito no Programa de Dupla Titulação terá um orientador na universidade de origem e um coorientador na outra universidade.

No caso do doutorando do PPCJ/UNIVALI, a defesa da monografia de qualificação à tese de doutorado é feita perante banca que contará com o orientador brasileiro, com o coorientador italiano e quatro membros, dois brasileiros e dois italianos.

Cumprido os requisitos acima, o doutorando que se submete ao Programa recebe dois títulos: o de Doutor pela Universidade do Vale do Itajaí e o de Doutor em Jurisprudência pela Universidade de Perugia.

As duas Universidades possuem Convênio firmado de apoio e incentivo à edição e publicação de obras eletrônicas (E-books) produzidos em prol de alguma das instituições

envolvidas.[1]

Durante o período do Convênio entre ambas as universidades ainda houve a integração de bolsa concedida pela Capes ao Professor Maurizio Oliviero referente ao edital de Professor Visitante do Exterior no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – Cursos de Mestrado e Doutorado – PPCJ/UNIVALI, como já referido.

Nesse viés, a presente obra é uma coletânea de 22 (vinte e dois) artigos que tem o intuito de ampliar debates e levantar questionamentos e vias de solução para diversas vertentes ligadas à temática principal. E demonstra o grande valor de pesquisa na área do Constitucionalismo e da Produção do Direito, mas acima de tudo comemorar a produtividade decorrente desses anos de história.

Basicamente a obra apresenta cinco grandes eixos temáticos: Direitos Fundamentais/Direitos Humanos/Dignidade Da Pessoa Humana; Filosofia; Ciência Política/Transnacionalidade/Direito Global; Direito Ambiental; e discussões atuais de História, Ética, Ativismo Judicial e atualidades.

O primeiro com artigos de autoria de Marcos Leite Garcia; Paulo de Tarso Brandão; Mário João Ferreira Monte e Clóvis Demarchi. O segundo com artigo de autoria de Josemar Sidinei Soares. O terceiro com artigos de autoria de Maurizio Oliviero e Paulo Márcio Cruz; Rafael Padilha dos Santos e Maurizio Oliviero; Pedro Manoel Abreu; Márcio Ricardo Staffen e Maurizio Oliviero; Antonio Bartolini e Alessandra Pioggia; e Roberto Epifanio Tomaz e Massimo Billi. O quarto com artigos de Zenildo Bodnar; Ricardo Stanziola Vieira; Liton Lanes Pilau Sobrinho; Denise Schmitt Siqueira Garcia e Heloise Siqueira Garcia; Andrés Molina Giménez e Maria Claudia S. Antunes de Souza; e Andrés Molina Giménez, Marcelo Buzaglo Dantas e Rafaela Borgo Koch. Por fim, quinto e último eixo temático apresenta artigos de autoria de Luciene Dal Ri; César Luiz Pasold; Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto; Alexandre Morais da Rosa; José Antonio Savaris; e Osvaldo Agripino de Castro Junior.

Desejamos a todos uma agradável e produtiva leitura.

Prof. Dr. Paulo Márcio Cruz
Prof. Dr. Antônio Bartolini

[1] Os livros decorrentes deste convênio são publicados pela Univali e podem ser acessadas pelo link: <http://siaiapp28.univali.br/lstfree.aspx?type=ebook&id=4>; e outros publicados pela Universidade de Perugia e podem ser acessadas pelo link: <http://www.giurisprudenza.unipg.it/index.php/ricerca/dottorato-co-tutela/2-non-categorizzato/1145-e-books-univali>.

A CONCEPÇÃO TRIDIMENSIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE GREGORIO PECES-BARBA: REFLEXÕES NA BUSCA DE CRITÉRIOS PARA O CONCEITO DE DIREITOS HUMANOS

Marcos Leite Garcia[1]

"Siempre he dicho que la mayor riqueza de un profesor universitario son sus lecturas"

Gregorio Peces-Barba[2]

INTRODUÇÃO

Gregorio Peces-Barba é um autor infelizmente pouco conhecido no meio acadêmico brasileiro. A importância de sua obra para a determinação de critérios para a formulação de um conceito de direitos fundamentais é um dos pontos que o presente artigo objetiva esclarecer. Jusfilósofo nascido em Madrid em 13 de janeiro de 1938, filho de um advogado que lutou pela República Espanhola[3], professor da Universidade Complutense desde jovem e depois da Universidade Carlos III, ambas de Madrid, teve uma trajetória política e acadêmica com exemplar dedicação à causa dos direitos fundamentais, tanto na prática como advogado e político[4], e

---

[1] Doutor em Direitos Fundamentais; Master em Direitos Humanos; ambos cursos realizados no Instituto de Direitos Humanos da Universidade Complutense de Madrid, Espanha, no qual foi aluno do professor Dr. Gregorio Peces-Barba. Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, Cursos de Mestrado e Doutorado, e do Curso de Graduação em Direito da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) - Santa Catarina. E-mail: mleitegarcia@terra.com.br.

[2] PECES-BARBA, Gregorio. **Introducción a la Filosofía del Derecho**. Madrid: Debate, 1983. p. 14-15.

[3] São muito interessantes as reflexões de Peces-Barba em uma de suas obras sobre suas memórias: "Mis primeros recuerdos de niño, con cuatro o cinco años, son las visitas a mi padre en la cárcel de Torrijos, donde estaba recluido por 'auxilio a la rebelión', que era el delito creado e impuesto *ex post facto* para condenar a los vencidos de la Guerra Civil. Puede parecer un sarcasmo llamar rebeldes a quienes fueron leales al juramento que habían prestado al Gobierno de la República, pero me parece sobre todo un signo del papel del poder en la creación del derecho". PECES-BARBA, Gregorio. **La democracia en España**: experiencias y reflexiones. Madrid: Ediciones Temas de Hoy, 1996. p. 24.

[4] Nas palavras de Noan Chomski e Edward S. Herman a mídia não é um veículo independente, comprometido com a verdade e imparcial. Os meios de comunicação de massa em diversos cantos do planeta têm servido aos interesses econômicos daqueles que os controlam e financiam. Veja-se: CHOMSKI, Noan; HERMAN, Edward S. **A manipulação do Público**: Política e poder econômico no uso da mídia. São Paulo Futura. 2003. 470 p. Um dos muitos danos que a mídia elitista brasileira tem feito à democracia é a demonização da política, dos políticos e dos partidos políticos. Sobretudo dos partidos políticos que defendem os trabalhadores e/ou lutam por causas progressistas. Assim foi feito desde o início com o movimento trabalhista fundado por Getulio Vargas, na crise que levou ao suicídio do presidente Vargas em 24 de agosto de 1954, no Golpe de Estado de 1º de abril de 1964 contra o presidente constitucional João Goulart e agora com o Partido dos Trabalhadores dos presidentes Luiz Ignácio Lula da Silva e Dilma Rousseff. O massacre constante e a desleal manipulação da opinião pública por parte da mídia tradicional é um problema que coloca em risco a estabilidade democrática da República Federativa do Brasil. Temos afirmado em alguns foros que é impossível viver em uma democracia sem partidos políticos autênticos que tenham como base movimentos verdadeiramente sociais e populares. Partidos Políticos criados de cima para baixo somente servem para perpetuar no poder os chamados *donos do poder* (Raymundo Faoro) e consolidar as diferenças sociais de sempre. Estamos ciente de que este é um problema mundial. O professor Alberto Miglino da *Università degli Studi di Roma*, recordando primeiramente o fascismo, nazismo e comunismo e os seus

sobretudo na teoria a partir da docência e sua obra[5]. Advogado atuante durante os últimos anos da longa ditadura do General Francisco Franco, destacou-se na defesa dos direitos humanos de presos políticos, sobretudo durante os chamados julgamentos de burgos[6]. Docente por vocação desde muito jovem, entrou como professor ajudante na Universidade Complutense de Madrid em 1963 e sua tese de doutorado sobre a obra de Jacques Maritain[7] foi defendida em 1970, tendo sido orientado pelo professor Joaquìn Ruiz-Giménez[8]. Também o professor Elías Díaz[9] desde seus

---

respectivos controles da mídia de massa, leciona que quem controla a mídia pode controlar a consciência: "O poder popular na democracia moderna, sobretudo, no controle dos que governam, mas na sua execução há necessidade de informação imparcial e o mais fiel à realidade". E damos ênfase como segue Miglino que: "Então, antes de tudo **ninguém deveria controlar a mídia concentrando-a em suas mãos**. Um sistema de informação centralizado, não podendo ser eficazmente negado, **pode impor a sua verdade e fazer passar o preto por branco**". E segue de forma ainda mais contundente: "A **opinião pública** já não seria mais a controladora, mas a **controlada por aqueles que têm a gestão do poder de informar**, com resultados bem mais sutis do que a supremacia exercida abertamente, porque quem a ela se submete não é consciente, sendo convencido a formar sua avaliação e desenvolver sua personalidade em absoluta liberdade." E Miglino faz a seguinte indagação: "[...] que liberdade intelectual e de expressão pode-se ter se as mensagens que a pessoa recebe a distanciam da realidade sobre qual deveria refletir?" E segue: "**A distribuição dos sistemas de informação em diferentes mãos**, o pluralismo dos meio de comunicação, **fazem com que ninguém possa impor a sua maneira de ver** ou fazer o **que seja conveniente a seus interesses**. Quanto mais fontes de informação, maior a possibilidade de revelar a verdade: ninguém pode alterá-la com a segurança de não ser contestado". MIGLINO, Arnaldo. **A Cor da Democracia**. Florianópolis: Conceito, 2010. p. 128-130 (grifo acrescentado).

[5] A vasta obra do professor Gregorio Peces-Barba Martínez é no presente artigo amplamente citada. Na docência o professor Peces-Barba foi um líder entre seus pares, reunia excelentes professores em seu entorno, e no Instituto de Direitos Humanos da Univ. Complutense, baixo sua direção, tivemos a oportunidade de ser aluno dos seguintes professores: Joaquín Ruiz-Giménez, Antonio Truyol y Sierra, Antonio Pérez Luño, Eusebio Fernández, Nicolás López Calera, Jesus González Amuchastegui, Rafael de Asís, além do próprio Peces-Barba entre outros.

[6] Gregorio Peces-Barba ganha notoriedade nacional por haver sido advogado de um dos acusados no chamado Processo de Burgos. O Processo de Burgos, também conhecido como *Juicio de Burgos*, foi um julgamento de rito sumaríssimo do Conselho de Guerra da ditadura do General Franco, iniciado em 3 de dezembro de 1970 na cidade de Burgos, contra dezesseis membros nacionalistas bascos acusados de assassinato de três pessoas em sua luta contra o regime autoritário. As mobilizações populares, a repercussão e a pressão internacional sem precedentes conseguiram que as condenações a pena de morte impostas a seis dos imputados não fossem levadas a cabo sendo comutadas em penas de reclusão. Enorme foi a repercussão do processo de Burgos e muitas manifestações nas principais cidades da Espanha. Marcou o início do fim da ditadura espanhola que durou quatro décadas.

[7] Publicada como: PECES-BARBA, Gregorio. **Persona, Sociedad, Estado**: pensamiento social y político de Maritain. Madrid: Cuadernos para el Diálogo, 1972. 318 p.

[8] Joaquín Ruiz-Giménez Cortés (1913-2009), homem de profundas convicções entre elas a religião católica, a ética e os direitos humanos. Ajudou ao professor Peces-Barba a fundar o primeiro Instituto de Direitos Humanos da Universidade Complutense, no qual tivemos a honra de ser aluno. Professor da Universidade de Salamanca e depois da Universidade Complutense de Madrid, catedrático de Filosofia do Direito desde 1943 tem uma longa lista de orientandos ilustres. Sua vocação era o estudo do Direito Natural, sua *obra Introducción a la filosofía jurídica* é um clássico entre os jusfilósofos da Espanha. Entre os muitos cargos políticos que ocupou destaca-se o de Ministro da Educação (1951-1956), Embaixador da Espanha na Santa Sede (1948-1951), primeiro Defensor del Pueblo (1982-1987) da democracia espanhola e de Presidente da Unicef-Espanha (1989-1991). Entusiasta das reformas do Papa João XXIII e nessa época (1963) fundou os *Cuadernos para el Diálogo*, época em que Peces-Barba era seu professor assistente, revista aberta a todos e fruto de sua dissidência com o regime franquista e que segundo palavras de Elías Díaz, "[...] pieza clave, junto a otras y junto a otros diferentes colaboradores, para esa movilización social y política, también religiosa y cultural, que impregnó la sociedad española y fue, a mi juicio, decisiva para la democracia en nuestro país". DÍAZ, Elías. Joaquín Ruiz-Giménez: Del Derecho natural a los derechos naturales. **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.32, 2009. p. 16. Para uma visão do pensamento jurídico do professor Ruiz-Giménez, veja-se: RUIZ-GIMÉNEZ CORTES, Joaquín. **Introducción a la Filosofía Jurídica**. 2 ed. Madrid: Ediciones y Publicaciones Españolas S. A., 1960. 415 p.

[9] Elías Díaz García (1934), professor de Filosofia do Direito, muito jovem na Universidade Complutense de Madrid já colaborador de Joaquín Ruiz-Giménez e do filósofo José Luis López Aranguren. Doutor pela Universidade Bolonia, trabalhou na Italia com Norberto Bobbio e Renato Treves. Catedrático de Filosofia do Direito na Universidade Autônoma de Madrid foi desde sempre considerado por Gregorio Peces-Barba como um dos seus mestres maiores. Seu livro *Estado de Derecho y sociedad democrática*, escrito em 1966 e com muitas edições e revisões é considerado um clássico na teoria do Direito e da Democracia na Espanha. O mesmo tem uma tradução em português e influenciou estudiosos do país vizinho. Em 2005 em uma visita a Florianópolis para palestrar no Congresso Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, após uma conversa com o autor do presente texto cedeu para a nossa Revista Novos Estudos Jurídicos (PPCJ/UNIVALI) um excelente artigo que é referência na matéria da relação entre Estado de Direito e direitos humanos. Veja-se: DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y Derechos Humanos. **Revista Novos Estudos Jurídicos.** Notas

primeiros tempos de universidade foi seu mentor. Ainda na Universidade Complutense foi posteriormente catedrático de Filosofia do Direito até 1989. Em 1989 teve a importante missão de fundar a Universidade Carlos III de Madrid, da qual foi reitor desde sua fundação até 2007 e catedrático de Filosofia do Direito até seu falecimento em 24 de julho de 2012. Político atuante e considerado de fundamental importância na transição democrática, foi deputado constituinte e por mais duas legislaturas, além de presidente da Câmara Baixa (*Congreso de Diputados*) em sua última legislatura[10]. Em 1986 deixou a política para dedicar-se com exclusividade a sua verdadeira vocação: a carreira docente, entre o ensino e a investigação[11]. Ainda como deputado do Partido Socialista Obreiro Espanhol (PSOE) foi eleito a primeira vez para participar da Assembléia Nacional Constituinte, e assim foi um dos sete relatores da constituição espanhola de 1978. Considerado como um dos *padres de la constitución de 1978*. Autor e líder de uma reconhecida Escola de Direitos Fundamentais, desde o Instituto de Derechos Humanos da Universidade Complutense, que irá sendo consolidada sobretudo em sua segunda etapa como catedrático no intitulado Instituto Bartolomé de Las Casas na Faculdade de Direito da Universidade Carlos III de Madrid.

Uma das teses mais conhecidas de Gregorio Peces-Barba, é a que sustenta que "[...] os direitos fundamentais são um conceito histórico do mundo moderno que surge progressivamente a partir do *trânsito à modernidade*"[12]. Essa é uma das máximas da teoria dos Direitos Fundamentais do professor Gregorio Peces-Barba, de extrema importância na fundamentação dos direitos e que determina sua metodologia para a abordagem do tema[13]. Nesse sentido, também

---

de Marcos Leite Garcia. Itajaí, v. 11, n. 1, p. 9-25, jul./dez. 2006; e a tradução para o português do clássico livro do professor Elías Díaz: DIAZ, Elías. **Estado de Direito e Sociedade Democrática**. Prefácio e tradução Francisco Sá Carneiro. Lisboa: Iniciativas, 1969. 205 p.

[10] "En todo caso la Presidencia del Congreso en manos de Gregorio Peces-Barba conoció momentos muy honorables y dignos que después se han hecho falta. Y estuvo, sin duda, a la altura del apoyo de los 338 votos de los 346 diputados que asistieron a su votación". FERNÁNDEZ GARCIA, Eusebio. Gregorio Peces-Barba: apuntes biográficos. *In:* VV.AA. **Entre la Ética, la Política y el Derecho:** Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba. Vol. I. Madrid: Dykinson, 2008. p. 460.

[11] "En 1986 al terminar la legislatura en la que desempeño el cargo de Presidente del Congreso de Diputados, nuestro biografiado decide dejar la política práctica y solicita la dedicación exclusiva en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid". FERNÁNDEZ GARCIA, Eusebio. Gregorio Peces-Barba: apuntes biográficos. p. 459.

[12] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 146.

[13] Uma das primeiras dificuldades que apresenta o tema é quanto a sua terminologia. Dessa maneira, faz-se necessário um esclarecimento sobre a terminologia mais correta usada com referência ao fenômeno em questão. Diversas expressões foram utilizadas através dos tempos para designar o fenômeno dos direitos humanos, e diversas também foram suas justificações. Peces-Barba discorre sobre as diversas possibilidade (*direitos humanos, direitos naturais, direitos públicos subjetivos, liberdades públicas, direitos morais*) e opta pela terminologia *direitos fundamentais*. PECES-BARBA, Gregorio. Aproximación lingüística. In: ____. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 21-38. Em nossa opinião duas são expressões as corretas para serem usadas atualmente: direitos humanos e direitos fundamentais, as demais ficam no tempo, servem para a história. O título do presente artigo propositalmente trás as duas expressões. Respaldamos nossa opinião no consenso geral existente na doutrina especializada no sentido de que os termos direitos humanos e direitos do homem se utilizam quando fazemos referência àqueles direitos positivados nas declarações e convenções internacionais, e o termo direitos fundamentais para aqueles direitos que aparecem positivados ou garantidos no ordenamento jurídico de um Estado. Da mesma forma que os distintos autores quando se referem à história ou à filosofia dos

leciona o *jusfilósofo* italiano Norberto Bobbio[14] os "direitos não nascem todos de uma só vez. Nascem quando devem ou podem nascer". E justifica o professor de Turim, que os Direitos fundamentais "[...] Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências". Segue justificando o mesmo que "[...] ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitação de poder; remédio que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor". Nesse sentido, a concepção de Gregório Peces-Barba[15] sobre o trânsito à modernidade diz que:

> [...] o trânsito à modernidade é um momento revolucionário, de profunda ruptura, mas ao mesmo tempo importantes elementos de sua realidade já se anunciavam na Idade Média, e outros elementos tipicamente Medievais sobreviveram ao fim da Idade Média, neste trânsito à modernidade e até o século XVIII, aparecerá à filosofia dos direitos fundamentais, que como tal, é uma novidade histórica do mundo moderno, que tem sua gênese no trânsito à modernidade, e que, por conseguinte, participa de todos os componentes desse trânsito já sinalizados, ainda que sejam os novos, os especificamente modernos, os que lhe dão seu pleno sentido[16].

Gregorio Peces-Barba, desde suas próprias palavras,[17] assim como também Luigi Ferrajoli, considerava-se discípulo e seguidor de Norberto Bobbio e de uma nova forma de positivismo a partir do Estado Constitucional de Direito nascido no pós Segunda Guerra Mundial. Será então no entorno do desenvolvimento do novo ideário do Estado Constitucional ou democrático e social de Direito que o positivismo-constitucionalismo garantista de Ferrajoli ou o chamado positivismo *corrigido* ou *ético* de Peces-Barba[18] irão se desenvolver. Em suma, são teorias que podem ser

---

direitos humanos, usam, de acordo com suas preferências, indistintamente os aludidos termos. Então, para efeitos do presente trabalho as expressões direitos fundamentais e direitos humanos são sinônimas. Neste sentido, entre outros: PEREZ LUÑO, Antonio. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid: Tecnos, 1986, p. 31; BARRANCO, Maria del Carmen, El discurso de los derechos: del problema terminológico al debate conceptual. Madrid: Dykinson, 1992 , p. 20; e SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 33.

[14] BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 25.

[15] PECES-BARBA, Gregório. **Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales**. Madrid: Mezquita, 1982, p. 4.

[16] Gregório Peces-Barba, com relação à expressão trânsito à modernidade, encontra dificuldade na delimitação cronológica do período em razão das divergências de interpretação quanto à origem da Idade Média e onde se localiza o início do Renascimento. Considerou, portanto, mais adequado utilizar o termo para o período histórico que se iniciará no século XIV e chegará até o século XVIII ou XIX. Evidentemente que dependendo da região em que estaria sendo aludida, uma vez em algumas regiões as condições de superação do feudalismo se darão antes, como na Itália e Inglaterra e em outras mais atrasadas será depois como na França e na Alemanha; assim sendo na península ibérica ainda mais atrasadas. Em algumas latitudes o feudalismo adentra até o século XX, quiçá o XXI. GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. In: VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Julio Cesar. Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 194.

[17] Em diversas oportunidades o professor Gregorio Peces-Barba se declarou como um discípulo de seu mestre Norberto Bobbio. Como por exemplo: PECES-BARBA, Gregorio. Los noventa años de Bobbio. El País, Madrid, p. 25, 7 jan. 2000; e PECES-BARBA, Gregorio. Prólogo. In: Bobbio. Autobiografía. Tradução de Esther Benítez. Madrid: Taurus, 1998. p. 20.

[18] Assim se posiciona Peces-Barba no que se refere a sua Teoria do Direito em seu debate com a obra de Gustavo Zabrebelski. Veja-se em: PECES-BARBA, Gregorio. **Derecho sociales y positivismo jurídico**: escritos de Filosofía Jurídica y Política. Madrid: Dykinson/Universidad Carlos III de Madrid, 1999. p. 123. Veja-se também no mesmo sentido os seguintes textos: PECES-BARBA, Gregorio. **La democracia en España**. p 91-92; PECES-BARBA, Gregorio. **La España civil**. Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2005. p. ; e da

classificadas como pertencentes ao contexto do *neopositivismo jurídico*. Peces-Barba a partir de sua teoria *dualista* que segundo seu discípulo e colaborador Rafael de Asís Roig[19] em uma segunda e mais importante etapa de sua obra passará a ser *trialista* ou tridimensional; uma vez que o professor de Madrid a partir dos anos de 1990 passa a lecionar que os mesmos devem ser tratados a partir de uma concepção tridimensional que leva em consideração as suas dimensões axiológicas, normativas e fática[20].

Dentro exatamente desse contexto Liborio Hierro, um dos seus professores colaboradores desde os seus inícios de Universidade Complutense, considera a Teoria do Direito de Gregorio Peces-Barba como uma Teoria do Direito do Estado Constitucional[21]. A Teoria dos Direitos Fundamentais do professor Peces-Barba deve ser exatamente situada no contexto de um novo paradigma de positivismo jurídico, *ético* ou *corrigido* conforme suas palavras, e seu historicismo, desenvolvido por suas linhas de evolução[22], certamente que é progressista e não conservador

---

mesma forma o texto de seu ex-aluno e discípulo: DORADO, Javier. El positivismo "corrigido": análisis de algunos aspectos de la filosofía jurídica de Gregorio Peces-Barba. *In:* VV.AA. **Entre la Ética, la Política y el Derecho:** Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba. Vol. I. Madrid: Dykinson, 2008. p. 429-453.

[19] ASÍS ROIG, Rafael de. **Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos**: una aproximación dualista. Madrid: Dykinson/Universidad Carlos III de Madrid, 2001. p. 19. No mesmo sentido em: ASÍS ROIG, Rafael de. La concepción dualista de los Derechos Fundamentales en la teoría de Gregorio Peces-Barba. *In:* VV.AA. **Entre la Ética, la Política y el Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba**. Vol. I. Madrid: Dykinson, 2008. p. 393.

[20] Muitos foram os autores que trabalharam desde uma Teoria do Direito de forma tridimensional, destaca-se entre todos a obra do brasileiro Miguel Reale, que de forma similar concebia as dimensões fática, normativa e axiológica. Importante chamar a atenção que o professor Peces-Barba nunca chamou a sua própria teoria de tridimensional, essa é uma interpretação de seus discípulos e dos comentaristas de sua obra.

[21] Um dos pontos mais importantes da obra do professor e jusfilósofo espanhol Gregorio Peces-Barba que merece ser destacado certamente é o aludido fato de que Liborio Hierro considera a Teoria do Direito de Gregorio Peces-Barba como uma Teoria do Direito do Estado Constitucional, e que sua corrente de pensamento hoje não resulta nada extravagante. Em tempos recentes de um acirrado e radical neoliberalismo e também de modismos na teoria do direito, os chamados neopositivistas, assim rotulados por alguns, acabaram ficaram um pouco *fora de moda* (um absurdo as *modas* também na academia, uma forma de manipulação). Gregorio Peces-Barba sempre esteve longe dos radicalismo e por isso mesmo desde sempre foi vitima dos ataque mais injustos: seja dos neoliberais, que o acusam de comunista e de outras adjetivos impublicáveis; ou da esquerda mais radical, que o consideram injustamente apenas um liberal. Na verdade são posições radicais, e algumas até mesmos raivosas, que não merecem atenção, mas que mencionamos por havermos também sido vitimas de preconceitos por estudar sua obra. HIERRO, Liborio. En busca del arca perdida: diez comentarios a las tesis de Gregorio Peces-Barba sobre el fundamento de un sistema jurídico. *In:* VV.AA. **Entre la Ética, la Política y el Derecho:** Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba. Vol. I. Madrid: Dykinson, 2008. p. 649-650.

[22] Uma outra das sugestivas contribuições do professor Gregorio Peces-Barba à teoria dos direitos fundamentais, entre tantas, consiste no estudo das chamadas linhas de evolução dos direitos em questão que são relatadas nos seguintes processos, entre os quais incluímos didaticamente um anterior por nós chamado processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. Resumidamente estes são: a) processo de positivação: a passagem da discussão filosófica ao Direito positivo (primeira geração, direitos de liberdade); b) processo de generalização: significa a extensão do reconhecimento e proteção dos direitos de uma classe a todos os membros de uma comunidade como conseqüência da luta pela igualdade real (direitos sociais ou de segunda geração); c) processo de internacionalização: ainda em fase embrionária, de difícil realização prática e que implica na tentativa de internacionalizar os direitos humanos e que ele esteja por cima das fronteiras e abarque toda a Comunidade Internacional; d) processo de especificação: pelo qual se considera a pessoa em situação concreta para atribuir-lhe direitos seja como titular de direitos como criança, idoso, como mulher, como consumidor, etc, ou como alvo de direitos como o de um meio ambiente saudável ou à paz (direitos difusos ou de terceira geração). PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 146-198. O processo de formação do ideal dos direitos fundamentais, anterior à positivação, seria então a nossa contribuição, com um objetivo puramente didático-científico para as chamadas linhas de evolução do conceito formuladas inicialmente por Norberto Bobbio e desenvolvidas pelo professor espanhol. Ainda que preferimos a expressão *linhas de formação histórica do conceito*, uma

como são os historicismos mais tradicionais[23].

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PENSAMENTO DE GREGORIO PECES-BARBA

O pensamento de Gregorio Peces-Barba sobre os Direitos Fundamentais tem como ponto inicial a histórica distinção e separação entre a ética pública e a ética privada. Os direitos fundamentais, como desenvolvimento dos valores das conquistas humanas civilizatórias, como indica Peces-Barba são a vertente subjetiva central da moralidade pública para alcançar a proteção do indivíduo frente as ameaças da tirania e autoritarismo do Estado e também da Igreja[24].

Será a ética pública da Modernidade a proposta de Peces-Barba, desde uma Teoria da Justiça, para que o poder político que a incorpore seja legítimo e o Direito assumido e posto seja justo. Toda a argumentação a favor da justiça incorporada pelo Direito tem como raiz comum a legitimidade do poder e a ética pública com a que se relacionam. E a máxima dessa ética pública é a dignidade da pessoa humana. Todos os objetivos devem convergir para favorecer o desenvolvimento de condições dignas da pessoa humana em todas as esferas de sua vida. Em especial destacam-se duas: *a)* fixar e realizar por si mesmas sua própria ética privada, como destaca o próprio professor espanhol; e *b)* antecipando - com o objetivo de dar ênfases aos direitos sociais - dita ética pública será desenvolvida através dos dois séculos seguintes ao primeiro processo de positivação dos direitos fundamentais para a concretização de um mínimo existencial digno do ser humano, trata-se do fundamental tema das necessidades básicas. Não resta dúvida que este será o natural caminho do desenvolvimento da dignidade da pessoa humana a partir do processo de generalização (generalizar os Direitos e a dignidade a todos os membros da Sociedade).

---

vez que devemos evitar a expressão evolução quando tratamos o tema dos direitos fundamentais, já que a história nos ensina que tivemos momentos de involução. GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Revista Novos Estudos Jurídicos.** Itajaí, v. 10, n. 2, p. 417-450, jul./dez. 2005.

[23] Convencionalmente o historicismo é confundido com teorias conservadoras que pregam uma neutralidade axiológica, e são contrários às filosofias da história ou mesmo como uma reação negativa à filosofia do Iluminismo. Pelo contrário, a obra de Peces-Barba e do grupo que publicou uma longa coleção de História dos Direitos Fundamentais pela editora Dykinson não podem ser assim classificados. Veja-se a obra completa *Historia de los Derechos Fundamentales* - dirigida por Gregorio Peces-Barba e que foi um dos grandes projetos de sua vida, nela estão os estudos dos principais autores e colaboradores de sua escola de direitos fundamentais. São os organizadores da obra: Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández, Rafael de Asis, Francisco Javier Ansuátegui Roig. Obra em 22 volumes do século XVI ao XX.

[24] Em diversos momentos de sua obra, Peces-Barba leciona sobre a importância da distinção no alvorecer do ideal dos direitos fundamentais, na formação do direito natural racionalista que é base dos atuais direitos fundamentais. De forma mais didática e direta em: PECES-BARBA, Gregorio. Ética pública-ética privada. **Anuario de Filosofía del Derecho**. Vol. XIV, p. 513-544, 1997; PECES-BARBA, Gregorio. **Ética, Poder y Derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995. 156 p.

No que se refere à ética privada, diz Peces-Barba[25] que a justiça e o Direito não podem conter a obrigação de comportamentos que conduzem diretamente ao *bem*, à *virtude* e à *felicidade*, todas questões subjetivas que estão no âmago da ética privada de cada pessoa. A pessoa deve ser livre para escolher sua ética privada, no contexto atual refere-se ao respeito da *autonomia da vontade* de cada um. Deve ser garantido que cada pessoa tenha condições suficientes para que possa fazer uso de sua liberdade de eleição e assim de decidir, por si mesma, sobre seu objetivo, caminho ou plano de vida. Também deve-se evitar dentro do possível que obrigações jurídicas derivadas de critérios de justiça possam confrontar-se com deveres de consciência no âmbito da ética privada (caso das objeções de consciência).

Não resta dúvida que a partir do novo paradigma do Estado Constitucional de Direito, os direitos fundamentais passam a legitimar todo o sistema de normas. Ademais, importante destacar que os direitos fundamentais são conquistas históricas da humanidade e somente foram possíveis a partir de uma série de acontecimentos marcantes que levaram a uma mudança na estrutura da sociedade e na mentalidade do ser humano[26]. Por isso mesmo como fundamentam os italianos Riccardo Guastini[27] e Luigi Ferrajoli uma das características do novo paradigma do Direito do pós guerra é a exatamente a rigidez constitucional. Assim faz parte do novo paradigma aludido a chamada por Ferrajoli esfera do não-decidível, esfera do indecidível, ou do núcleo duro que chama-se no Brasil de cláusulas pétreas, ou ainda território proibido por Norberto Bobbio, coto vedado por Ernesto Garzón Valdés; em suma: Direitos Fundamentais constitucionalizados e que não podem ser abolidos ou revogados[28].

Gregório Peces-Barba[29] analisa que os direitos fundamentais são remitidos a uma pretensão moral justificada sobre traços importantes derivados da idéia de dignidade humana que tão-somente a partir da sua recepção no Direito positivo poderá ter a sua finalidade efetivada. Devida a essa característica alcança-se a *compreensão* dos direitos fundamentais de uma visão integral do *fundamento* e do *conceito.* Sua inseparável conexão se produz porque o direito tem uma raiz moral que se indaga por intermédio da *fundamentação*, mas não são tais sem pertencer

---

[25] PECES-BARBA, Gregorio. **Ética, Poder y Derecho**. p. 75-79.

[26] GARCIA, Marcos Leite. Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais. *In*: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 46, 31.10.2007. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2343> Acesso: 30 de março de 2015, p. 4.

[27] A Constituição rígida é a primeira característica na teorização de Guastini sobre o novo constitucionalismo pós 1945. GUASTINI, Riccardo. La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 50-51.

[28] FERRAJOLI, Luigi. La esfera de lo indecidible y la división de los poderes. *In:* _____. **Democracia y garantismo.** Tradução de Perfecto A. Ibáñes, et al. Madrid: Trotta, 2008. p. 102-109.

[29] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 103.

ao ordenamento e poder, assim ser eficazes na vida social, realizando a função que os justifica. Neste sentido, a moralidade e juridicidade formam o âmbito de estudo necessário para a *compreensão* dos direitos fundamentais.

Para o professor espanhol[30] não teria sentido falar da *fundamentação* de um direito que não seja logo suscetível em nenhum caso de integrar-se no Direito positivo, e tão pouco terá sentido falar do *conceito* de um direito ao que não se lhe possa encontrar uma raiz ética vinculada às dimensões centrais da dignidade humana. Nos direitos fundamentais a moral e o direito estão entrelaçados e a separação os faz incompreensíveis. A *compreensão* dos direitos fundamentais, da moral e do direito, aparecerem conectados pelo Poder. Os direitos fundamentais que se originam e se fundam na moralidade lançam-se no direito pela intervenção do Estado. Esta é a sua concepção *dualista* inicial.

Leciona o professor de Madrid que sem o apoio do Estado esses valores morais não se convertem em Direito positivo, e, por conseguinte, carecem de força para orientar a vida social em um sentido que favoreça sua finalidade moral. No entanto, quando a moralidade incorporar-se ao Direito positivo está frente a uma *pretensão moral justificada* que constituem a Filosofia do direito fundamental[31]. E, a partir da pressão dada pelos cidadãos o Estado assume seu papel para formar parte do Direito positivo. Dessa maneira, antes do primeiro processo de positivação levado a cabo com as revoluções burguesas do século XVIII, necessário tratar de um anterior processo de evolução que seria o qual chamamos de processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. Esse processo de evolução estaria diretamente relacionado com perguntas fundamentais entabuladas por Gregório Peces-Barba[32]. Primeiramente questiona o autor *o por que dos direitos fundamentais? Por que devem ser respeitados os direitos fundamentais?* Como segundo questionamento, *para quê dos direitos fundamentais?* E como terceira pergunta fundamental, incluída por nós em outro trabalho[33]: *qual deve ser seu conteúdo (?)*, visto que os direitos fundamentais não são um conceito estático por tratar-se de um conceito que acompanha as demandas da Sociedade.

---

[30] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 104.
[31] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 104.
[32] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 104.
[33] Veja-se: GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Revista Novos Estudos Jurídicos.** Itajaí, v. 10, n. 2, p. 417-450, jul./dez. 2005.

2. A CONCEPÇÃO TRIDIMENSIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PENSAMENTO DE GREGORIO PECES-BARBA

Segundo a teoria dos Direitos Fundamentais do professor Peces-Barba, os mesmos devem ser tratados a partir de uma concepção *trialista* ou tridimensional que leva em consideração as suas dimensões axiológicas: validade-legitimidade; normativas: vigência-legalidade; e fática: eficácia-efetividade. Ou as dimensões éticas, jurídicas e fáticas ou sociais que formam a concepção tridimensional de Gregorio Peces-Barba. Dita concepção tridimensional dos Direitos Fundamentais terá como uma das teses centrais a visão integral do fenômeno dos direitos e será de fundamental importância para a delimitação de seu conceito de direitos fundamentais. Trarão os elementos constitutivos para o enquadramento de um direito no rol dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais visando sua efetiva realização teriam seu conceito calcado em três características principais, uma relacionada com sua validade (fundamento-legitimidade), com sua vigência (positividade-legalidade) e com as práticas sociais (eficácia ou efetividade). Estas seriam as três dimensões dos direitos fundamentais: uma ética, uma jurídica e outra fática ou social.

2.1. A Dimensão Ética: Direitos Fundamentais como uma pretensão moral justificada

Em primeiro lugar devemos ver a dimensão ética do fenômeno, uma vez que os direitos fundamentais são uma pretensão moral justificada. Os direitos fundamentais devem ser, ou devem partir de uma pretensão moral que esteja justificada na dignidade da pessoa humana e na igualdade – seus dois pilares principais -, na liberdade, solidariedade e na segurança jurídica – seus outros três pilares de sustentação -. Dito em outras palavras: os direitos fundamentais devem estar fundamentados em alguns valores básicos que foram se formando a partir da modernidade. Nos dizeres de Peces-Barba[34]:

> Uma pretensão moral justificada, tendente a facilitar a autonomia e a independência pessoal, enraizada nas idéias de liberdade e igualdade, com matizes que aportam conceitos como solidariedade e segurança jurídica e construída pela reflexão racional na história do mundo moderno, com as contribuições sucessivas e integradas da filosofia moral e política liberal, democrática e socialista.

Essa explicação da pretensão moral justificada é exatamente a fundamentação teórica do

[34] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 109.

por que dos direitos fundamentais. Algo que seja contrario a dignidade da pessoa humana, ou a igualdade e a liberdade entre todos não poderá ser justificado como possível futuro direito fundamental. Um direito fundamental somente como pretensão moral justificada, sem ser norma positivada seria ainda um direito natural[35]. Essa pretensão moral justificada deve ser, portanto, positivada para ser um direito fundamental; uma vez que os direitos fundamentais devem de ter a possibilidade ou estar previstos em um texto legal. Assim estamos considerando duas das dimensões de seu conceito integral: o conceito ou visão integral dos direitos fundamentais pode ser compreendido, em primeiro lugar, sob dois pontos de vista ou dimensões: uma dimensão ética, que se traduz no caminho para fazer possível a dignidade humana e a consideração de cada ser humano como pessoa moral, e por outro lado a dimensão jurídica, que reconhece e explica a incorporação dos direitos ao direito positivo[36]. No mesmo sentido, diz o professor Peces-Barba[37] que:

> Para falar de pretensão moral justificada é necessário que desde o ponto de vista de seus conteúdos seja generalizável, suscetível de ser elevada a Lei geral, é dizer, que tenha um conteúdo igualitário, atribuível a todos os destinatários possíveis, sejam os genéricos *homem* ou *cidadão* ou os situados *trabalhador*, *mulher*, *administrado*, *usuário* ou *consumidor*, *criança*, etc.

Não resta dúvida que os direitos fundamentais têm essa exigência de serem positivados, pois se ficassem somente no plano teórico de pretensão moral justificada não seriam direitos e sim somente uma idéia ou um direito natural (direitos morais prévios à positivação). Sem dúvida que o consenso acerca do direito natural racionalista – construído pelos livres pensadores do transito à modernidade – é a base do consenso acerca dos direitos fundamentais atuais. Do contrário, sem o consenso em torno aos direitos, cairíamos na critica de Jeremy Bentham no sentido de que é impossível raciocinar com fanáticos armados de um direito natural e que a variedade de direitos naturais de diversas estirpes levaria a uma horrível guerra[38]. Os direitos fundamentais são ideológicos e sua edificação intelectual se dá a partir de *pretensões morais*

---

[35] Indiscutível a importância do Direito Natural, sobretudo o racionalista nos históricos processos de formação do ideal e de positivação dos direitos fundamentais.

[36] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 39.

[37] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 109.

[38] "[…] Es imposible razonar con fanáticos armados de un Derecho Natural que cada uno entiende a su modo, y del cual nada puede ceder ni quitar: que es inflexible, al mismo tiempo que ininteligible, que está consagrado a su vista como un dogma, y del cual nadie puede apartarse sin delito. En vez de examinar las leyes por sus efectos, en vez de juzgarlas como buenas o malas, estos fanáticos solamente las juzgan por su conformidad o contrariedad con este supuesto Derecho natural, que es decir, que sustituyen al razonamiento de la experiencia todas las quimeras de su imaginación… ¿No es esto poder las armas en manos de todos los fanáticos contra todos los gobiernos? ¿En la inmensa variedad de ideas sobre la ley natural y la ley divina, no hallará cada uno alguna razón para resistir a todas las leyes humanas? ¿Hay un solo Estado que pudiera mantenerse un día, si cada uno se creyera obligado en conciencia a resistir a las leyes que no fueran conformes a sus ideas particulares sobre la ley natural o revelada? ¡Qué guerra sangrienta y horrible entre todos los intérpretes del Código de la Naturaleza, y todas las sectas religiosas! […].". BENTHAM, Jeremy. **Tratados de legislación civil y penal**. Tradução de Ramón Salas. Madrid: Editora Nacional, 1981. p. 94-95.

justificadas construídas com as contribuições sucessivas e integradas da filosofia moral e política liberal, democrática e socialista[39].

2.2. A Dimensão Jurídica: Direitos Fundamentais como possibilidade de ser uma norma jurídica exigível

Em segundo lugar e de acordo com sua dimensão jurídica, os direitos fundamentais devem ter a possibilidade de ser uma norma positiva, é dizer devem ter a possibilidade de técnica jurídica de ser positivado, de ser incluído como norma jurídica. Da mesma forma não devem ser somente uma norma positiva e ponto final como se de uma declaração ou carta de intenções se tratara, uma vez que devem ser uma norma positiva que deve vir acompanhada de sua respectiva garantia. Dito de outra forma: não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque virão momentos que será colocado em discussão, desobedecido e até sistematicamente violado. Isto é, além de positivado os direitos devem ter a possibilidade de ser exigido perante as autoridades competentes. Diz o professor Peces-Barba[40] que deve ser:

> Um subsistema dentro do sistema jurídico, o Direito dos direitos fundamentais, o que supõe que a pretensão moral justificada seja tecnicamente incorporável a uma norma, que possa obrigar a uns destinatários correlativos das obrigações jurídicas que se desprendem para que o direito seja efetivo, que seja suscetível de garantia ou proteção judicial, e, por suposto que se possa atribuir como direito subjetivo, liberdade, potestade ou imunidade a uns titulares concretos.

Então os direitos fundamentais, para se tornarem efetivos devem ser uma norma positiva acompanhada dos respectivos meios, instrumentos ou procedimentos, mecanismos de técnica jurídica que a doutrina chama de garantias. Ditas garantias não são um fim em si mesmas, mas instrumentos para a tutela de um direito fundamental. Dito de forma mais completa: deve tratar-se de uma pretensão moral justificada incluída em uma norma legal acompanhada de uma garantia. Partindo dessa proposta de definição podemos averiguar que o que hoje consideramos direitos fundamentais, e que efetivamente se encontram em nosso texto constitucional como tal: uma vez que, por exemplo, todos os direitos fundamentais encontrados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 são todas pretensões morais justificadas positivadas seguidas por suas respectivas garantias. Estudando as origens de todos os direitos fundamentais incluídos em nosso texto constitucional estaríamos fundamentando e justificando moralmente

[39] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 138-144; e p. 199-204.
[40] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 112.

aquelas pretensões que se transformaram em direito positivo. A justificativa moral dos direitos fundamentais é o estudo da principal pergunta da chamada, pelos professores Gregorio Peces-Barba e Nicolás Lopéz Calera[41], filosofia dos direitos fundamentais: o por quê dos direitos? Interessante também chamar a atenção no sentido de que algumas questões que podemos considerar como pretensão moral justificada e que, mesmo assim, o legislador preferiu não positivar como direitos fundamentais por serem subjetivas demais, uma vez que sua positivação pareceria pura demagogia[42].

2.3 A Dimensão Fática ou Social: Direitos Fundamentais como realidade social e condições essenciais para sua efetividade

Em terceiro lugar e de acordo com sua dimensão fática ou social, os direitos fundamentais são uma realidade social, é dizer, atuante na vida social, e por tanto condicionados na sua exigência por fatores extrajurídicos de caráter social, econômico ou cultural que favorecem, dificultam ou impedem sua efetividade[43]. Certamente impossível separar os direitos fundamentais da realidade social. A realidade social, o meio no qual será aplicado será fundamental para sua eficácia ou não. Dependerá de uma serie de fatores como a conscientização da sociedade em relação aos seus direitos fundamentais e às suas prerrogativas como cidadão; da vontade política da sociedade e de suas autoridades; das políticas públicas a serem incrementadas e que sejam verdadeiramente favoráveis aos menos favorecidos e aos direitos fundamentais de todos, a existência de uma real educação para a cidadania que preze por uma visão integral do conceito dos direitos fundamentais, é dizer que leve em consideração os direitos fundamentais como direitos inclusivos, de todos. Muitos outros fatores relacionados com a realidade social poderiam ser aludidos.

Um dos graves problemas da época atual para a efetividade dos direitos fundamentais é exatamente a não consideração de sua realidade social. A denominada, por Peces-Barba[44], principal negação parcial da atualidade, a teoria neoliberal, não considera os direitos sociais como

---

[41] Respectivamente: PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 104; e LOPEZ CALERA, Nicolás María. **Filosofía de los derecho (I)**. Granada: Editorial Comares, 1997. p. 205-272.

[42] O amor, por exemplo, sem nenhuma dúvida trata-se de uma pretensão moral justificadíssima, todo ser humano tem direito a amar e ser amado. É uma questão indiscutível, mas como poderíamos incluir uma norma de direito fundamental que fale do amor. O amor é subjetivo demais, o que é amor para uma pessoa pode não ser para outra. Uma vez declarado o amor um direito fundamental, como seria sua garantia?

[43] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 112.

[44] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 61-62.

direitos fundamentais. A falácia neoliberal leva a não efetividade dos direitos fundamentais uma vez prescinde não somente de sua segunda geração – os direitos sociais –, mas também de uma das dimensões do conceito ou visão integral dos direitos fundamentais. A visão integral do conceito dos direitos fundamentais exige uma reflexão sobre a dimensão ética e jurídica e também com relação a sua dimensão social. A dimensão social da visão integral dos direitos é a que tem relação com sua incidência social, isto é incidência real de fatores econômicos, sociais e culturais [45]. Todos fatores importantíssimos para uma verdadeira efetividade dos direitos fundamentais. Sobre os Direitos como direitos de todos e de acordo com seu conceito integral, diz o professor Peces-Barba[46]:

> Assim o analfabetismo, dimensão cultural, condiciona a liberdade de imprensa; e os progressos da técnica em um determinado momento da cultura científica, por exemplo, com os progressos das comunicações, condicionam a idéia de inviolabilidade de correspondência; ou a escassez de bens pode condicionar ou impedir, tanto para a existência de uma pretensão moral à propriedade pelo seu impossível conteúdo igualitário, quanto de uma norma jurídica pela impossível garantia judicial.

A efetividade é um conceito ambivalente na teoria do Direito para sinalizar a influência do Direito sobre a realidade social ou, ao contrario, da realidade social sobre o Direito[47]. Em latitudes como a nossa, o segundo suposto é o mais importante. No primeiro suposto se trata do impacto do Direito sobre a sociedade, de seus níveis de seguimento ou de obediência, e no segundo do condicionamento da justiça ou moralidade das normas ou de sua validade ou legalidade, por fatores sociais. Este é o suposto ao que fazemos alusão como terceiro e mais importante componente para a compreensão da efetividade ou não dos direitos fundamentais, uma vez que não dependem somente de serem valor moral e norma.

A história dos direitos fundamentais, que é também a história da luta pela dignidade humana, faz parte do patrimônio da humanidade. E esse patrimônio da humanidade deve ser ensinado através de uma educação igualitária que dê oportunidade para todos. Não resta dúvida que os direitos fundamentais são conquistas históricas da humanidade, e estas conquistas históricas devem ser valorizadas e divulgadas a partir de uma educação para os direitos humanos e a cidadania. O filósofo Voltaire[48] já argumentava no sentido de que um povo tem que aprender com sua história e com a história da humanidade. Não cabe dúvida que falta de conhecimento histórico, a ignorância leva ao fanatismo e a barbárie. Devemos sempre recordar para as futuras

[45] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 40.
[46] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 112.
[47] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 112.
[48] VOLTAIRE. **A filosofia da história**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 14-15.

gerações as lições da história, assim carece ser lembrada sempre, por exemplo, a idéia de *banalização do mal* de Hannah Arendt, e seu sentimento humano de impotência e indignação diante da burocratização do mal em sua histórica análise sobre o julgamento de Eichmann[49]. Somente através de uma cultura que parte de uma educação calcada nos valores da cidadania e dos direitos fundamentais é que poderemos reivindicar a utopia dos direitos humanos para a construção de um mundo melhor.

É certamente o inicio do século XXI o momento (infelizmente tardio) em que nosso país e toda a humanidade devem entender e estudar o fenômeno dos direitos fundamentais e fazer deles em cada canto do mundo parte da cultura e da educação local e assim poder entender e enfrentar o global. Não olvidando a lição do professor Nicolás López Calera[50] no sentido de que "não devemos esquecer que todos os direitos humanos, em maior ou menor medida, são independentes, pelo que sua efetiva realização exigirá uma luta global que não descuide nenhum aspecto fundamental da complexa realidade do ser humano", e para tal faz-se necessário promover uma civilização e uma cultura facilitadoras da educação na solidariedade, na tolerância e em diversos outros valores fundamentais para chegar a uma educação dos direitos humanos[51].

De nada adianta termos uma pretensão moral justificada positivada e seguida de sua respectiva garantia, quando a realidade social é contrária aos direitos fundamentais, da mesma forma que contrária a igualdade e da implementação de uma sociedade mais justa e solidária[52].

3. CRITÉRIOS PARA DETERMINAR SE UM DIREITO PODE SER INCLUÍDO NO ROL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PARTIR DA CONCEPÇÃO TRIDIMENSIONAL DE GREGORIO PECES-BARBA

Partindo do estudo da concepção tridimensional dos Direitos Fundamentais de Gregorio Peces-Barba pode-se estabelecer alguns critérios para caracterizar os Direitos Humanos. Essa é a

---

[49] ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. 336 p.

[50] LOPEZ CALERA, Nicolás María. *Filosofía de los derechos humanos: dialéctica y paz social*. *In:* OLIVEIRA JR., J. Alcebíades. **O poder das metáforas**: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 134.

[51] "Es necesario promover una civilización y una cultura que faciliten la educación en la *solidariedad*. Es necesario fomentar la virtud de la solidariedad en un mundo en el que unos pocos tiene derechos y muchos tienen pocos derechos o casi ninguno". LÓPEZ CALERA, Nicolás María. **Filosofía de los derechos humanos**, p. 134 (Grifos no original).

[52] No mesmo sentido deve ser considerada a tese da *constitucionalização simbólica* do professor Marcelo Neves (veja-se: NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 288 p.); assim como a noção de democracia substancial e outras questões discutidas na obra de Luigi Ferrajoli (veja-se: FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: Teoría del garantismo penal. 4.ed. Tradução de Perfecto A. Ibáñez. Madrid: Trotta, 2001. Especificamente: parte V, p. 849-957); e mais recentemente a também relevantíssima obra de Gerardo Pisarello (veja-se: PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías**. Madrid: Trotta, 2007. 144 p.).

visão integral dos Direitos de Peces-Barba. Se um direito não contém em si - não satisfaz - todas as dimensões, não deve ser considerado um autêntico Direito Fundamental ou Direito Humano. São estas característica que devem compor o conceito de Direitos Fundamentais proposto pelo professor espanhol. Algumas características que devem ter os Direitos Humanos:

3.1. Um autêntico Direito Fundamental deve incluir as três dimensões: uma visão integral do conceito

Uma vez que um *pretenso* direito candidato a ser fundamental, seja um conteúdo normativo ou qualquer pretensão moral que é reivindicada como direito, que não tenha possibilidades de cumprir com as três dimensões antes descritas, não poderá ser considerado como um direito fundamental. É dizer, não poderá ser incluído no rol dos direitos humanos, constitucionalizados ou não. A afirmativa é feita tendo em consideração a concepção tridimensional de Gregorio Peces-Barba. Dependendo da dimensão que apresente problemas ou que seja inexistente pode-se estar diante de:

a) uma norma injusta, mas válida judicialmente e eficaz. Como exemplo: normas injustas que perpetuam diferenças entre poderosos e oprimidos em diversas sociedades. Essa é a questão dos direitos humanos violados em nome dos próprios direitos humanos. O Direito pode ser utilizado para promover tanto o progresso do ser humano como o estancamento da Sociedade. Em particular a relação do Direito com a Sociedade revela que o direito se mostra - em muitas vezes e em algumas latitudes - como reacionário e relutante às modificações, enquanto que a dinâmica interna da Sociedade procura transformações mais rápidas. O caráter transformador e revolucionário dos Direitos Fundamentais é certamente a luz do final do túnel dos povos, a saída de seus problemas sociais mais graves, sobretudo dos mais oprimidos e dos mais débeis. Para Peces-Barba um bom exemplo seria o Direito de propriedade, que motivado pela problemática da escassez, não pode ser fundamentado como um direito humano fundamental, como veremos a seguir. As consequências de um direito não-fundamental tipificado como fundamental são gravíssimas e servem para perpetuar injustiças. Como exemplo a suposta colisão de direitos fundamentais no conhecido Caso Pinheirinho em São Paulo (Moradia X Propriedade), de acordo com a decisão do judiciário paulista no caso em concreto prevaleceu á propriedade de um senhor (especulador imobiliário e conhecido ficha suja) contra o Direito Fundamental à moradia de mais de duas mil famílias. Injustiça absurda em nome de um *pretenso* direito fundamental.

b) uma norma justa e válida judicialmente, mas ineficaz. Como por exemplo as chamadas em nosso meio como normas *para inglês ver*, normas que não são eficazes por razões políticas e fáticas em situações e práticas sociais em que os *donos do poder* e a mentalidade vigente não deixam que sejam eficazes. Como no caso do Brasil a ineficácia de uma série de Direitos Fundamentais se deve, como ensina o professor Peces-Barba, a que os direitos fundamentais são acima de tudo uma mudança de mentalidade. Outro exemplo clássico, seria aquele de uma constituição avançada em uma sociedade atrasada, de mentalidade retrógada contra os direitos humanos, como o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda não compreendido numa sociedade ainda com abismais diferenças sociais e de origem escravocrata. Também importante aqui dar ênfase na participação da mídia brasileira na mentalidade conservadora dos brasileiros com relação aos direitos humanos, no sentido que o refrão "direitos humanos somente servem para proteger bandidos" ainda está na ordem do dia[53].

c) uma pretensão moral justificada que deveria ser uma norma de direito fundamental, mas que não é positivada por motivos políticos e sociais. Afirma Luigi Ferrajoli[54] que os direitos fundamentais são reivindicações dos mais débeis. As lutas sociais por reivindicações de direitos levam algumas vezes séculos ou décadas, já que muitas vezes devem esperar uma lenta mudança de mentalidade da sociedade. Somente a educação e a cultura a favor do ser humano e da cidadania levam a conscientização das diferentes situações de opressão dos mais débeis. A história nos indica que os direitos fundamentais nascem de reivindicações dos mais fracos. Isso se dá sempre a partir de grupos dos mais fracos e débeis perante o grupo dos mais fortes e poderosos. Então o burguês reivindicará direitos ante as classes privilegiadas, nobreza e alto clero, e o monarca. Posteriormente os sans-culotte, proletariado ou trabalhador, desesperadamente reivindicará direitos ante uma forte burguesia dona do poder. E assim sucessivamente, os grupos

---

[53] Novamente recorremos ao professor Miglino para argumentar quando fala de que uma mídia plural seria necessária para que o público possa melhor reconstituir os fatos, comparar ideias diferentes e assim poder expressar uma visão crítica sobre eles, somente "[...] assim vigiar quem controla o poder". Segue acertadamente o professor italiano no sentido de que "A falta de pluralismo da informação permite escondê-la [a verdade] e promove a verdade da mentira, razão pela qual a informação controlada por um número reduzido é um fenômeno antidemocrático". Na mesma linha que Ferrajoli faz quando escreve desde o seu Derecho y Poder dos anos 1980, e recentemente em *Poderes Salvajes*, denunciando os poderes selvagens que seriam exatamente o poder econômico na manipulação dos fatos, Arnaldo Miglino segue: "[...] Se que detém os meios de comunicação deles se utiliza a fim de tornar detentor do poder político e econômico ou para mantê-lo, ocorre um fenômeno totalmente alheio ao sistema democrático, ou seja, quem deve ser controlado detém o controle da cosnciência crítica de seus controladores". MIGLINO, Arnaldo. **A Cor da Democracia**.p. 130. Também fazemos referência que desde o título *poderes selvagem (poteri selvaggi*) Ferrajoli alude a questão do uso da liberdade sem lei da qual fala Kant como o poder do mais forte, atribuindo assim um componente de animalidade aos poderes sobretudo econômico da atualidade do panorama que pressiona à Sociedade na crise do constitucionalismo democrático. FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Salvajes**: la crisis de la democracia constitucional. Tradução de Perfecto A. Ibáñez . Madrid. Trotta, 2011. 109 p.

[54] FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Tradução de Perfecto A. Ibáñes e Andréa Greppi. Madrid: Trotta, 1999. 180 p.

mais fracos da sociedade, a mulher, o idoso, a criança, o consumidor, o cidadão vítima das graves contaminações do meio ambiente, etc., estes e outros irão reivindicar direitos ante os poderosos, seja homem, adulto, rico, produtor de bens de consumo, e o poluidor por interesses econômicos de todo o planeta;

d) uma pretensão moral justificada que muitos reivindicam sua positivação, mas que não tem condições de ser uma norma de direito fundamental, uma vez que seria impossível mesurar sua eficácia por culpa do seu alto teor de subjetividade, assim como impossível sua garantia. O exemplo é o caso do afeto, do amor e da felicidade, todas pretensões morais justificadas mas que não poderiam ser uma norma positiva de direito por seu alto teor de subjetividade e impossibilidade de sua garantia. Sua positivação sem a possibilidade de sua garantia, teria uma aparência de pura demagogia, que é uma deturpação da democracia na clássica classificação de Aristóteles. O professor Nicolás López Calera[55] chama a atenção para o perigo da inflação e falta de critérios para a adoção de novas situações como direitos fundamentais. A subjetividade desses *pretensos* direitos fundamentais prejudicam as suas respectivas garantias. Como iríamos garantir o afeto, o amor e a felicidade?

Enfim, muitas são as possibilidades de combinações que permitem as dimensões de justiça, validade e eficácia, assim como os respectivos exemplos, para averiguar quando não estamos diante do que a cultura ocidental moderna e contemporânea tem por costume chamar de Direitos Fundamentais ou Direitos Humanos. Um autêntico Direito Fundamental deve incluir as três dimensões: a de justiça/ética; a de validez/jurídica e a fática/eficácia. Essa é a visão integral do conceito de Gregorio Peces-Barba.

3.2. Um autêntico Direito Fundamental deve incorporar todos os demais critérios dados pela visão integral do conceito: alguns testes para averiguar as possibilidades de incorporação de um direito no rol dos Direitos Fundamentais

Na defesa da necessidade do aporte positivista dos direitos fundamentais, argumenta Peces-Barba, que não haveria sentido falar de fundamentação de um direito que não seja depois suscetível de integrar-se ao Direito positivo[56]. Em nossa interpretação: Teste inicial de averiguação. Questão da positividade dos direitos: tem a possibilidade de ser uma norma de

[55] LOPEZ CALERA, Nicolás María. **Filosofía de los derecho (I)**. p. 210.
[56] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 104.

Direito?

Também, na defesa da necessidade do aporte ético, leciona Peces-Barba que não tem sentido falar de um conceito de um direito, ao que não se possa encontrar uma raiz ética vinculadas às dimensões centrais da dignidade da pessoa humana[57]. Em nossa interpretação chama-se a atenção para esse elemento fundamental dos direitos humanos: vinculação com a dignidade da pessoa humana. **Teste número 1 de averiguação**. **Questão da Dignidade da Pessoa Humana**: o não atendimento de tal direito viola a dignidade da pessoa humana? Se chegamos a conclusão que uma pretensão é justificada moralmente e com uma aparência de direito fundamental em potência, dessas que alguns autores chamam de direito natural ou mesmo "direitos morais" não se pode positivar, em nenhum caso, por razões de validez, ou de eficácia, por não ser suscetível de converter-se em norma ou por não poder aplicar-se. Em nossa interpretação: questão da sua relação com as garantias. **Teste número 3 de averiguação**. **Questão das Garantias**: pode-se garantir através do Direito tal questão? Exatamente será Luigi Ferrajoli o autor fundamental da distinção entre Direitos e Garantias, posição bem conhecida entre os estudiosos da Teoria do Direito contemporânea[58].

A seguinte questão lançada por Peces-Barba, e que em seu entorno gerou mais polêmica, é a questão da igualdade e da escassez. Um *pretenso* direito fundamental por sua impossibilidade de conteúdo igualitário, por uma questão de escassez de meio de bens não poderá ser considerado um direito humano fundamental, não poderá ser incluído no rol dos Direitos Fundamentais. Em nossa interpretação é a questão da igualdade e da garantia isonômica a todos os membros da sociedade humana. **Teste número 2 de averiguação: Questão da igualdade**: pode-se garantir a todos os membros da sociedade e da família humana? Em situações de escassez, uma vez que não pode ser garantido a todos, não poderíamos considerar essa fundamentação relevante como a de um direito humano[59].

---

[57] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 104.

[58] Para Ferrajoli os Direitos Fundamentais são direitos subjetivos dos quais derivam qualquer expectativa positiva (de prestação) ou negativa (de não sofrer lesões) pertencentes a um sujeito por uma norma jurídica. Por garantias deve-se entender toda obrigação correspondente a um direito subjetivo (consistentes em obrigações ou proibições, que correspondem aos direitos subjetivos garantidos), que podem ser positivas ou negativas e garantias secundárias ou jurisdicionais (para fazer referência às obrigações que têm os órgãos jurisdicionais de aplicar sanção ou declarar a nulidade quando se constatem, no primeiro caso atos ilícitos e no segundo atos não válidos que violem direitos subjetivos e com isso suas correspondentes garantias primárias). Ambos tipos de garantias têm funções distintas, as primárias estão orientadas à satisfação material dos direitos, enquanto que as secundárias operam um segundo nível como remédio disposto para a reparação da inobservância das primeras representadas pelos atos ilícitos ou pelos atos inválidos. FERRAJOLI, Luigi. **Garantías**. Jueces para la democracia. n.38. 2000. p. 40-43. Da mesma forma: FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. *In:* CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007. p. 71-89.

[59] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 104.

Para Peces-Barba são principalmente dois os exemplos das consequências que a inclusão de sua reflexão sobre a escassez, em sentido forte, pode causar em uma teoria dos direitos fundamentais: o direito de propriedade e os direitos ao trabalho. Esse último entendido como: o direito a "obter um posto de trabalho, geralmente construído como obrigação dos poderes públicos" [60] (com o qual não se exclui do conceito de Direitos Fundamentais, para Peces-Barba, a liberdade de trabalho, a estabilidade trabalhista e todos os outros aspectos relacionados com esse direito, como por exemplo consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil, continuam e que evidentemente são autênticos Direitos Fundamentais). Para o professor madrilenho ambos direitos são afetados pela escassez em sentido forte, já que para ele é impossível que todas as pessoas da família humana que são seus destinatários, se lhes possa brindar um posto de trabalho ou a propriedade sobre determinados bens. Os condicionamentos sociais como a pobreza e a limitação dos recursos o impedem. Por isso acredita Peces-Barba[61] que a ambos "[...] afeta a questão da escassez e por conseguinte ambos participam de um impossível conteúdo igualitário que produz, a sua vez, a impossibilidade de ser elevados a uma generalização". Conclui, "Não podem ser direitos fundamentais".

3.3. Um autêntico Direito Fundamental deve ser igual para todos: a questão da escassez

Somente através da cultura pode-se chegar à inclusão dos direitos fundamentais na mentalidade cultural de um país ou de um povo. Os direitos fundamentais têm essa fundamental característica de serem inclusivos, isto é, como diz o professor Sergio Cademartori, "[...] não pode cada um gozar dos mesmos se simultaneamente os outros também não usufruem deles"[62]. A mudança de mentalidade da sociedade é a única possibilidade de arraigar a consciência dos direitos fundamentais como reais valores a serem considerados. Desta maneira, então algumas características dos direitos fundamentais devem ser amplamente debatidas visando construir uma realidade social mais favorável aos mesmos.

A questão da escassez, tratada por Gregorio Peces-Barba em muitos pontos de sua obra[63] é de suma importância para entender a impossibilidade de enquadramento da propriedade como

---

[60] PECES-BARBA, Gregorio. **Derecho y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 422.
[61] PECES-BARBA, Gregorio. **Derecho y Derechos Fundamentales**. p. 421-423.
[62] CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. 2.ed. Campinas: Millennium, 2007, p. 29.
[63] Veja-se por exemplo: PECES-BARBA, Gregorio. Escasez y Derechos Humanos. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 108-109; e, entre outros, o texto: PECES-BARBA, Gregorio. Escasez y Derechos Humanos. In: SAUCA, José María (org.). **Problemas actuales de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 193-213.

um direito humano fundamental. Uma vez que a propriedade não é generalizável, igualitária, não se pode garantir a todos, exatamente por ser um bem escasso. Assim sendo pelo aludido problema da escassez, segundo o professor espanhol, não podemos incluir o direito à propriedade no rol dos Direitos Fundamentais.

A consideração do direito de propriedade como um direito do homem é um dos pilares das revoluções liberais burguesas dos séculos XVII e XVIII. Como os direitos fundamentais não são um conceito estático, e sim um conceito dinâmico - uma vez que o processo de formação do ideal dos direitos fundamentais é constante-, novas demandas e reivindicações de direitos fundamentais estão presentes em cada momento histórico da sociedade humana. Como já foi dito, a história nos indica que os direitos fundamentais nascem de reivindicações dos mais débeis. Isso se dá sempre a partir de grupos dos mais fracos e débeis perante o grupo dos mais fortes e poderosos. Um direito que nunca pensava-se que poderia existir surge como uma nova demanda, um novo direito; e em contrapartida: um direito consagrado em um determinado momento histórico pode deixar de ser um direito fundamental. Este último caso seria o da propriedade. Consagrado como um dos pilares do processo de positivação dos direitos do homem e do cidadão a partir das revoluções liberais, hoje em dia pode-se afirmar que há deixado de ser um direito fundamental.

Para poder falar da negação do direito de propriedade como um dos direitos fundamentais em Gregorio Peces-Barba, faz-se necessário averiguar sua concepção tridimensional dos Direitos Fundamentais. Como foi explicitado, dita concepção tridimensional dos Direitos Fundamentais do professor Gregorio Peces foi a assim batizada por um dos seus principais discípulos, o professor Rafael de Asís Roig. Na construção e delimitação do conceito de Direitos Fundamentais na obra do professor Peces-Barba, em uma primeira fase de seu pensamento era notadamente dualista, entre as dimensões ética e jurídica. Rafal de Asís disserta que nos anos de 1990 a teoria do direito do professor madrilenho passa a ser *trialista*, ou seja uma concepção tridimensional[64].

Em muitas oportunidades mesmos as teorias mais avançadas -no sentido de transformadoras, revolucionárias e progressistas -no sentido que visam um real desenvolvimento humano-, com uma matriz bem intencionada, acabam por levar ao engodo de práticas e interpretações mal-intencionadas e retrógadas. Dito de outra maneira, os próprios Direitos Fundamentais podem ser utilizados contra os seus ideais libertadores e transformadores da Sociedade e de suas mazelas endêmicas. Nesse sentido chama-se a atenção sobre de como teorias

[64] Veja-se: PECES-BARBA, Gregorio. **Derecho y Derechos Fundamentales**. 423 p.

sofisticadas de aplicação de princípios constitucionais oriundas de autores de outras latitudes, a partir de outras realidades sociais, são aplicadas e mal-intencionadamente deturpadas em nosso país.

Certamente é mais ou menos nesse ponto que entra no debate a questão da terra, da propriedade - do direito à propriedade- em nosso país. O direito à propriedade deveria ser limitado e submetido à legislação infraconstitucional como propõe Gregorio Peces-Barba e ter tratamento de direito patrimonial como propõe Luigi Ferrajoli[65]. Limitado também por sua elementar condição de ser submetido à utilidade pública, pilar da modernidade, e/ou da contemporânea função social. Dar a terra a quem nela vive e trabalha é um dos pilares das revoluções liberais burguesas do século XVIII.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da concepção tridimensional dos Direitos Fundamentais de Gregorio Peces-Barba podemos estabelecer as seguintes características conceituais do mesmos:

Um direitos fundamental deve estar sustentado nos pilares de pretensão moral justificada (dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade. solidariedade e segurança jurídica); e para ser uma pretensão moral justificada deve passar pelos seguintes testes e indagações:

1) da dignidade da pessoa humana (sua violação ou não atendimento violam a dignidade da pessoa humana?);

2) da igualdade (podem ser garantidos a todos os membros da sociedade humana? ou seja, não encontramos o problema da escassez?);

3) das garantias (dito direito podem ser tecnicamente garantidos?).

Essa mesma pretensão moral depois de justificada deve ser positivada, ser uma norma de Direito Fundamental ou um Direito Humano previsto em um documento internacional ratificado internamente. Deve ser direito positivo, do contrário será uma reivindicação, um direito natural ou um direito moral, mas não um direito fundamental.

E por fim, deve estar de acordo com a realidade social, deve ter aplicabilidade efetiva.

[65] FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 30.

Eficácia imediata, ser exigido diretamente e acatado pelas autoridades e por toda a população, uma questão de mentalidade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ASÍS ROIG, Rafael de. La concepción dualista de los Derechos Fundamentales en la teoría de Gregorio Peces-Barba. *In:* VV.AA. **Entre la Ética, la Política y el Derecho**. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba. Vol. I. Madrid: Dykinson, 2008. p. 391-406.

ASÍS ROIG, Rafael de. **Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos**: una aproximación dualista. Madrid: Dykinson/Universidad Carlos III de Madrid, 2001.

BARRANCO, Maria del Carmen. **El discurso de los derechos**: del problema terminológico al debate conceptual. Madrid: Instituto Bartolomé de las Casas/Dykinson, 1992.

BENTHAM, Jeremy. **Tratados de legislación civil y penal**. Tradução de Ramón Salas. Madrid: Editora Nacional, 1981.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. 2.ed. Campinas: Millennium, 2007.

CHOMSKI, Noan; HERMAN, Edward S. **A manipulação do Público**: Política e poder econômico no uso da mídia. São Paulo Futura. 2003.

DÍAZ, Elías. **Joaquín Ruiz-Giménez**: Del Derecho natural a los derechos naturales. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.32, p. 15-36, 2009.

DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Derechos Humanos**. Revista Novos Estudos Jurídicos. Notas de Marcos Leite Garcia. Itajaí, v. 11, n. 1, p. 9-25, jul./dez. 2006.

DIAZ, Elías. **Estado de Direito e Sociedade Democrática**. Prefácio e tradução Francisco Sá Carneiro. Lisboa: Iniciativas, 1969.

DORADO, Javier. El positivismo "corrigido": análisis de algunos aspectos de la filosofía jurídica de Gregorio Peces-Barba. *In:* VV.AA. **Entre la Ética, la Política y el Derecho**: Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba. Vol. I. Madrid: Dykinson, 2008. p. 429-453.

FERNÁNDEZ GARCIA, Eusebio. Gregorio Peces-Barba: apuntes biográficos. *In:* VV.AA. **Entre la Ética, la Política y el Derecho**: Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba. Vol. I. Madrid: Dykinson, 2008. p. 453-463.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. La esfera de lo indecidible y la división de los poderes. *In:* _____. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibáñes, et al. Madrid: Trotta, 2008. p. 102-109.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Tradução de Perfecto A. Ibáñes e Andréa Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantías. Jueces para la democracia**. n.38. 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Salvajes**: la crisis de la democracia constitucional. Tradução de Perfecto A. Ibáñez . Madrid. Trotta, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. *In:* CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007. p. 71-89.

GARCIA, Marcos Leite. **A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais**. Revista Novos Estudos Jurídicos. Itajaí, v. 10, n. 2, p. 417-450, jul./dez. 2005.

GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. *In*: VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Julio Cesar. **Reflexões da Pós-Modernidade**: Estado, Direito e Constituição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 189-209.

GARCIA, Marcos Leite. O processo de formação do ideal dos Direitos Fundamentais: alguns aspectos destacados da gênese do conceito. *In*: **Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Boiteux, 2006. <http://www.conpedi.org/manaus/anais_conpedi.html> Acesso: 15 de março de 2015.

GARCIA, Marcos Leite. Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais. *In*: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 46, 10.2007. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2343> Acesso: 15 de março de 2015.

GUASTINI, Riccardo. La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: el caso italiano. *In:* CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 49-73.

HIERRO, Liborio. En busca del arca perdida: diez comentarios a las tesis de Gregorio Peces-Barba sobre el fundamento de un sistema jurídico. *In:* VV.AA. **Entre la Ética, la Política y el Derecho**: Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba. Vol. I. Madrid: Dykinson, 2008. p. 639-661.

LOPEZ CALERA, Nicolás María. *Filosofía de los derechos humanos: dialéctica y paz social*. *In:* OLIVEIRA JR., J. Alcebíades. **O poder das metáforas**: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 128-143. .

LOPEZ CALERA, Nicolás María. **Filosofía de los derecho (I)**. Granada: Editorial Comares, 1997.

LOPEZ CALERA, Nicolás. **La crisis de las Facultades de Derechos**: una cuestión ideológica. Anales de la Cátedra de Francisco Suarez, Granada, p. 39- 46, n. 20-21, 1980-1981.

MIGLINO, Arnaldo. **A Cor da Democracia**. Florianópolis: Conceito, 2010.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PECES-BARBA, Gregorio. **Derecho y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

PECES-BARBA, Gregorio. **Derecho sociales y positivismo jurídico**: escritos de Filosofía Jurídica y Política. Madrid: Dykinson/Universidad Carlos III de Madrid, 1999.

PECES-BARBA, Gregorio. Escasez y Derechos Humanos. *In:* SAUCA, José María (org.). **Problemas actuales de los Derechos Fundamentales.** Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 193-213.

PECES-BARBA, Gregorio. **Ética, Poder y Derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

PECES-BARBA, Gregorio. **Ética pública-ética privada**. Anuario de Filosofía del Derecho. Vol. XIV, p. 513-544, 1997.

PECES-BARBA, Gregorio. **Introducción a la Filosofía del Derecho**. Madrid: Debate, 1983.

PECES-BARBA, Gregorio. **La democracia en España: experiencias y reflexiones**. Madrid: Ediciones Temas de Hoy, 1996.

PECES-BARBA, Gregorio. **La España civil**. Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2005.

PECES-BARBA, Gregorio. **Persona, Sociedad, Estado: pensamiento social y político de Maritain**. Madrid: Cuadernos para el Diálogo, 1972.

PECES-BARBA, Gregorio. **Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales**. Madrid: Mezquita, 1982.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1986.

PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías.** Madrid: Trotta, 2007.

RUIZ-GIMÉNEZ CORTES, Joaquín. **Introducción a la Filosofía Jurídica**. 2 ed. Madrid: Ediciones y Publicaciones Españolas S. A., 1960.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VOLTAIRE. **A filosofia da história**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

CONSIDERAÇÕES SOBRE AS NORMAS CONSTITUCIONAIS QUE ESTABELECEM E ASSEGURAM DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OS PERIGOS DE SUA INCOMPREENSÃO

Paulo de Tarso Brandão[1]

INTRODUÇÃO

O título deste trabalho pode ser um desestímulo a sua leitura, uma vez que todos sabem que os Direitos Fundamentais na ordem constitucional brasileira são estabelecidos, assegurado e garantidos em Normas e que estas Normas ou serão Princípios ou serão Regras. Tudo parece muito simples, não fosse o fato de uma série de distorções interpretativas decorrentes de enunciados nem sempre verdadeiros complicar a efetividade dos Direitos Fundamentais no Brasil. Como consequência, algumas vezes esses direitos ainda não viram acontecer sua efetividade e em outas, aproveitando da fragilidade teórica, alguns setores procuram promover um desmonte do sistema de Direitos Fundamentais com argumentos, entre outros, advindos de outros sistemas de direito.

Parte-se do pressuposto de que a errônea ideia de que há uma preponderância dos Princípios em relação às Regras constitucionais e, ainda, a falsa afirmação de que todos os Direitos Fundamentais são passíveis de serem aplicados pela via da ponderação, uma vez que não são absolutos, são duas concepções que determinam uma perda de conteúdo dessa esfera de direitos e a ausência de efetividade.

A pretensão aqui é de propiciar um debate no sentido da busca da efetividade dos Direitos Fundamentais, analisando somente o mecanismo que determina qual a Norma Constitucional que deve ser aplicada no caso concreto. A preocupação maior é a de evitar o alto grau de voluntarismo determinado pela preferencia pessoal sobre um e outro Direito Fundamental, que atualmente tem ocorrido na prática jurídica brasileira.

O método utilizado é o indutivo e a técnica a da pesquisa bibliográfica.

[1] Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídia da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Membro da Academia Catarinense de Letras Jurídicas – ACALEJ. E-mail: brandao@floripa.com.br.

1. NORMAS CONSTITUCIONAIS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como foi dito acima, as Normas que veiculam (enunciando, assegurando e/ou garantindo) Direitos Fundamentais são Princípios ou são Regras. Ocorre, no entanto que saber isso não basta para a dar efetividade a esses Direitos. Pelo contrário, uma grande confusão decorrente especialmente da noção de Princípios tem sido óbice para uma aplicação adequada das Normas de Direitos Fundamentais. A consequência disso é a oportunidade aberta a um certo voluntarismo, por vezes intencional, por vezes não, na utilização dos mecanismos legais que tornam(riam) efetivos esses Direitos.

Sobre a natureza e aplicação das Regras falar-se-á mais adiante quando a aplicabilidade delas for cotejada com a aplicação dos Princípios. Não que não seja importante estudar-se mais a fundo a natureza e a razão de ser das Regras, mas de certa forma elas ocupam o lugar do que anteriormente chamava-se de Normas. Sobre elas, portanto, não recai a mesma confusão, eis que já sedimentadas na teoria do direito, que ocorre com os Princípios. Eis a razão para tratar-se preponderantemente dos Princípios na continuidade do texto.

Como pressuposto para entender o mecanismo de aplicação das Normas Constitucionais veiculadoras de Direitos Fundamentais é indispensável que se tenha claro o que é Princípio e quais as diferenças entre as concepções de Dworkin e Alexy, para que se possa avançar no estudo do sistema jurídico brasileiro, que é o que interessa discutir neste trabalho.

É preciso também dizer que não se afasta a importância dos ensinamentos de Dworkin em outros pontos, no que se refere a uma hermenêutica que respeite integridade do Direito, por exemplo. O que se questionará agora é se a sua noção de Princípio serve ou não para a aplicabilidade e efetividade dos Direitos Fundamentais como previstos na Constituição da República Federativa do Brasil. O cotejo entre o pensamento entre Dowrkin e Alexy encontrará uma fundamentação maior no contexto histórico-sócio-jurídico daquele em razão dos limites de espaço do artigo e porque o sistema Anglo-Americano ser menos conhecido e tratado no Brasil do que o Germânico (que é mais adequado ao nosso constitucionalismo).

Por fim, antes de prosseguir, é preciso deixar claro que não se esta(rá) aqui confundindo Direito com Lei ou com Norma, mas simplesmente aceitando que em um sistema legislado a Norma desempenha, sim, um papel importante na tarefa árdua de garantir Direitos Fundamentais, especialmente quando se trata de respeitar as Regras como se verá mais a frente.

2. PRINCÍPIO NA VISÃO DE DWORKIN E DE ALEXY E O CONTEXTO DE DAS FAMÍLIAS DE DIREITO PARA A QUAL CADA UM DELES ESCREVE

Para os autores mais importantes sobre o tema, e fontes originárias de todos os outros doutrinadores nas suas respectivas tradições de direito (embora não bem separada por tantos outros), a noção de Princípio não coincide.

Diz Dworkin:

> Denomino "princípio" um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.[2]

Já para Alexy:

> [...] *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. 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.[3]

Vê-se, portanto, que para ambos o Princípio contém uma noção jurídica, mas para Dworkin a amplitude é maior porque ultrapassa os limites normativos, o que não ocorre com a Alexy, que sempre leva em conta um direito legislado.

Vale a pena, por isso, tratar aqui do caldo de cultura que envolve o pensamento de Dworkin e de Alexy para que se possa entender melhor que adotar-se o pensamento de um ou outro, neste ponto, não é uma questão de preferência, mas uma questão de levar os Direitos Fundamentais a sério, para parafrasear o próprio Dworkin.

Para compreender que quando se fala "é uma questão de princípio" para um americano e para um brasileiro, se está tratando de coisas que podem ser parecidas mas não iguais, é preciso estudar-se não só a origem do Direito, mas também da formação e da estrutura estatal dos Estados Unidos da América e comparar com o nascimento do Direito e do Estado na tradição advinda da Revolução Francesa. Assim, é preciso verificar os antecedentes e o momento histórico que determinaram adoção pelo sistema de uma e outra tradição de Direito.

Primeiramente, é preciso relembrar que o direito americano tem sua fonte principal no direito inglês. Sabidamente, os Estados Unidos da América desenvolveu e trilhou outro caminho

---

[2] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 36.
[3] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

na evolução de seu sistema jurídico, especialmente porque esse sistema teria necessariamente que se adequar a uma forma de Estado totalmente diversa daquela do Estado Inglês. No entanto, especialmente naquele momento inicial do novo sistema político-jurídico, a influência do Direito Inglês e, mais especialmente, dos conceitos, dogmas e pré-conceitos produzidos neste estavam presentes na operação jurídica americana. Tanto é assim que é comum falar-se em um direito anglo-americano.[4]

Conforme leciona John Clarke Adams, a fonte ideal do direito anglo-americano está na cabeça do juiz e fonte visível encontra-se na sentença desse mesmo juiz.[5] Essa preponderância do juiz como fonte ideal do direito é característica de sua origem mais remota, a *Common Law*.[6] Tenha-se presente que, especialmente hoje, nem todo o direito está centrado no *Common Law*, mas seguramente foi e continua a ser o instituto mais importante para o sistema anglo-americano.

Lembra Giovanni Criscuoli[7] que um dos caracteres fisionômicos do direito inglês está ligado à ideia de antiguidade e continuidade. Diz textualmente o autor: "é, de fato, um ordenamento que desde o seu nascimento teve um desenvolvimento constante e harmônico, apresentando-se sempre atual em razão de sua surpreendente capacidade de adaptar suas velhas estruturas às novas exigências supervenientes".[8]

Essa característica, segundo o mesmo autor, encontra fundamentos de ordem histórica e de ordem sociológica, ou psico-sociológica.

Do ponto de vista histórico, afirma que o Estado inglês não sofreu, como ocorreu no continente, uma ruptura na passagem do medievo para a idade moderna, uma vez que "a Inglaterra não conhece revolução, declaração de independência ou, do plano estreitamente

---

[4] V. ADAMS, John Clarke. **Il Diritto Costituzionale americano**. 2 ed. Firenze: La Nuova Italia, 1967.

[5] ADAMS, John Clarke. **Il Diritto Costituzionale americano**. 2 ed. Firenze: La Nuova Italia, 1967, p. 1.

[6] Importante atentar-se aqui para a seguinte lição de Guido Fernando Silva Soares: "O sistema da *Common Law* [...] não deve ser confundido com "sistema inglês" (porque se aplica a vários países, embora nascido na Inglaterra), nem com "britânico" (adjetivo relativo a Grã-Bretanha, entidade política que inclui a Escócia, que pertence ao sistema da família romano-germânica), nem com anglo-saxão (porque esse adjetivo designa o sistema dos direitos que regiam as tribos, antes da conquista normanda da Inglaterra, portanto, anterior à criação da *Common Law* naquele país)". SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law*: introdução ao direito dos EUA. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 25. Assim a análise que interessa mais de perto aos propósitos de ligação da origem do direito americano é a do sistema da *Common Law* na sua origem, ou seja, no direito inglês, diante da estreita ligação que será demonstrada mais adiante entre esta concepção do direito e a forma de controle de constitucionalidade no sistema americano. Como, no entanto, alguns autores importantes para a fundamentação que se pretende aqui não observam sempre o rigor da separação feita acima, algumas vezes o texto, nas citações, pode apresentar aparente contradição, circunstância para a qual o leitor deve ficar alertado desde logo.

[7] CRISCUOLI, Giovanni. **Il Diritto Costituzionale americano.** Palermo: CELUP, 1977, p. 17.

[8] CRISCUOLI, Giovanni. Tradução livre do autor da seguinte passagem em italiano: "... è, infatti, un ordinamento che sin dal suo sorgente ha avvuto uno sviluppo costante e armonico, presentandosi sempre attuale per la sua sorprendente e meravigliosa capacità di adattare le sue vechie strutture alle nuove sopravvenienti esigenze".

jurídico, codificações gerais: eventos estes que, por um lado ou por outro, separam os tempos assinalando diversas épocas".[9]

O fenômeno que Giovanni Criscuoli denomina de ordem pisico-sociológica reside na tendência que tem o povo inglês de respeitar a ordem constituída.[10] Isso claramente se transforma em respeito à autoridade constituída. Neste sentido lembra Pier Giorgio Lucifredi que é útil anotar como no Direito Britânico "a independência do juiz é efetiva e substancial, ainda que se apresente muito mais como consequência de um hábito de vida que de particulares disposições legislativas".[11] Justifica-se, assim, porque a figura do juiz assume um caráter extremamente importante, como peça fundamental da principal fonte de direito, qual seja a *Common Law*.

A *Common Law* é, portanto, direito não escrito[12] e se encontra propriamente na cabeça do juiz. Significativo é que um direito não escrito e dependente do entendimento do juiz tenha superado século e ainda hoje ser a mais importante fonte de direito do direito anglo-americano. Talvez a justificativa esteja na crença de que "Se a *Common Law* na forma enunciada pelos juízes não correspondesse ao senso de justiça e aos costumes do povo, como expresso nos seu direito comum, o povo não haveria aceitado a *Common Law*".[13] A crença no juiz legitima a aplicação do direito e a crença de que este é o direito a ser aplicado legitima a atuação do juiz.

É evidente a importância da atividade judiciária no sistema de direito anglo-americano. Em consequência, uma das mais importantes características do sistema da *Common Law* é a regra do denominado *stare dicises*, ou simplesmente do precedente.

Segundo esclarece Giovanni Criscuoli[14] a ideia de precedente no direito inglês não tem simples significado de decisão judicial, mas envolve um significado qualitativo e seletivo uma vez que a expressão indica uma decisão que tenha dois elementos fundamentais. O primeiro, que sua qualidade serve como referência para situações fáticas com igual conteúdo daquela decidida. O segundo, de que em razão do mérito da decisão judicial seja capaz de constar de um repertório de precedentes. Assim, esclarece o mesmo autor, nem todas as decisões dos juízes ingleses constituirão "precedentes". Estes precedentes possuem um duplo valor jurídico, conforme se

---

[9] CRISCUOLI, Giovanni. **Il Diritto Costituzionale americano**. Palermo: CELUP, 1977, p. 18.
[10] CRISCUOLI, Giovanni. **Delle fonti del diritto inglese**. Palermo: CELUP, 1977, p. 19.
[11] LUCIFREDI, Pier Giorgio. **Apunti di diritto costituzionale comparato**: Il sistema Britannico. Milano: Giuffre, 1973, p. 75.
[12] Como bem observa Giovanni Criscuoli, deve-se entender por direito não escrito, no sentido de forma de criação e não necessariamente de veiculação, uma vez que as decisões judiciais são sempre escritas. CRISCUOLI, Giovanni. *Il Diritto Costituzionale americano*. Palermo: CELUP, 1977, p. 99.
[13] ADAMS, John Clarke. **Il Diritto Costituzionale americano**. 2 ed. Firenze: La Nuova Italia, 1967, p. 2.
[14] CRISCUOLI, Giovanni. **Il Diritto Costituzionale americano**. Palermo: CELUP, 1977, p. 92-93.

analise do ponto de vista de sua eficácia interna ou de sua relevância externa.

O ponto de vista de sua eficácia interna não é importante para a espécie tratada neste trabalho, porque em nada difere das decisões do direito da *Civil Law*, porque contém a noção de coisa julgada, que opera *inter partes*. O que interessa deixar marcado é o efeito *erga omnes* dessa decisão, que funciona também em dois sentidos, segundo Giovanni Criscuoli: com força persuasiva, como fonte histórica; com força vinculante, como fonte legal.[15]

Assim, a grande diferença entre a sentença do juiz que opera no sistema da *Civil Law* e a decisão do juiz do sistema *Common Law* está na força normativa que esta opera, em razão do denominado *stare decisis*.[16] Segundo este mecanismo, a decisão que possua os requisitos qualitativo e seletivo, antes referidos, tem efeito vinculante.

A grande relevância do sistema de precedentes é que confere uma característica especial ao direito inglês, que é fundado, de forma preponderante, na criação judiciária. Esta constitui a fonte mais importante e principal, do ponto de vista qualitativo, e mais numerosa, do ponto de vista quantitativo, do ordenamento jurídico inglês.[17] Analisando o direito britânico atual, Mário G. Losano organiza em ordem crescente as suas fontes e deixa claro que o precedente está em posição preponderante em relação à lei originária do Parlamento.[18]

Outro ponto a ser salientado diz respeito ao fundamento do valor normativo dos precedentes. Este ponto está correlacionado com a característica psico-sociológica, já tratada anteriormente, que justifica o desenvolvimento do Direito Inglês, pois a explicação na crença no sistema da lei para o caso concreto que a atividade jurisdicional inglesa adota, fundado no entendimento de que é "mais importante a certeza do direito do que sua perfeição".[19] Mas a necessidade de que evitar que cada juiz possa dar uma solução diversa a casos similares justifica o precedente como forma de garantir à coletividade um caminho mais seguro para pautar as condutas individuais. Por isso, ainda que eventualmente uma decisão não esteja exatamente conforme os Princípios do direito, é preferível, "em linha de tendência", que ela seja admitida para regular todos os casos similares do que admitir uma série de decisões diversas sob o pretexto de

---

[15] CRISCUOLI, Giovanni. **Il Diritto Costituzionale americano.** Palermo: CELUP, 1977, p. 96.
[16] A expressão originária era: *stare decisis et quieta non movere*, significando a imutabilidade das decisões. V. CRISCUOLI, Giovanni. **Il Diritto Costituzionale americano.** Palermo: CELUP, 1977, p. 96; SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law*: introdução ao direito dos EUA. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 35 (nota 3).
[17] CRISCUOLI, Giovanni. **Il Diritto Costituzionale americano.** Palermo: CELUP, 1977, p. 97.
[18] LOSANO, Mário G. *Os grande sistemas jurídicos*. Lisboa/Rio de Janeiro: Presença/Martins Fontes, 1979, p. 125-129.
[19] CRISCUOLI, Giovanni. **Il Diritto Costituzionale americano.** Palermo: CELUP, 1977, p. 128.

buscar o "justo absoluto" para cada caso concreto.[20]

Feita essa rápida abordagem sobre o Estado e o Direito inglês, pode-se agora seguir com a fundação do Estado e do Direito dos Estados Unidos da América, para que se possa entender a razão da visão de Dworkin sobre o que seja Princípio.

A colonização do que viria a ser mais tarde os Estados Unidos da América, inicia em 1607, ano em que foi fundado Jamestown, com base em cartas reais de concessão, que tinham finalidades as mais diferentes, como, por exemplo, exploração comercial ou concessão individual privada (segundo alguns autores, numa relação quase feudal). A exploração, no entanto, era sempre feita em nome da coroa inglesa. Ao lado da finalidade econômica, muitos colonos optaram pela nova terra por motivos religiosos, uma vez que professavam religiões diversas daquela que foi adotada oficialmente na Inglaterra. [21]

Durante todo o período colonial, as colônias guardaram praticamente a mesma estrutura política da Inglaterra: poder executivo exercido por um vice-rei ou um governador, nomeado sempre temporariamente pela coroa; os juízes eram de nomeação do rei, ainda que em alguns lugares fossem indicados por alguma forma de eleição; e cada colônia possuía assembleias bicamerais, com exceção de algumas poucas. A câmara alta era composta por nomeação do próprio soberano, do concessionário ou, algumas vezes, do governador, enquanto a câmara baixa consistia no órgão efetivo de representação da comunidade colonial.[22] Esta experiência, salienta Pier Giorgio Lucifredi, fez com que os colonos "desenvolvessem uma ampla experiência de *self-government*"[23] e essa experiência unida ao caráter religioso de algumas colônias, desenvolveu uma forma de democracia, que o autor chama de pura, "fundada sob o princípio da plena igualdade de todos os componentes da comunidade".[24]

Lucifredi cita um fato que considera emblemático para demonstrar o que ficou acima referido, mas que será citado aqui com uma finalidade muito mais abrangente, pois ela demonstra claramente a continuação do envolvimento de ordem psico-sociológica afirmada por Giovanni Criscuoli quando trata da crença que o cidadão inglês tem no juiz. Trata-se da história dos colonos que tinham a incumbência de estabelecer a primeira colônia na região de Virginia e que, em 11 de

[20] V. CRISCUOLI, Giovanni. **Il Diritto Costituzionale americano**. Palermo: CELUP, 1977, p. 129-130.
[21] LUCIFREDI, Pier Giorgio. **Appunti di diritto costituzionale comparato:** Il sistema statudinense. 2 ed. Milano: Giuffrè, 1977, p. 1.
[22] LUCIFREDI, Pier Giorgio. **Appunti di diritto costituzionale comparato**: Il sistema statudinense. 2 ed. Milano: Giuffrè, 1977, p. 2.
[23] LUCIFREDI, Píer Giorgio. **Appunti di diritto costituzionale comparato:** Il sistema statudinense. 2 ed. Milano: Giuffrè, 1977, p. 2.
[24] LUCIFREDI, Píer Giorgio. **Appunti di diritto costituzionale comparato:** Il sistema statudinense. 2 ed. Milano: Giuffrè, 1977, p. 2-3.

novembro de 1620, antes de desembarcar em solo americano, firmaram um documento denominado *Mayflower Compact*, no qual consta o seguinte: "Em virtude deste acordo, pactuamos promulgar [...] lei, atos, ordenanças [...] e instituir, segundo as necessidades, magistraturas, às quais prometemos toda a devida submissão e obediência [...]".[25]

Essas duas circunstâncias, a de iniciar desde logo uma relação jurídica fundada em documento escrito e a relação psico-sociológica de crença e intenção de obedecer às decisões judiciais, são elementos importantes para entender o sistema político-jurídico dos Estados Unidos da América.

Maurizio Fioravanti chama a atenção para a diferença que existe no nascimento do sistema de direito Anglo-Americano e no sistema chamado de Civil Law, de tradição francesa e, consequentemente, aplicável ao Direito Constitucional alemão, de Alexy, e ao brasileiro, afirmando:

> Para dizer de modo mais sintético, se pode afirmar que a revolução francesa confia os direitos a as liberdades à obra de um *legislador virtuoso*, que é assim porque altamente representativo do povo, ou da nação, para além das facções dos interesses particulares; enquanto a revolução americana *desconfia das virtudes de todo legislador* – mesmo daquele democraticamente eleito, [...] – e por isso confia os direitos e as liberdades *à constituição*, ou seja à possibilidade de limitar o legislador com uma norma de ordem superior".[26]

Esta concepção entre os americanos tem sua origem, evidentemente, na relação que tiveram com a coroa, quando experimentaram a onipotência parlamentar, mas também na experiência vivida logo após a declaração de independência, quando as assembleias legislativas de diversos Estados passaram a exercer uma excepcional concentração de poderes que poderiam se degenerar em um novo despotismo, como salienta Maurizio Fioravanti, uma vez que esse Poder Legislativo, entendido como único a possuir legitimação democrática, detinha, além do poder de intervenção normal na sociedade civil pela sua atividade típica, o poder de nomear os administradores públicos e os próprios juízes. Ainda que nas próprias Constituições dos Estados tivesse começado o retorno ao "ideal britânico do governo equilibrado e moderado", [27] já citado, isso repercutiu intensamente no momento da elaboração da constituição de 1787, que tinha como

---

[25] LUCIFREDI, Píer Giorgio. **Appunti di diritto costituzionale comparato:** Il sistema statudinense. 2 ed. Milano: Giuffrè, 1977, p 3.

[26] FIORAVANTI, Maurizio. **Appunti di storia delle costituzioni moderne**: le libertà fondamentali. 2 ed. Torino: G. Giappichelli, 1995, p. 84. Sobre a mesma diferença, ainda que em abordagem um pouco diversa e mas aprofundada, ver também BLANCO VALDÉS, Roberto L. *Il valore della costituzione*: separazione dei poteri, supremazia della legge e controllo di costituzionalità alle origini dello Stato liberale. Tradução de Antonella Salerno. Padova: CEDAM, 1997.

[27] V. FIORAVANTE, Maurizio. **Appunti di storia delle costituzioni moderne**: le libertà fondamentali. 2 ed. Torino: G. Giappichelli, 1995, p. 85-90.

princípio basilar o de evitar a onipotência do legislador.

A forma de evitar um poder despótico no sistema legislado, limitando o Poder do Estado ou determinando a ele obrigações pela via da principal corpo legislativo, que é a Constituição. Eis a razão de Normas especiais, estabelecidas com conteúdo de cláusulas pétreas, que devem pairar acima das vontades individuais de governantes, legisladores e até mesmo dos Juízes.

Há sim que limitar os Direitos Fundamentais, nos casos especiais, mas isso sempre se dará na forma prevista no próprio sistema de funcionamento das Normas Constitucionais. É por isso que o sistema legislado de Regras e Princípios precisa ser bem entendido para evitar que a vontade prevaleça sobre a lei.

Voltando a proceder a análise dos Direitos Fundamentais no brasil uma vez que já justificado a razão de leva a que neste ponto seja mais importante a adoção dos ensinamentos de Alexy, passa-se a tratar de Princípios e Regras e suas formas de aplicação no próximo ponto.

3. APLICABILIDADE DAS NORMAS QUE VEICULAM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

É importante insistir na afirmação de que os Princípios são Normas, tanto quanto são as Regras. Ocorre, no entanto, que dizer-se que os Princípios podem ser Normas é uma opção política importante que tanto Alexy[28], quanto Dworkin[29], nas respectivas famílias direitos para as quais escreveram, adotaram.

A importância de inserir os Princípios no âmbito das Normas está em que todos os direitos estabelecidos nesta forma na ordem constitucional são para serem cumpridos e obedecidos desde logo, sem a necessidade de Regras (Normas até então) que os concretizem e os façam exigíveis. Eles são Norma com o mesmo valor e grau de exigência das Regras.

O estudo e a compreensão dos Princípios nessa nova concepção é muito importante. No entanto, essa importância não pode ultrapassar o seu próprio nível de importância, ou seja, não se pode pensar que em razão disso, os Princípios estão em nível superior ao das Regras e/ou que estas estejam sempre subordinadas aos Princípios.

Uma contribuição expressiva para essa falsa percepção, a doutrina e os próprios cursos de

[28] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.
[29] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 36.

Direito vêm dando, inclusive no âmbito dos Programas de Pós-Graduação. Não encontra-se um livro tratando do tema que não enuncie no título que tratará dos Princípios. Da mesma forma, várias são as linhas de pesquisa e disciplinas dos Cursos de Direito que anunciam em seus títulos o estudo dos Princípios. Claro que por ser a novidade e merecer um estudo mais sistemático no primeiro momento da modificação, estudar-se mais demoradamente a noção de Princípio como espécie de Norma foi uma ação estratégica. Na atualidade, no entanto, essa postura somente serve para reforçar o senso comum de que os Princípios são mais importantes do que as Regras.

O problema se agrava quando grande parte dos agentes jurídicos entendem que a ponderação de Princípios seja a única forma "justa" de aplicação do Direito, quando, em um Direito legislado e de Constituição escrita e que deve ser levada a sério, essa postura simplesmente contribui para destruir o sistema de garantias da própria Constituição.

Buscando sistematizar a aplicação dos Direitos Fundamentais perseguindo a sua efetividade, volta-se aqui a enunciar o que já vem sendo dito insistentemente em outros artigos. O que se pretende é denunciar mais uma vez que há uma espécie de desmanche do sistema de Direitos Fundamentais, seja pela equivocada leitura do sistema; seja pela tentativa de tentar misturar sistemas diversos, com origem muito diferentes; seja, ainda, de forma intencional para permitir o arbítrio que as Normas de Direitos Fundamentais visam obstar.

É pela via das limitações de Direitos Fundamentais que entre nós ocorre aquilo que Konrad Hesse chama de "escavação interna"[30] de Direitos Fundamentais. Para a superação dessa deficiência constitucional na própria aplicação das Normas Constitucionais, com um olhar já adaptado ao sistema brasileiro, é possível encontrar nas lições de Konrad Hesse e Robert Alexy as chaves que permitem levar a sério as garantias estabelecidas na Constituição brasileira.

Konrad Hesse reconhece que os Direitos Fundamentais (que chama de liberdades jurídico-fundamentais), são "liberdades jurídicas" e, por isso, podem ser limitadas.[31]

No entanto, explica o mesmo autor, essa limitação também deve ser jurídica e, por isso, "podem os limites dessas garantias encontrar sua *base somente na Constituição*".[32]

---

[30] Expressão que, sinteticamente, quer indicar: "direitos fundamentais, apesar de sua vigência formal, não mais possam cumprir sua função objetiva". V. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 264.

[31] HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 250.

[32] HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 250.

Afirma Hesse que as formas de limitação devem ser buscadas nas próprias Normas. A primeira forma diz respeito ao alcance material da Norma que molda o direito fundamental, o que determinaria a limitação pela própria extensão da Norma. Outra forma de limitação está na presença de comandos normativos restritivos na própria Norma Constitucional que enuncia o direito fundamental. Ainda pode a Norma Constitucional que estabelece o direito fundamental determinar uma "reserva legal" pela qual "o legislador [infraconstitucional] fica autorizado a determinar os limites da garantia". Faz neste ponto, uma diferenciação entre o que chama de restrição "*por lei*", quando o próprio legislador efetua a limitação, e restrição "*com base em uma lei*", quando o legislador "normaliza os pressupostos sob os quais órgãos do poder executivo ou judiciário podem, ou devem, realizar a limitação".[33]

A última forma de limitação, que ele chama de "*coordenação de direitos de liberdades e outros bens jurídicos*", em que se encontram os Direitos Fundamentais estabelecidos no nível de Normas Constitucionais da categoria Princípios. Neste ponto observa que dos "limites da limitação admissíveis de Direitos Fundamentais pelo legislador, deve ser separada a questão sobre os *limites do controle judicial* dessa limitação".[34]

Quando trata do controle judicial dos limites, Konrad Hesse lança uma importante observação que deveria ser (e não é) observada no Brasil: "Aqui o juiz, não deve pôr sua concepção no lugar da concepção da maioria nos corpos legislativos, a não ser que a liberdade de decisão do legislador, fundada na ordem democrática da Lei Fundamental, deva ser mais limitada do que a Constituição prevê".[35] Ou seja, o Poder Judiciário, excepcionalmente, pode ampliar o direito fundamental e nunca restringi-lo.

Robert Alexy, após enunciar os modelos pensados para inserir os Direitos Fundamentais em uma ordem constitucional, quais sejam, o modelo puro de Princípios, o modelo puro de Regras ou o modelo combinado (ou misto), posiciona-se no sentido de que o último é mais adequado para um sistema de Direito legislado e de Normas preponderantemente advinda do Poder Legislativo[36] (o que é o caso brasileiro, como é sabido).

---

[33] HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 251-253.
[34] HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 257.
[35] HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 257.
[36] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, 121-141.

Este último modelo está, segundo o autor, dividido em dois níveis de normatividade, o nível dos Princípios e o nível das Regras. Há de concordar-se com Alexy de que essa é a melhor forma de inserir no ordenamento jurídico a disciplina dos Direitos Fundamentais – e esse foi o modelo adotado no ordenamento brasileiro – uma vez que, em algumas situações, o legislador constitucional retira a possibilidade de ponderação no momento da aplicação ao caso concreto porque já efetuou a devida ponderação e terminou por assegurar a um determinado Direito Fundamental, ou a parcela ou a aspecto dele, uma garantia maior do que aquela que a previsão no nível dos Princípios garantiria. Nessas condições, mesmo que se admita que os Direitos Fundamentais possuam o núcleo determinado pela ponderação, esta também pode ser exercitada pelo legislador constitucional no momento mesmo do processo constituinte, o que retira do aplicador do direito uma nova ponderação. Na feliz expressão de Alexy: "a vinculação à Constituição significa uma submissão a todas as decisões do legislador constituinte".[37]

A ausência de percepção de que esse é o modelo adotado no Brasil e uma leitura apressada da obra de Alexy, tem determinado dois equívocos que são recorrentes na aplicação dos Direitos Fundamentais: a afirmação de que não há Direitos Fundamentais absolutos, considerando que toda a aplicação de Direitos Fundamentais no momento da concretização se dá por intermédio da ponderação; e que no conflito entre Regras e Princípios há preponderância destes sobre aquelas.

É possível afirmar-se, com base na lição de Norberto Bobbio, que não há qualquer Direito Fundamental que seja absoluto no sentido de que, sendo eles construção (conquista) histórica, são mutáveis no espaço e no tempo. Pode ocorrer que certo contexto histórico determine a inclusão de limitação na atuação do Estado (negativo) ou de uma obrigação prestacional (positivo) e que as circunstâncias do tempo e do processo da própria caminhada histórica modifique o contexto e, com isso, venha a desaparecer a necessidade da limitação ou a obrigação perder o sentido ou, ainda, que a limitação deva se dar de outra forma. De outro lado, também pode ocorrer que determinada circunstância faça surgir a necessidade de enunciar e assegurar nova situação configuradora de Direito Fundamental que até então não tenha surgido ou não tenha sido percebida como tal. Estas duas hipóteses infirmam a possibilidade de encontrar caráter absoluto nos Direitos Fundamentais, mas servem para demonstrar a impossibilidade de serem entendidos como de ordem natural (afastam qualquer forma de jusnaturalismo).[38]

---

[37] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 140.
[38] BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 15-25.

Outra coisa, no entanto, é falar-se na inexistência de Direito Fundamental absoluto, sustentando que todos são relativos, e fundamentar a pretensão de colocá-los todos em grau de ponderação. Nesse sentido, que importa para o que se está argumentando, é possível dizer-se, e demonstrar-se com as afirmações e os exemplos acima referidos, que para o momento de vigência da ordem constitucional eles são absolutos, na medida em que não se submetem, e não podem se submeter, a qualquer forma de limitação que não a estabelecida em Norma Constitucional, ou determinada ou autorizada por Norma Constitucional. Observe-se que absoluto aqui está em contraponto com relativo e não com provisório.

A confusão decorrente das circunstâncias acima é fator de agravamento da crise de efetividade dos Direitos Fundamentais, na medida em que constitui forma de flexibilização de direitos que o legislador constitucional pretendeu colocar a salvo de qualquer ponderação por parte do aplicador e o estabeleceu como Regra, afastando qualquer limitação.

Sobre o (aparente) conflito entre Regra e Princípio Robert Alexy afirma textualmente, e justifica, que a primazia é sempre das Regras. Sobre este ponto, é importante colacionar-se o que foi dito pelo próprio autor:

> A exigência de levar a sério as determinações estabelecidas pelas disposições de direitos fundamentais, isto é, de levar a sério o texto constitucional, é uma parte do postulado da vinculação à Constituição. E apenas uma parte desse postulado, porque, dentre outras razões, tanto as regras estabelecidas pelas disposições constitucionais quanto os princípios também por ela estabelecidos são normas constitucionais. Isso traz à tona a questão da hierarquia entre os dois níveis. A resposta a essa pergunta somente pode sustentar que, do ponto de vista da vinculação à Constituição, há uma primazia do nível das regras. Ainda que o nível dos princípios também seja o resultado de um ato de positivação, ou seja, de uma decisão, a decisão a favor de princípios passíveis de entrar em colisão deixa muitas questões em aberto, pois um grupo de princípios pode acomodar as mais variadas decisões sobre a relação de preferência e é, por isso, compatível com regras muito distintas.[39]

Mais adiante, reforça a ideia afirmando:

> Assim, quando se fixam determinações no nível das regras, é possível afirmar que se decidiu mais que a decisão a favor de princípios. Mas a vinculação à Constituição significa uma submissão a todas as decisões do Legislador Constituinte. É por isso que determinações estabelecidas no nível das regras têm primazia em relação a determinadas alternativas baseadas em princípios.[40]

Considerando as lições de Konrad Hesse e Robert Alexy, se pode dizer que, diferente do que se tem dito, as Normas desempenham um papel fundamental em um direito legislado, como

[39] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 140.
[40] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 140.

o brasileiro, e que para levar a sério a Constituição, deve-se atentar sempre para a ponderação de determinados valores feitas pelo legislador constitucional e respeitar as Regras limitadoras do Estado estabelecidas na Constituição. Deve-se, ainda, atentar para a primazia das Regras de Direitos Fundamentais sobre quaisquer Normas na modalidade de Princípios, pois aquelas estão a salvo de ponderação, salvo no caso de ampliação de Garantia e, por consequência, de limitação do Estado.

4. DOS PERIGOS QUE RONDAM O COTIDIANO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

Como dito antes, a falta de compreensão do sistema de Direitos Fundamentais e suas garantias levam a problemas sérios no que se refere a sua efetividade. Não se pode descuidar, também, que essa inefetividade também decorre da intenção de muitos aproveitadores dessa mesma falta de compreensão para tentar de todos os modos deixar de cumpri-los e, de modo ainda mais grave, confundi-los ainda mais para promover intencionalmente o seu desmanche (a sua escavação interna).

O momento que vive o Brasil tem sido propício para esse desmanche e cada dia encontra-se no noticiário exemplos claros especialmente das intenções de desmanchá-los, algumas vezes com evidente má fé, algumas com aparente boa fé.

Vários são os exemplos que poderiam ser apresentados aqui para demonstrar o enunciado acima. Alguns já foram lembrados em outros trabalhos da mesma natureza[41]. Os escolhidos agora decorrem do grau de perigo e do fato de terem ocorrido recentemente.

Um expressivo e lamentável exemplo recente advém da proposta apresentada por membros do Ministério Público Federal para que a prova ilícita seja relativizada,[42] mesmo que uma Regra, e não Princípio, (lembre-se o que foi dito acima) de Direito Fundamental determine que "LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".[43] Esta proposta está inserida no âmbito de um "pacote" de sugestões ao Congresso Nacional para tentar combater os altos indices de corrupção no país.

---

[41] V., entre outros, BRANDÃO, Paulo de Tarso. Direito Processual Penal e Constituição: reflexões sobre sistemas de garantia muito longe de serem respeitados. *in*, CAZZARO, Kleber. **Reflexões Teóricas sobre o Direito Material e Processual.** Blumenau: Leggere. 2014. p. 539-554.

[42] LUCHETE, Felipe. *MPF propõe mudança para que prova ilícita seja aceita na Justiça*. Conjur. http://www.conjur.com.br/2015-mar-20/mpf-propoe-mudanca-prova-ilicita-seja-aceita-justica. Acesso em 14 de abril de 2015.

[43] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 14 de abril de 2015.

Mais sério e grave é o fato porque a proposta parte de integrantes de uma Instituição a qual a mesma Constituição, em seu artigo 127, incumbe "a defesa da ordem jurídica, do regime democrático". A gravidade é tal que chega causar dúvida de como classificar essa tentativa de ataque ao Sistema de Direitos Fundamentais.

Não bastasse isso, dois Juizes Federais, Sérgio Fernando Moro e Antônio Cesar Bochenek, o primeiro juiz processante de um rumoroso processo envolvendo denúncias de corrupção e o segundo Presidente da Associação dos Magistrados Federais (AJUFE), mostraram em um artigo denominado "O problema é o processo"[44] inconformidade com os trâmites processuais, um dos pilares das garantias no âmbito criminal já bem antes de ser um direito fundamental da ordem constitucional. Ou seja, como razão de ser do próprio Processo Penal a obediência do devido processo legal e da presunção de inocência já deveriam ser observados.

Dizem os magistrados: "A melhor solução é a de atribuir à sentença condenatória, para crimes graves em concreto, como grandes desvios de dinheiro público, uma eficácia imediata, independente do cabimento de recursos". Afirmam, ainda, que a "proposição não viola a presunção de inocência".[45]

Dispensável lembrar que os Juízes Federais desempenham importante papel no controle difuso de constitucionalidade. Logo, também é difícil de classificar a manifestação dos autores do comentado artigo.

Salutar repetir que não são poucos os exemplos que poderiam ser apresentados aqui. No entanto, pelo inusitado das manifestações e de quem as expressam, pela atualidade e pelo contexto vivido, esses exemplos negativos precisam ser denunciados para que a Sociedade perceba que é preciso reagir imediatamente sob pena de em pouco tempo instalar-se no país um regime de exceção, mesmo com um vigente sistema de Direitos Fundamentais, contanto, inclusive, com a colaboração dos próprios assim denominados guardiões da Constituição.

---

[44] MORO, Sérgio Fernando; BOCHENE Antônio Cesar. **O problema é o processo**. Artigo publicado na página 2 de O Estado de S. Paulo, edição de domingo, 29 de março de 2015. http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-problema-e-o-processo/. Acesso em 14 de abril de 2015.

[45] MORO, Sérgio Fernando; BOCHENE Antônio Cesar. **O problema é o processo**. Artigo publicado na página 2 de O Estado de S. Paulo, edição de domingo, 29 de março de 2015. http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-problema-e-o-processo/. Acesso em 14 de abril de 2015.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A principal característica do Estado Democrático de Direito é exatamente a de ser estruturado para declarar, assegurar e garantir os Direitos Fundamentais. Não foi por acaso que o Constitucionalismo Contemporâneo mudou completamente a topografia de suas Normas e passou a prever primeiro o elenco dos Direitos Fundamentais e depois da organização do Estado moldado exatamente para dar efetividade a esses mesmo direitos.

Não há Estado Democrático sem o respeito absoluto a essa esfera de direitos, exatamente porque eles são o anteparo que visa evitar o arbítrio do Estado, seja na abstenção, seja na prestação. Parafraseando Bobbio, pode-se dizer que os Direitos Fundamentais são as regras do jogo democrático.[46]

No entanto, não basta o enunciado e a promessa de garantias insculpidos no ordenamento constitucional se não houver o firme propósito de dar a eles efetividade.

A efetividade não depende somente de uma boa vontade de aplicação. É preciso que se tenha bem claro a forma de dar cumprimento ao mandamento constitucional. Para isso é preciso, também, ter-se presente o contexto constitucional para o qual esses direitos são previstos e as opções, no caso dos Estados de direito legislado, como é o caso do Brasil, do legislador constitucional. É preciso levar a sério a Constituição e o legislador Constitucional, com diz Alexy em passagem citada acima.

A contribuição pretendida neste trabalho é a de provocar um debate que possa superar algumas impropriedades e alguns falsos discursos, no sentido de aclarar a melhor forma de dar efetividade e, ao mesmo tempo, de bloquear a "escavação" e o desmanche que alguns pretendem promover no âmbito dos Direitos Fundamentais.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ADAMS, John Clarke. **Il Diritto Costituzionale americano**. 2 ed. Firenze: La Nuova Italia, 1967.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

[46] BOBBIO, Norberto**. O Futuro da Democracia**: uma defesa das regras do jogo. 4. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BLANCO VALDÉS, Roberto L. **Il valore della costituzione**: separazione dei poteri, supremazia della legge e controllo di costituzionalità alle origini dello Stato liberale. Tradução de Antonella Salerno. Padova: CEDAM, 1997.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**: uma defesa das regras do jogo. 4. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. Direito Processual Penal e Constituição: reflexões sobre sistemas de garantia muito longe de serem respeitados. I*n*: Cazzaro, Kleber. **Reflexões Teóricas sobre o Direito Material e Processual**. Blumenau: Leggere. 2014. p. 539-554.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 14 de abril de 2015.

CRISCUOLI, Giovanni. **Il Diritto Costituzionale americano**. Palermo: CELUP, 1977.

CRISCUOLI, Giovanni. **Delle fonti del diritto inglese**. Palermo: CELUP, 1977.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FIORAVANTI, Maurizio. **Appunti di storia delle costituzioni moderne**: le libertà fondamentali. 2 ed. Torino: G. Giappichelli, 1995.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LOSANO, Mário G. **Os grandes sistemas jurídicos**. Lisboa/Rio de Janeiro: Presença/Martins Fontes, 1979.

LUCHETE, Felipe. **MPF propõe mudança para que prova ilícita seja aceita na Justiça.** Conjur. http://www.conjur.com.br/2015-mar-20/mpf-propoe-mudanca-prova-ilicita-seja-aceita-justica. Acesso em 14 de abril de 2015.

LUCIFREDI, Pier Giorgio. **Apunti di diritto costituzionale comparato**: Il sistema Britannico. Milano: Giuffre, 1973.

LUCIFREDI, Pier Giorgio. **Appunti di diritto costituzionale comparato**: Il sistema statudinense. 2 ed. Milano: Giuffrè, 1977

MORO, Sérgio Fernando; BOCHENE Antônio Cesar. **O problema é o processo**. Artigo publicado na página 2 de O Estado de S. Paulo, edição de domingo, 29 de março de 2015. http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-problema-e-o-processo/. Acesso em 14 de abril de 2015.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law:** introdução ao direito dos EUA. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PARADIGMA JURÍDICO NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO E DA TRANSNACIONALIDADE

Clovis Demarchi[1]

Mário João Ferreira Monte[2]

INTRODUÇÃO

Pensar a Dignidade da Pessoa Humana como Paradigma Jurídico é elevá-la à condição de ideia e conteúdo básico para a implementação de uma nova ordem política e jurídica no contexto da Globalização e da Transnacionalidade.

Ou seja, é a partir da Dignidade da Pessoa Humana que se deve conceber, se deve perceber e se deve delinear os modelos para a Sociedade e para o Direito neste contexto.

É de fácil constatação, nos dias de hoje, que se vive em um grande paradoxo. Tem-se uma grande evolução da tecnologia que responde pelas inovações e descobertas e com isso amplia as formas e os meios de se comunicar, quebrando as barreiras e as fronteiras, ou limites impostos pela ideia de território ou de soberania, estabelecendo as nuvens como limites, ou passando a não ter mais limites, pois as ondas vão até onde terminam.

Do outro lado, apesar da evolução, de toda a tecnologia de tudo de tudo, observa-se consequências perversas, que geram a baixos salários, aumento do desemprego, aumento da pobreza, generalização da fome e a da miséria. Distribuem-se as guerras, ou guerrilhas com a finalidade de deixar todos em estado de alerta. Qualquer um pode ser membro de qualquer organização, vejam-se os alistamentos nas organizações consideradas terroristas, ou que recebem denominação de irracionais fundamentalistas, como se fosse possível uma organização, com as

[1] Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Professor na graduação em Direito e no Mestrado em Ciência Jurídica da Univali. Líder do grupo de pesquisa em Direito Educacional e Normas Técnicas e membro do grupo de pesquisa em Direito, Constituição e Jurisdição. Endereço eletrônico: demarchi@univali.br.

[2] Doutor em Ciências Jurídico-Criminais, pela Universidade de Navarra, com título homologado pela Universidade do Minho. Mestre em ciências jurídico-criminais. Possui Curso de pós-graduação em ciências jurídico-criminais do Programa inter-universitário de cooperação Derecho Penal y Ciencias Criminales: Nuevas Políticas Penales en Europa (dirigido por nove universidades europeias e realizado na Universidad del País Vasco, em Maio de 1991). É Licenciado em Direito, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Atualmente é Professor Associado com nomeação definitiva na Escola de Direito da Universidade do Minho, onde é regente da área do direito penal, processo penal e criminologia. É Diretor do Centro de Investigação de Direitos Humanos da Universidade do Minho e colabora com o Centro de Direito da União Europeia da Universidade do Minho e com o Instituto Jurídico Interdisciplinar do Porto.

dimensões e as formas de organização, planejamento e ações apresentadas, ser considerada irracional. Claro que este "pré conceito" está atribuído para a categoria fundamentalista, mas poderia também pensar que a ideia de acúmulo constante de capital, a busca pelo ter mais a qualquer preço, também poderia ser uma atitude fundamentalista, e, daí ser irracional...

Estas mudanças no cenário global, derivadas do fenômeno da Globalização e da Transnacionalização, afetaram (e afetam) diretamente o Direito considerado como instrumento criado para regular as relações interpessoais com o objetivo de estabelecer critérios mais justos, equitativos e humanitários. O desafio de responder a esta realidade mundial precisa ter um conteúdo básico que plasme esta ordem política, social e econômica que está se formando, e este conteúdo é a Dignidade da Pessoa Humana.

O Estado, nos moldes modernos, com território, povo e soberania, não consegue, neste formato, responder às necessidades da Sociedade. As ideias neoliberais de livre mercado e de exploração da atividade econômica deixam o povo à mercê. O avanço, cientifico e tecnológico, afetou a vida humana em todas as suas dimensões e conduziu a se extrapolar os limites territoriais estatais, e, de reboque, esvaiu-se a ideia de soberania.

O Estado atua produzindo um Direito inicialmente voltado à constituição e preservação do modo de produção social capitalista e posteriormente à substituição e compensação do mercado. O Estado e o Direito são hoje, instrumentos da economia para justificar ou moldar os interesses do mercado e como consequência, na sua estrutura e forma não consegue regular e coordenar esta nova realidade, pois quem o faz é o poder econômico. Isso justifica o porquê de o Direito tornar-se um fenômeno de menor importância, pois o princípio que vale é "o do melhor interesse do mercado"[3]. Desta forma comercializou-se a crença de que não havia espaço para uma ordem jurídica na economia, bem como a ideia de que a intervenção estatal no mercado estaria atrasando o processo de desenvolvimento social.

Logo, não é possível deixar na mão do mercado, pois a ele não interessa a pessoa, mas o capital. Como se vive em sociedade, quem deve dizer o que deve e como deve ser feito, é a Sociedade. A dignidade da pessoa humana é que vem sugerir e exigir a garantia de condições mínimas para uma vida saudável.

A dignidade da pessoa humana é que deve ser o limite para as ações de qualquer

[3] ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a *Law & Economics***. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 51.

organismo e qualquer forma de organização política. Sendo assim, em tempos de Globalização e Transnacionalidade, a Dignidade da Pessoa Humana é o paradigma para qualquer ação, é uma cláusula compromissória que deve determinar toda a organização política e econômica no contexto atual. A dignidade da pessoa humana é basilar para a organização da Sociedade, neste mundo Globalizado.

O artigo está dividido em dois grandes tópicos, o primeiro que trata dos dois fenômenos, Globalização e Transnacionalidade e um segundo tratando sobre a Dignidade da Pessoa Humana. O objetivo é demonstrar que neste contexto, a Dignidade da Pessoa Humana se mantém como o elemento Absoluto e, portanto deve plasmar o que virá a ser construído como elemento de organização política, social e econômica.

Para o desenvolvimento do artigo, utilizou-se a base lógica indutiva.

1. O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO E DA TRANSNACIONALIDADE

A intensificação do fenômeno que se tornou comum denominar "globalização" provoca importantes reflexos quanto aos aspectos econômicos (liberalização), político (democratização) e cultural (universalização). Independentemente da concordância ou não quanto aos benefícios e malefícios desse fenômeno, é inegável que consiste numa realidade que afeta a todos, em escala planetária.

O comum quando se trata de globalização é que a sua ideia esteja associada, principalmente, a economia[4] nas mais diversas relações e inter-relações. Isto porque a base econômica é responsável pelas transformações nas decisões políticas, nas opções sociais e culturais e diretamente nas relações comerciais criando cada vez mais competitividade assim como alterando níveis de comportamento do comércio regional e internacional.

Para Santos[5], assim como para Giddens[6] e Faria[7] não há como se negar que a globalização é a concretização do processo de internacionalização que influencia politica e economicamente a todos. É uma "integração sistêmica da economia em nível supranacional".

---

[4] "A dimensão principal do processo de globalização diz respeito aos mercados financeiros e mercados monetários" CASTELLS, Manuel. **Fim do milênio.** A era da informação: economia, sociedade e cultura. 5 ed. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e terra, 2009. v.3. p. 393.

[5] SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**. Do pensamento único à consciência universal. 6 ed. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 22.

[6] GIDDENS, Anthony. **A terceira via**. Tradução de Maria Luiza X. De A. Borges. 3. Tiragem. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 38.

[7] FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 51

Como o fator econômico é determinante e interfere em toda a cadeia funcional e estrutural da sociedade, e passa a atuar respeitando, cada vez menos, os controles políticos e jurídicos em nível interno. Desta forma, segue os passos que traçou Pérez Luño[8] ao refletir que a globalização não é um valor, nem se constitui em um "fenômeno cósmico", mas é um fato social, "uma série de relações, de opções, de práticas e comportamentos coletivos". Ou seja, um caminho traçado pelo fator econômico, que direciona a Sociedade para atender as suas necessidades. Copiando Reale[9], "quem comanda as forças econômicas, através delas, plasma o Estado e o Direito apresentando suas volições em roupagens ideológicas destinadas a disfarçar a realidade dos fatos". Pode-se, com base nesta reflexão, entender que o Estado atua produzindo um Direito inicialmente voltado à constituição e preservação do modo de produção social capitalista e posteriormente à submissão e compensação do mercado. O Estado e o Direito passam a serem instrumentos da economia para justificar ou moldar os interesses do mercado.

Esta primeira perspectiva encaminha para a discussão se a Globalização é um fenômeno recente ou não, ou se a Globalização é ou não a única opção em termos de organização da sociedade atual, bem como se ela é positiva ou negativa ou ainda se questionar se a globalização seria possível em outra realidade que não a capitalista[10]. Estes questionamentos e as suas respostas não vão alterar o que já está posto, mas contribuem para que se possa compreender melhor o momento em que se vive. Estas questões podem contribuir também com a discussão quando associadas à ideia de evolução dos Direitos. Pois há uma relação temporal que pode ser interessante ao interessado pelo assunto.

Justifica-se que a globalização é recente, pois está relacionada ao termo que designa um fenômeno de abertura das economias e das respectivas fronteiras como resultado do crescimento das trocas internacionais de mercadorias, dos movimentos de capitais, da circulação de pessoas, de conhecimento e de informação. Essas ações são recentes, mas por outro lado, foram construídas no caminhar da História. Os Direitos também podem ser pensados da mesma forma, ou seja, surgem com o objetivo de limitar e controlar os abusos do Estado e da Sociedade, assim como assegurar uma vida digna às pessoas, e isto é recente, pois se concretiza, formalmente, a partir da ideia de Constitucionalização, mas também se pode pensar que foram plasmados junto

---

[8] PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La tercera generación de Derechos Humanos**. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2006. p. 249.

[9] REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 21.

[10] Veja DEMARCHI, Clovis. **Direito e Educação**: A regulação da Educação Superior no contexto transnacional. São Paulo: Paco Editorial, 2014. p. 59-65.

com a evolução do Estado e do Direito.

A priori pode-se apontar, pelo menos, quatro ondas de Globalização sendo uma no século XIII, outra no século XVI, uma terceira no século XIX e uma última onda no final do século XX que se constitui no foco da discussão atual. Nas chamadas ondas anteriores de Globalização, direcionadas principalmente pelas cidades-estados italianas, ou uma outra caracterizada com o surgimento das primeiras formas que podem ser enquadradas na concepção contemporânea de Estados nacionais (consubstanciada na chamada Paz de Vestefália de 1648), são marcadas pelo caráter eminentemente mercantilistas, distanciando desta forma da visão de Globalização que se tem atualmente, caracterizada pela Globalização do capital e não mais pela troca de mercadorias como no passado.

A onda ocorrida no século XIX, pós Revolução Industrial, trilhou outro caminho. O capital industrial aliou-se aos recursos provenientes do setor bancário e viabilizou a criação do chamado mercado financeiro internacional, e passando a buscar novas formas de investimentos contribuiu para o avanço nos transportes e nas comunicações, trazendo a reboque o Estado-Nação.

A atual difere devido ao fato de estar baseada nas ideias neoliberais[11], e assim produz o enfraquecimento e não intervenção dos poderes do Estado nação em nome de uma economia livre.

Foi justamente pela influência política neoliberal dos países economicamente mais fortes, segundo destaca Rifkin[12], que se pautou o processo de Globalização em vigor, como uma decisão política do capital. Produziu um impacto tal na regulação estatal que requereu e requer mudanças drásticas no padrão de intervenção, somando-se a articulações com fenômenos dispares como o fim da guerra fria, as inovações nas tecnologias de comunicação e de informação, os sistemas de produção flexível, o surgimento de blocos regionais, a ideia da democracia liberal como regime político universal, o modelo global de lei de proteção da propriedade intelectual[13]. Estes elementos por si só demonstram a Globalização ocorrida nas últimas décadas do século XX como fenômeno diverso daquelas ocorridas anteriormente.

---

[11] Segundo Cruz, é a doutrina econômica que "[...] propõe um sistema político que, de modo paradoxal, nega o político, sustentando que as condicionantes econômicas internacionais determinam o caminho a seguir, independente da orientação política governante, com a retirada progressiva do Estado das funções de bem estar, excessivamente expandido e ineficiente, levando-o para uma posição de não intervenção relativa, já que admite fazer lgumas concessões às propostas de providência.". In CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. Florianópolis: Disciplina Legal, 2001, p. 207.

[12] RIFKIN, Jeremy. **O sonho europeu**. São Paulo: Makron Books, 2005, p. 202.

[13] SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Globalização**: Fatalidade ou Utopia? 3. ed. Porto: Afrontamento, 2005. p. 43.

Desta forma, a globalização que é fruto desta discussão é a surgida a partir da segunda metade do séc. XX, pós 2ª Guerra Mundial, com o surgimento de diversas formas de integração econômica e o desenvolvimento dos transportes e das comunicações. No final da década de 1980[14] o termo globalização começa a ser utilizado, procurando designar a integração das economias, assim como também o intercâmbio cultural e a interdependência social e política entre os países.

É este processo que estreitou as relações comerciais entre os países e as empresas. Neste contexto se efetivou o processo, tendo em vista que as atividades passam a ser desenvolvidas em diferentes territórios, mas com uma matriz em um terceiro território.

Desta forma é um fenômeno no qual o "local e o global" se conectaram. "[...] criada pela convergência de fatores políticos, sociais, culturais e econômicos [...] tecnologias [...] comunicação que intensificaram a velocidade e o alcance da interação entre as pessoas ao redor do mundo"[15].

Caracteriza-se por um conjunto de mudanças no processo de produção de riquezas, nas relações de trabalho, na atuação do Estado, nas relações socioculturais manifestado em comunicação instantânea com o aumento da velocidade no processamento das informações; comércio global com diversidade de produtos fazendo com que as fronteiras comerciais deixem de existir; estímulo à privatização de empresas; facilitação do fluxo de produtos, serviços e investimentos; criação de um mercado cada vez mais competitivo; mobilidade do capital, da produção e das pessoas. Por outro lado, traz consigo "a destruição ecológica e a degenerescência Cultural" [16].

A globalização, assim, não pode ser entendida como sistema de organização social. Ela não o é. Não pode ser entendida como modelo de desenvolvimento. Ela é somente um "fato histórico"[17], e como tal é sentida positiva ou negativamente pela sociedade nos mais diversos locais, seja no aspecto econômico, cultural, jurídico ou político.

---

[14] Os doutrinadores conferem o termo "Globalização" ao professor da Universidade de Toronto Marshall McLuhan e ao professor da Universidade de Columbia Zbigniew Brzezinski que começaram a utilizá-lo no final dos anos 60. Marshall MacLuhan autor do livro *"Guerra e paz na aldeia global" e* Zbigniew Brzezinski *autor do livro "A revolução tecnotrônica". Ver: GÓMEZ, José Maria.* ***Política e democracia em tempos de globalização.*** *Petrópolis: Vozes, 2000. p. 18-19.* MATTELART, Armand. A nova ideologia globalitária. In. CORDELLIER, Serge (org.). A **globalização para lá dos mitos.** Tradução de Nogueira Gil. Lisboa: Bizâncio, 1997. p. 100.Título original: Mondialisation au-delà dês mythes.

[15] GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 6 ed. Tradução de Sandra Regina Netz. Porto Alegre: Artmed, 2005. p. 60- 61. Título original: *Sociology*.

[16] MARTIN, Hans-Peter, SCHUMANN, Harald. **A armadilha da globalização**: o assalto à democracia e ao bem- estar social. Tradução de Lúcia Pinho e Melo e Ana S. Silva. Lisboa: Terramar, 1998. p. 36. Título original: Die Globalisierungsfalle.

[17] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 53.

Ela influencia as pessoas e a Sociedade, mas não representa a única opção de organização social, até porque caso fosse assim passar-se-ia a uma unidade global e isso estaria mais para caracterizar um ideal de totalitarismo.

Entende-se que a globalização muito influencia em termos de organização social, muito influencia as diversas culturas ao fazer com que deixem de lado certas tradições e passem a incorporar outras, mas isto não significa que irá se transformar em única opção de organização social. Esta falta de opção, porém, traz consequências, apresenta novos tipos de exclusão, assim como se tem a visão do novo, do moderno, muitos ficam excluídos, ficam sem acesso a ele. Instala-se a competição entre os indivíduos, reduz salários, aumenta o desemprego, a pobreza, aumenta a relação entre ricos e pobres, aumenta a possibilidade de corrupção, devasta o ambiente[18]. Parece eficaz e com resultados no campo econômico, mas sua contribuição tem consistido, muitas vezes, na imposição de valores, de forma a promover a competitividade de maneira desenfreada, criando dificuldade de coabitação entre seres de identidades culturais diferentes, por causa de dogmas e irredutismos culturais[19].

O que pode parecer negativo, também contribui para abrir novas perspectivas à cooperação entre sociedades e indivíduos, contribui ao determinar uma maior interação entre grupos populacionais com características diferenciadas, tanto no que se refere à diferença entre os povos quanto no que diz respeito aos grupos culturalmente diferenciados, que partilham o mesmo espaço geográfico, identificando-se como parte integrante de um mesmo povo.

Observa-se hoje a preocupação com os direitos humanos como uma preocupação global. Ou ainda como estão sendo discutidas e ampliadas as preocupações com o meio ambiente[20], com a questão da sustentabilidade do planeta. A possibilidade de acesso à informação.

Neste contexto, o que se observa é que a globalização é um fenômeno de elevada complexidade. Como consequência abrange um conjunto de dimensões diversificadas que" são potencialmente tantas quantas as múltiplas facetas da vida humana e social" [21].

A globalização econômica, é concretizada por diversos meios, destaca-se o comércio

---

[18] ROSA, Alexandre Morais da. Direito Transnacional, soberania e o Discurso da *Law and Economics*. In.CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (org.) **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 79-80. FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, sociedade de risco e o Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 19.

[19] WOLTON, Dominique. **A outra globalização**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Lisboa: DIFEL, 2004. p. 10. Título original: L'Autre Mondialisation. WOLTON, Dominique**. É preciso salvar a comunicação**. São Paulo: Paulus, 2007. p. 233.

[20] HACHA, José Domingues. O Direito ao Meio ambiente: fundamentação jurídica. In. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 16. n. 3, 2011. p. 281-294.

[21] FERNANDES, José Pedro Teixeira. **Elementos de economia política internacional.** Coimbra: Almedina, 2005. p. 170-171.

mundial, a divisão do trabalho, as empresas multinacionais e a cultura organizacional. Fortalecendo o princípio do melhor interesse do mercado, o Direito, por exemplo, passa a ser um meio para atender ao fim superior de crescimento econômico. Para isso é necessário programar "ajustes estruturais mediante reformas constitucionais, legislativas e normativas [...] surge um Direito [...] à mercê do mercado"[22]. Conforme Soros[23] "a globalização foi uma realização dos fundamentalistas de mercado".

A globalização econômica está enterrando o mercado nacional, "o espaço nacional está sendo substituído, enquanto ponto econômico estratégico, pelo emergente espaço global". Ou seja, a produção de riqueza de um país não depende mais do "local", dos "interesses particulares desses países […] está dependente de tecnologia projetada, produzida e transformada em todas as partes do mundo […]".[24]

Com relação à divisão do trabalho, inicialmente tinha-se a ideia de que o primeiro mundo realiza o trabalho técnico e com alto valor agregado, enquanto os países pobres realizariam a produção intensiva e com baixo valor agregado[25]. Pensamento este relacionado aos padrões de investimento e a forma de comércio envolvido. Com a capacitação e preparação das pessoas, estas, em qualquer parte do planeta estão em condições para atuarem em qualquer nível de produção. Destaca-se, porém, que a transferência deu-se em vagas (postos de trabalho) e em capacitação e não em relação ao valor da mão-de-obra que continua sendo a dos níveis dos países periféricos e pobres.

Assim, a divisão do trabalho diz respeito principalmente à posição dos países no mercado e no processo produtivo global. Aqui se pode abrir um parêntese para novamente trazer a discussão relativa à Dignidade da Pessoa humana, direitos humanos e direitos fundamentais[26].

Como a produção de riqueza já não possui "local" definido, esta cada vez mais dependente "de mão-de-obra altamente especializada cuja formação não tem necessariamente, caráter nacional"[27].

---

[22] ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a *Law & Economics***. p. 51-52.
[23] SOROS, George. **A Bolha da Supremacia Americana**: Corrigir o Abuso do Poder Americano. Lisboa: Temas e Debates, 2004. p. 87.
[24] GRUPO DE LISBOA. **Limites à competição**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 49-50.
[25] WATERS, Malcolm. **Globalização.** Tradução de Magnólia Costa e Ana Bela Rocha. Oeiras, Portugal: Celta, 1999. p. 68. Título Original: Globalization
[26] Segundo Kevin Bales, existem mais de 27 milhões de escravos em todo o mundo. BALES, Kevin. Gente descartável: a nova escravatura na economia global. Lisboa: Editora Caminho, 2001. Título original: Disposable People: New Slavery in the Global Economy".
[27] GRUPO DE LISBOA. **Limites à competição**. p. 50.

A globalização da economia é então o processo pelo qual os mercados se expandem e as fronteiras dos Estados Nacionais parecem desaparecer[28]. É a busca de mais e maiores condições de concorrência e de ampliação do mercado. Isto acarreta, consequentemente, na abertura comercial generalizada, na difusão dos processos de desregulamentação e de privatização.

Como o Estado-Nação, na sua estrutura e forma não consegue regular e coordenar esta nova realidade, quem o faz é o poder econômico. Desta forma, o Direito tornou-se um fenômeno de menor importância. Criou-se um novo princípio, "o do melhor interesse do mercado"[29]. Desta forma comercializou-se a crença de que não havia espaço para uma ordem jurídica da economia, bem como a ideia de que a intervenção estatal no mercado estaria atrasando o processo de desenvolvimento social.

Ideias estas que exigiram que o Estado também adotasse medidas para se adequar a esta nova realidade. Exemplo disso é a inclusão do princípio da eficiência inserido explicitamente no art. 37[30] da Constituição da República pela Emenda Constitucional n° 19, de 04 de junho de 1998. Observa-se que o conceito de eficiência é econômico e não jurídico. A eficiência orienta a atividade administrativa a alcançar os melhores resultados com menor custo e utilizando os meios que dispõe. Logo, ele vem para adequar a estrutura da máquina estatal e para regular a atuação dos agentes públicos, isto é, melhorar o desempenho com vistas à conquista de metas[31], entretanto isso não reflete necessariamente em qualidade de serviço ou acerto de decisão, mas em quantidade de resultados.

Este exemplo configura fator suficiente para que se exerça uma análise sobre a tutela jurídica, na expectativa que esta acompanhe as modificações impostas pela Globalização, mais do que acompanhar, é necessário que ela busque formas de frear certas ações, visto conforme Santos[32], que são ações perversas, que geram a baixa do salário, o aumento do desemprego, o aumento da pobreza, generaliza a fome e o desabrigo social. Por isso a necessidade de se impor

---

[28]"A desterritorialização é uma das principais circunstâncias que molda o cenário transnacional, especialmente porque diz respeito ao aspecto além-fronteiras, pois não é espaço estatal e também não é espaço que liga dois ou mais espaços estatais [...] incapazes de atenderem à complexidade dos negócios empresariais os Estados ou se rendem às inéditas alternativas jurídicas surgidas nos meios intraempresariais ou se adaptam em organizações originalmente internacionais mas de evidente caráter supranacional[...]." STELZER, Joana. O fenômeno da Transnacionalização da dimensão jurídica. In. CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 26.

[29] ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a *Law & Economics***. p. 51.

[30] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 33 ed. Brasília: Edições Câmara, 2010.

[31] GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço público e a constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 298-299. FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 85.

[32] SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**. Do pensamento único à consciência universal. p. 19-20.

limites. Faz-se necessário, "reorganizar os preceitos fundamentais do Estado, do Direito e da Política [...]"[33],.

Neste contexto é que o fenômeno da Transnacionalidade nasce e cresce, adotando uma posição reflexiva e contra hegemônica, demonstrando a necessidade de construir espaços de regulação, governança e fiscalização que permitam a substituição do modelo neoliberal de concentração de riqueza e exploração das atividades econômicas, por relações de sustentabilidade, cooperação e solidariedade. Conforme Cruz [34], caso não se comece, imediatamente a teorizar a superação democrática do Estado no formato atual se corre o risco de ver sua progressiva substituição por um "Estado de Direito Privado", reduzido a um código de regras que se legitimam por seu bom funcionamento, mas que estão desprovidas de qualquer conotação humanitária.

A ideia de Transnacionalidade levanta a possibilidade de modificar as concepções sobre Cidadania, sobre Direitos para analisá-los a partir dos efeitos de ações políticas e econômicas em um mundo globalizado. É o reconhecimento de que qualquer novo movimento que se alça sobre o horizonte necessita ser regulado por um contrário. Esta é a garantia que se tem de que uma só tendência não colonizará, de maneira totalizante, todo o espaço que possa encontrar. Risco de uma ação globalizante fundada só no mercado.

A Transnacionalidade, conforme Habermas[35] tem compromisso não só com a economia, mas com a consolidação da paz, contra violência organizada, com os fluxos migratórios, com os direitos humanos que eram inicialmente compromisso dos Estados nacionais, ou seja, da sociedade para consigo mesma.

Como os Estados nacionais estão se esvaziando, não conseguem, sozinhos, proteger seus cidadãos dos efeitos externos, não possuem mais legitimidade visto que as decisões são tomadas em outro cenário, bem como veem diminuída a capacidade de intervirem e regulares as suas políticas sociais, o caminho é que o Estado nacional não seja "somente reativo, mas também ativo no que visa à qualificação do cidadão, de sua sociedade, capacitando-o e qualificando-o para a

---

[33] AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. Estado de direito e Estado constitucional: qual o devir de sua função social contemporânea diante da globalização econômica? *In* PASOLD, Cesar Luiz (org.). **Primeiros Ensaios de Teoria do Estado e da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 124, 125.

[34] CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade**: democracia, direito e Estado no século XXI. Itajaí: Editora da UNIVALI, 2011. p. 50.

[35] HABERMAS, Jürgen. **Era das transições**. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 2003.p. 105.

concorrência” [36].

Esta nova realidade imposta provocou alterações nos mais diversos campos da vida humana, seja na economia, na política, na cultura ou nas relações sociais. Este novo momento traz grandes alterações nas formas de regulação e de governança.

A regulação e governança, amarradas à ideia de soberania nacional, exercida em determinado território, demonstrou-se insuficiente para conduzir a nova realidade que perpassa as fronteiras definidas pelo Estado, bem como se revelou a obsolescência dos sistemas jurídicos nacional, internacional e supranacional em tutelá-las.

Com o avanço da tecnologia, das relações econômicas, comerciais e sociais o Direito de natureza estatal foi questionado, e vem sofrendo dificuldades, que é resultado da crescente complexidade das ações e relações existentes nesta sociedade mesma Sociedade.

A insuficiência do ordenamento jurídico interno em regular questões que ultrapassam o seu território e como consequência estariam fora da soberania estatal, afetam diretamente a governança e a segurança política e jurídica não apenas local, mas mundial. Como exemplos de tal afirmação pode-se destacar a exploração dos recursos naturais que, ao ser realizadas de forma incontrolada, causa problemas ao ambiente que ultrapassa as fronteiras; o crime organizado e suas organizações espalhadas nos mais diversos cantos do planeta; a exploração infantil e de trabalho escravo, desrespeitando os direitos humanos, os direitos fundamentais e o mínimo dos direitos trabalhistas.

Estes exemplos já servem para demonstrar que o sistema jurídico utilizado pelos Estados se apresenta insuficiente para tutelar seus problemas internamente, visto a influência externa. O que dizer então sobre os conflitos e os interesses que são de além-fronteiras?

Conforme Bachelet[37], caso não haja um aperfeiçoamento por parte da Sociedade mundial e caso não se busque aplicar normas de uma Sociedade multissetorial em escala universal estamos no risco de vermos populações inteiras desaparecerem pelos efeitos das doenças ligadas à destruição e pelo jogo da economia mundial.

Por isso, a necessidade e urgência da criação de novas estratégias globais de governança, regulação e intervenção, baseadas num paradigma de aproximação entre povos e culturas, na

[36] HABERMAS, Jürgen. **Era das transições**. p. 115.
[37] BACHELET, Michel. **Ingerência Ecológica**: Direito Ambiental em questão. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 68.

participação consciente e reflexiva do cidadão na gestão política, econômica e social. Desta forma pode-se configurar um "novo projeto de civilização, revolucionário e estratégico para o futuro", pautado na consciência da finitude dos bens ambientais e na responsabilidade pela proteção global bem como na defesa e melhoria de todos assim como dos elementos que dão sustentação e viabilidade[38].

Caso se viajasse ao século X e perguntasse a um português, francês ou alemão onde ele tinha nascido nunca pensaria em responder que foi em Portugal, ou na França ou Alemanha. Isto porque simplesmente os Estados nacionais não existiam. O mesmo acontecia com toda a Europa. Tal situação veio a se alterar nos séculos XV e XVI quando se formaram os Estados nacionais. Para se chegar ao estágio que se encontra hoje, o Estado passou por um processo histórico. As questões que se colocam nos dias de hoje, frente ao processo de Globalização e a da Transnacionalidade são: qual seria a melhor forma de organização política a se adotar? Qual a função e como deve atuar o Direito? Está claro que as formas atuais já não respondem aos anseios. Está em crise. Esta crise tem uma de suas causas principais na ação dos agentes políticos que não assumem como nacionais as causas dos insucessos na economia, na política, na questão ambiental, sempre colocando um agente global como responsável,"[…] a nossa economia está em baixa devido a recessão nos EUA […] o nosso ar está poluído devido a uma ação nuclear qualquer […] o crime é alimentado por uma associação internacional de drogas [...][39], como visto, o problema sempre está na casa do vizinho. Desta forma se está reduzindo progressivamente a ação soberana do Estado-Nação na resolução de seus problemas.

Necessário se faz encontrar uma forma de se administrar neste contexto de globalização e Transnacionalidade onde se passa a divulgar a ideia de que "habitantes do planeta experimentam problemas comuns"[40] e nesse contexto o Estado é insuficiente para atuar em áreas como a segurança pública, a economia, os direitos humanos, as questões ambientais. Estes elementos trazem a ideia que justifica a necessidade de uma governança internacional, ou global.

Neste contexto estão os organismos internacionais como Organização das Nações Unidas (ONU), Organização Mundial do Comércio (OMC), a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) entre outros organismos que possuem abrangência regional

---

[38] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais. In CRUZ, Paulo Márcio e STELZER, Joana (orgs.). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 69-70.
[39] WATERS, Malcolm. **Globalização.** p. 97.
[40] WATERS, Malcolm. **Globalização.** p. 98.

e\ou global e que fazem com que se acredite que "há razões para se olhar o mundo como uma única ordem social."[41]

Afirma Castells[42] que a forma de controle realizada pelo Estado sobre o tempo e o espaço está se perdendo frente aos "fluxos globais de capital, produtos, serviços, tecnologia, comunicação e informação". A ação do Estado em reafirmar a sua posição na "arena global pelo desenvolvimento de instituições supranacionais acaba comprometendo ainda mais sua soberania".

Com o término da Guerra-fria e a emergência da globalização verifica-se o surgimento de tendências no poder global, entre elas destacam-se três: a passagem dos países ocidentais para os orientais, a passagem de uma organização em torno dos direitos dos Estados para uma ordem que abrange a "protecão dos indivíduos de ameaças globais como o genocídio, o terrorismo e o efeito de estufa; [...] e de um sistema cada vez mais definido pela integração regional." [43]

Logo, a globalização mudou o centro gravitacional do mundo, que passou a ter, por exemplo, a China e a Índia com condições de ultrapassar, economicamente, os Estados Unidos, na metade deste século, tendo a Rússia, o Brasil e a África do Sul logo atrás. Não é possível que se caminhe para que "90% da população mundial seja governada por um sistema concebido para servir os interesses da Europa e da América."[44], Logo, seguindo este pensamento, a tendência real é de que a forma de organização política que está à disposição da sociedade no atual momento não seja a adequada para esta nova realidade.

2. DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Parte-se de uma ideia básica: todos são detentores de dignidade, independentemente de status, posição social, raça, crenças, sexo, capacidade ou quaisquer outros atributos pessoais ou sociais. "Todos são iguais em dignidade [...] ainda que não se portem de forma igualmente digna"[45]. Trata-se de qualidade intrínseca da pessoa, logo, por si só, considera que a pessoa humana é portadora de dignidade. Com esta observação, verifica-se que a dignidade é anterior e

---

[41] SOUSA, Fernando de. **Dicionário de Relações Internacionais**. *Porto:* Edições Afrontamento, 2005. p. 91.
[42] CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução de Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e terra, 2000. p. 287. Título original: *The rise of the Network Society*.
[43] LEONARD, Mark. **Século XXI**: A Europa em Mudança. Lisboa: Editorial Presença, 2005. p. 136. Título original: Why Europe will run the 21st century.
[44] LEONARD, Mark. **Século XXI**: A Europa em Mudança. p. 137.
[45] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005**.** p.18.

superior a própria ideia de Estado. Desta forma, é reconhecida como fundamento da ordem jurídica, independente de qual estrutura de Estado. Por esta razão é que se torna inadmissível que a pessoa seja tratada como objeto. "Só há dignidade, portanto, quando a própria condição humana é entendida, compreendida e respeitada" ou ainda, "o ser humano é dotado de um valor próprio que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento".[46]

Importante destacar que a dignidade é um atributo da pessoa. Um "ser ideal ou abstrato" não tem dignidade passível de proteção. A dignidade é da pessoa humana, da qual não pode ser retirada, salvo quando a vida lhe faltar. [47]

Observando o tema em termos históricos, pode-se remeter ao período antropológico da filosofia grega, que tinha o homem ético e político como o centro da discussão. Apesar de não ter utilizado o tema da dignidade da pessoa humana, os gregos destacaram a figura de um homem com valor universal e normativo. Deve-se destacar que a reflexão grega acerca do homem representou uma ruptura com o pensamento mítico. Visto que a mitologia havia construído a imagem do homem como subordinado a forças dos deuses, que dirigiam as relações com os outros homens e com a natureza, por outro lado, o pensamento grego, centrado na razão, vem apresentar o homem que aspira ao conhecimento, à justiça. Mas é somente com Kant, na era moderna que nasce o conceito de dignidade, "conferindo ao sujeito a aptidão de possuir direitos e deveres."[48]

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 contemplou a dignidade humana como um valor que veio dar luz aos direitos e desta forma apresentou-se como uma resposta as atrocidades da guerra bem como se apresentou como uma garantia visando a não repetição daqueles atos.

No preâmbulo bem como no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU encontra-se o "reconhecimento da dignidade humana" e ela é apresentada como "fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo". Daí resulta que "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos". A pessoa humana se apresenta acima de tudo, não possui equivalente. Ou seja, o ser humano e em específico, o homem, somente pela sua simples condição de ser, já é possuidor de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados.

---

[46] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade.** p. 29.
[47] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade.** p. 120.
[48] COSTA NETO, João. **Dignidade humana**; visão do tribunal constitucional federal alemão, do STF e do Tribunal Europeu. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 25.

A dignidade da pessoa humana é intrínseca a qualquer ser humano, pois, "a vida e o nascimento de uma pessoa são as razões para sua dignidade"[49]. A dignidade é "inata" à pessoa.[50] Logo, a dignidade está incorporada ao ser humano. Desta forma, a dignidade da pessoa humana é o valor-base, é a base de sustentação para qualquer discussão sobre o homem em sociedade, independente da forma de organização política.

É importante que se destaque que a dignidade humana é intrínseca e não é resultante de uma norma que a determina, assim como por exemplo o Direito a Propriedade. A dignidade antecede a norma. A dignidade é característica inata da pessoa humana, "entranha e se confunde com a própria natureza do ser humano"[51].

A dignidade da pessoa humana sugere a garantia de condições mínimas para uma vida saudável.

A dignidade da pessoa humana impõe limites para as ações de qualquer organismo e qualquer forma de organização política. Sendo assim, em tempos de Globalização e Transnacionalidade, a Dignidade da Pessoa Humana é o paradigma para qualquer ação, é uma cláusula compromissória que deve determinar toda a organização política e econômica no contexto atual. A dignidade da pessoa humana é basilar para a organização da Sociedade, neste mundo Globalizado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do artigo foi o de demonstrar que no contexto de globalização e de Transnacionalidade a Dignidade da Pessoa Humana é o Paradigma Jurídico e, portanto deve ser elevado à condição de ideia e conteúdo básico para a implementação de uma nova ordem política e jurídica.

Ficou demonstrado que a globalização, assim como trouxe a evolução da tecnologia que responde pelas inovações e descobertas e com isso amplia as formas e os meios de se comunicar, quebrando as barreiras ou os limites impostos pela ideia de território ou de soberania trouxe consequências perversas, que geram a baixos salários, aumento do desemprego, aumento da

[49] SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton, OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos humanos e cidadania.** 2.ed. São Paulo: RT, 200p. 166.
[50] NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p 49.
[51] SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.p. 38.

pobreza, generalização da fome e da miséria.

As mudanças no cenário global, derivadas do fenômeno da Globalização e da Transnacionalidade afetaram diretamente a ideia de Estado moderno, baseado na tríade povo, território e soberania. O Estado, não consegue, neste formato, responder às necessidades da Sociedade neste contexto de Globalização e Transnacionalidade.

O Estado, na sua estrutura e forma não consegue regular e coordenar esta nova realidade, quem o faz é o poder econômico. Desta forma, o Direito tornou-se um fenômeno de menor importância. Comercializou-se a crença de que a intervenção estatal no mercado estaria atrasando o processo de desenvolvimento social. Por exemplo, o princípio da eficiência esculpido no artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por meio de Emenda Constitucional, é uma demonstração de adequação da estrutura da máquina estatal aos interesses do mercado ou a sua linguagem.

O fenômeno da Transnacionalidade nasce e cresce, neste contexto, adotando uma posição reflexiva e contra hegemônica, demonstrando a necessidade de construir espaços de regulação, governança e fiscalização que permitam a substituição do modelo neoliberal de concentração de riqueza e exploração das atividades econômicas, por relações de sustentabilidade, cooperação e solidariedade.

A ideia de Transnacionalidade levanta a possibilidade de modificar as concepções sobre Cidadania, sobre Direitos para analisa-los a partir dos efeitos de ações políticas e econômicas em um mundo globalizado.

Com o avanço da tecnologia, das relações econômicas, comerciais e sociais o Direito de natureza estatal foi questionado, e vem sofrendo dificuldades, que é resultado da crescente complexidade das ações e relações existentes nesta mesma Sociedade.

Por isso, a necessidade e urgência na criação de novas estratégias globais de governança, regulação e intervenção.

Neste contexto, o que pode plasmar a nova forma de organização política, social e econômica? A resposta está na dignidade da pessoa humana que é intrínseca a qualquer ser humano, que é anterior a ideia de Estado, que não é resultante de uma norma.

A dignidade da pessoa humana impõe limites para as ações de qualquer organismo e qualquer forma de organização política ou social. Por isso que ela é o paradigma que deve

determinar toda a organização política e econômica no contexto atual.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. Estado de direito e Estado constitucional: qual o devir de sua função social contemporânea diante da globalização econômica? *In* PASOLD, Cesar Luiz (org.). **Primeiros Ensaios de Teoria do Estado e da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2010.

BACHELET, Michel. Ingerência Ecológica: **Direito Ambiental em questão**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

BALES, Kevin. **Gente descartável**: a nova escravatura na economia global. Lisboa: Editora Caminho, 2001. Título original: Disposable People: New Slavery in the Global Economy".

BITTAR, Carlos Eduardo Bianca. **O Direito na Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro: Universitária, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 33 ed. Brasília: Edições Câmara, 2010.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução de Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e terra, 2000. Título original: *The rise of the Network Society*.

CASTELLS, Manuel. **Fim do milênio**. A era da informação: economia, sociedade e cultura. 5 ed. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e terra, 2009. v.3.

COSTA NETO, João. **Dignidade humana; visão do tribunal constitucional federal alemão, do STF e do Tribunal Europeu**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade:** democracia, direito e Estado no século XXI. Itajaí: Univali, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. Florianópolis: Disciplina Legal, 2001.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais. In CRUZ, Paulo Márcio e STELZER, Joana (orgs.). **Direito e transnacionalidade.** Curitiba: Juruá, 2011.

DEMARCHI, Clovis. **Direito e Educação**: A regulação da Educação Superior no contexto transnacional. São Paulo: Paco Editorial, 2014.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERNANDES, José Pedro Teixeira. **Elementos de economia política internacional.** Coimbra: Almedina, 2005.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, sociedade de risco e o Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

GIDDENS, Anthony. **A terceira via.** Tradução de Maria Luiza X. De A. Borges. 3. Tiragem. Rio de Janeiro: Record, 2000.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 6 ed. Tradução de Sandra Regina Netz. Porto Alegre: Artmed, 2005. Título original: *Sociology*.

GÓMEZ, José Maria. **Política e democracia em tempos de globalização.** Petrópolis: Vozes, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço público e a constituição brasileira de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2003.

GRUPO DE LISBOA. **Limites à competição**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HABERMAS, Jürgen. **Era das transições**. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 2003.

HACHA, José Domingues. O Direito ao Meio ambiente: fundamentação jurídica. In. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 16. n. 3, 2011.

LEONARD, Mark. **Século XXI**: A Europa em Mudança. *Lisboa: Editorial* Presença, 2005. Título original: *Why Europe will run the 21st century.*

MARTIN, Hans-Peter, SCHUMANN, Harald. **A armadilha da globalização**: o assalto à democracia e ao bem- estar social. Tradução de Lúcia Pinho e Melo e Ana S. Silva. Lisboa: Terramar, 1998. Título original: Die Globalisierungsfalle.

MATTELART, Armand. A nova ideologia globalitária. In. CORDELLIER, Serge (org.). **A globalização para lá dos mitos**. Tradução de Nogueira Gil. Lisboa: Bizâncio, 1997. Título original: Mondialisation au-delà dês mythes.

NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La tercera generación de Derechos Humanos**. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2006.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIFKIN, Jeremy. **O sonho europeu**. São Paulo: Makron Books, 2005.

ROSA, Alexandre Morais da. Direito Transnacional, soberania e o Discurso da *Law and Economics*. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (org.) **Direito e Transnacionalidade.** Curitiba: Juruá, 2009.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a *Law & Economics*.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Globalização:** Fatalidade ou Utopia? 3. ed. Porto: Afrontamento, 2005.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**. Do pensamento único à consciência universal. 6 ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton, OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos humanos e cidadania**. 2.ed. São Paulo: RT, 2009.

SOROS, George. **A Bolha da Supremacia Americana**: Corrigir o Abuso do Poder Americano. Lisboa: Temas e Debates, 2004.

SOUSA, Fernando de. **Dicionário de Relações Internacionais**. *Porto:* Edições Afrontamento, 2005.

STELZER, Joana. O fenômeno da Transnacionalização da dimensão jurídica. In. CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

WATERS, Malcolm. **Globalização**. Tradução de Magnólia Costa e Ana Bela Rocha. Oeiras, Portugal: Celta, 1999. Título Original: *Globalization*

WOLTON, Dominique. **A outra globalização**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Lisboa: DIFEL, 2004. Título original: L'Autre Mondialisation.

WOLTON, Dominique. **É preciso salvar a comunicação**. São Paulo: Paulus, 2007.

OS CONFLITOS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: A CRISE DA ALTERIDADE COMO DESAFIO PARA O DIREITO

Josemar Soares[1]

INTRODUÇÃO

A modernidade representa uma época de conflitos. A quantidade de ações no Judiciário é enorme. Qualquer desentendimento gera motivo para uma ação judicial. O Direito que deveria buscar o justo é frequentemente usado como instrumento de briga pessoal ou forma de ganhar dinheiro fácil.

Nesse contexto o Direito não consegue garantir a ordem e a paz social, o que se percebe pelo elevado índice de violência, criminalidade e processos judiciais, que aumentam exponencialmente com o passar dos anos. O individualismo chegou a tal ponto que o aniquilamento do outro não significa nada, não é um problema, não causa remorso.

Segundo dados do Relatório de 2012 do Conselho Nacional de Justiça em 2011 havia mais de 90 milhões de processos em trâmite no Brasil, sendo que 26 milhões haviam sido iniciados em 2011.

Conforme dados do Sistema de Informações de Mortalidade – SIM, a taxa anual de homicídios aumentou 275,3% entre 1980 e 2011 (de 13.910 em 1980 para 52.198 em 2011). No mesmo período também a taxa de suicídios aumentou 152,9% (de 3.896 para 9.852).[2]

Entre esse crescimento destaca-se ainda que cada vez mais os latrocínios surgem como principal causa de tantas mortes, superando o homicídio, o que faz a recomendação de Maquiavel aos príncipes para que não confisquem bens da população acrescentar ainda mais sentido, pois

---

[1] Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2009), Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (2003) e Mestre em Educação pela Universidade Federal de Santa Maria (1999). Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica, do Mestrado em Turismo e da graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí UNIVALI. Coordenador do Grupo de Pesquisa e Extensão Paidéia do CNPQ. E-mail: jsoares@univali.br.

[2] Os dados de suicídio já foram bem superiores, alcançando a marca de 1555 em 1995. Por outro lado é necessário salientar que dados de suicídio sempre são mais nebulosos e controversos que aqueles de homicídio. É certo que a margem de suicídios é consideravelmente maior, pois trata-se de uma *causa mortis* ainda vista com temor. Dados retirados da fonte: WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2013:** homicídios e juventude no Brasil. Rio de Janeiro: CEBELA; FLACSO, 2013. Disponível em: <http://mapadaviolencia.org.br/pdf2013/mapa2013_homicidios_juventude.pdf>. Acesso em: 24 set. 2013.

segundo o intelectual florentino as pessoas sofrem mais a perda da propriedade do que a morte do próprio pai[3]. A impressão que transmite é que para o Eu o Outro não tem dignidade nem autonomia, sendo apenas um instrumento a espera do sujeito, que pode instrumentalizá-lo conforme preferir. Desse modo não há remorso consciente na prática criminosa contra o outro.

De alguma forma tais chocantes fenômenos parecem colocar em xeque a própria ideia de sociabilidade, ou, de modo ainda mais profundo, de alteridade, que por muito tempo foram consideradas fundamentos indispensáveis para a própria constituição do ser humano, aqui entendido não apenas como ser biológico.

Este artigo pretende investigar a crise contemporânea manifestada no aumento de conflitos jurídicos na ótica da dialética do reconhecimento. O objetivo é demonstrar que os fatos concretos são apenas fenomenologia de uma crise mais profunda, que diz respeito à própria falência nas relações de alteridade. A criminalidade, o aumento de litígios judiciais, de separação e divórcio em relações matrimoniais, de conflitos trabalhistas, entre tantos problemas que aumentam continuamente na sociedade contemporânea, refletem a própria crise da relação do Eu com o Outro. As pessoas parecem cada vez mais centradas no próprio ego, no próprio mundo, de tal modo que os outros são apenas extensões do mundo, que pode ser utilizado e instrumentalizado à sua conveniência.

Não parece coincidência o fato de aumentar a preocupação com suposta cultura narcisista nos dias atuais, sobretudo no que se refere às novas gerações de jovens. O aumento simultâneo do individualismo egoísta, a ponto de ser considerado narcisista, e de conflitos judiciais não pode ser analisado como mera coincidência, deve-se averiguar as possíveis conexões entre os fenômenos.

Desse modo o artigo primeiro aborda a discussão acerca da alteridade como condição humana para sociabilidade, privilegiando a leitura hegeliana da dialética do reconhecimento. Em segundo momento estuda-se em viés psicanalítico a questão do narcisismo e do egoísmo, a partir das abordagens de Freud e Fromm. Por fim encerra-se com reflexões sobre como esta problemática prejudica ou até impede a realização daquilo que Hegel chamou de eticidade, que seria pressuposto indispensável para a vida livre em sociedade. Alguns apontamentos tendo em vista a exploração de novas pesquisas são oferecidos ao final do trabalho.

[3] MACHIAVELLI, Niccolò. **O Príncipe.** 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

Em relação às citações de Hegel, tanto na *Fenomenologia do Espírito* como na *Filosofia do Direito* utilizar-se-ão as obras reunidas na coleção de 20 volumes *Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft*[4], com estes trechos em alemão aparecendo sempre no formato de nota de rodapé. No tocante às traduções foram utilizadas as de Paulo Meneses, da editora Vozes para a *Fenomenologia* e das editoras Loyola e Unisinos para a *Filosofia do Direito*[5].

O presente trabalho vincula-se à linha de pesquisa de Estado, Transnacionalidade e Sustentabilidade do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí.

1. ALTERIDADE E DIALÉTICA DO RECONHECIMENTO COMO CONDIÇÃO DE SOCIABILIDADE

Platão, ao apresentar os pressupostos de uma Cidade ideal na sua *República*, apresenta a Justiça como conceito central para formação do melhor Estado, e entendendo Justiça como "a cada um fazer o que lhe é devido", formulação que torna-se mais clara se retomada a ideia de que em tal Cidade cada indivíduo seria responsável por uma função específica, sendo uns produtores, outros comerciantes, outros soldados, outros governantes, etc.[6] Ora, se a cada um é devida determinada função significa que nenhum indivíduo é independente dos demais. Se algum especializa-se na produção de sapatos também precisará de alimentos para sobreviver, logo necessitará estabelecer relações com o agricultor, e assim por diante para relação social. O fundamento do Estado, então, parece estar em certas relações sociais que vislumbram o processo de civilização.

Bastante diversa é a explicação hobbesiana, já no século XVII, para o qual os homens, se deixados livres em estado de natureza, tornam-se inimigos entre si, o verdadeiro *homo hominis lupus*. O ser humano seria essencialmente egoísta e as relações intersubjetivas que constituiriam o fundamento do Estado teriam como justificativa tão somente a própria segurança[7]. Não há aqui preocupação com o outro, mas apenas a instrumentalização a favor de si. A passagem do estado de natureza ao estado civil seria um pacto (implícito ou não) em que cada indivíduo aceita ceder parte de sua liberdade, transferindo o poder de ser governado a uma entidade superior, o Estado.

---

[4] HEGEL, G. W. F. **Phänomenologie des Geistes**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986; HEGEL, G. W. F. Grundlinien der Philoshophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982.
[5] HEGEL, G. W. F. **Fenomenologia do Espírito**. Petrópolis: Vozes, 2005; HEGEL, G. W. F. Linhas Fundamentais da Filosofia do Direito ou Direito Natural e Ciência do Estado em Compêndio. São Paulo: Loyola; São Leopoldo: Unisinos, 2010.
[6] PLATÃO. **A República**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
[7] HOBBES, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.** 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

É a ideia de Contrato Social, subterrânea a toda a teoria política moderna, inclusive constitucional. Da monarquia às democracias é indispensável a premissa de que a Constituição representa a vontade do povo, e de que o Estado, a obediência às leis e aos governantes é um ato de vontade livre de cada indivíduo. Sem tal premissa a própria lógica constitucional moderna resulta falha, independente se o fundamento é Hobbes, Locke[8], Rousseau[9], Montesquieu[10], entre outros contratualistas[11].

Hegel, no entanto, já havia criticado severamente a formulação teórica do Contrato Social, a partir do argumento do crime, ou da in-justiça (*Ungerekichtigkeit*), que segue aqueles do dano civil e da fraude. Para o filósofo alemão o ato criminoso surge quando o indivíduo vê o direito apenas como aparência (*Schein*) e não em seu real conteúdo de liberdade, de tal modo que a agressão ao outro constitui verdadeira negação desta relação de liberdade em sua universalidade. O sujeito que comete o crime, neste caso, acaba por negar a própria ideia de Direito, de Contrato Social, que vigora naquela sociedade.[12]

Os elevados índices contemporâneos de criminalidade e violência urbana indicam que cada vez mais pessoas passam a negar a ideia de sociabilidade, e por consequência aquela de Contrato Social, pois revelam ausência de empatia pelo Outro, de tal forma que o Outro se torna mero obstáculo a ser transposto para realização de satisfação pessoal (a obtenção de um bem, por exemplo). Na esfera do Direito Penal os crimes lesivos contra a vida são entendidos como agressões não apenas contra a vítima, mas contra a própria sociedade, a ponto de ser permitida a esta a decisão final sobre o futuro do sujeito acusado (condenação ou absolvição) na forma do Tribunal do Júri. Em outras palavras, a sociedade decide sobre o futuro de um indivíduo que

---

[8] LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

[9] ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

[10] MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

[11] O contrato social está implícito, também, na *Teoria Pura do Direito* de Kelsen, pois do contrário não haveria fundamento racional para a ideia de *norma fundamental*, já que o próprio autor afirma que somente uma norma pode fundamentar outra norma. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

[12] Particularmente interessante é o § 100, sobre a punição como direito do criminoso: "A lesão que sofre o criminoso não é apenas justa em si,- enquanto justa, ela é, sua vontade sendo em si, um ser-aí de sua liberdade, de seu direito; porém ela também é um direito do criminoso mesmo, ou seja, posto em sua vontade sendo aí, em sua ação. Com efeito, em sua ação, enquanto é a de um ser racional, reside o fato de que ela é algo universal, que por ela é estabelecida uma lei que ele reconheceu para si nela, portanto sob a qual ele pode ser subsumido como sob o seu direito". Mais esclarecedor ainda é o comentário de Hegel ao parágrafo citado: "Beccaria, como se sabe, negou ao Estado o direito de infligir pena de morte, pela razão de que não se podia presumir que esteja contido no contrato social o consentimento dos indivíduos de se deixar matar, antes tem de ser admitido o contrário. Contudo, o Estado não é de modo algum um contrato, nem a sua essência substancial é incondicionalmente a proteção e a garantia da vida e da propriedade dos indivíduos enquantos singulares [...]". Hegel demonstra que a ideia de contrato social acaba por revelar uma série de direitos ao sujeito criminoso, pois tendo regras postas por ele, é direito do criminoso receber esta pena e não aquela. Ou seja, implícita ou explicitamente, o Estado autoriza o indivíduo a cometer tal crime, desde que aceite a pena estabelecida. O resultado disso só pode ser um direito como aparência e sem conteúdo, mera formalidade. Para esclarecimentos mais incisivos de Hegel sobre sua rejeição à teoria do contrato social ver § 75.

decidiu por si próprio negar o Contrato Social.

Hegel já criticara a formulação hipotético-dedutiva do Contrato Social quando apresenta seu esboço de *Direito Abstrato*. O Direito enquanto norma positiva é abstrato, porque em si mesmo não passa de criação externa e desprovida de conteúdo, que o indivíduo aceita senão como apenas aparência, mas não o seu próprio conteúdo de Liberdade. O indivíduo não reconhece tal norma como posta por ele, e por isso, na medida em que for necessário para sua vida, poderá negá-la. Daí a existência de fraudes, crimes e toda espécie de afronta contra a ordem jurídica.

Também Grossi afirma que para o cidadão comum o Direito não lhe aparece como posto por ele, mas como um dado externo e pesado que lhe foi imposto[13]. Direito e Justiça se veem assim cindidos. Direito é uma determinação da ordem vigente e que busca apenas controlá-lo. Justiça seria outra coisa, outra ideia, e que passaria longe da instância legal.

Observa-se a recente onda de protestos em diversas partes do mundo contra seus governos representantes. As queixas são tantas e se diversificam em cada contexto. Hardt e Negri abordam este fenômeno a partir da crise do sistema da democracia representativa, pois o povo não se veria mais reconhecido pelos seus governantes eleitos[14].

Certamente este efeito existe, mas não se esvazia ali. Pois a crise do sistema representativo pode auxiliar a explicar a explosão de protestos, mas não explica o crescimento da violência urbana e de processos judiciais, que revelam a existência de um conflito intersubjetivo muito mais profundo e já enraizado na sociedade. A violência, seja ela física, moral, psicológica, e que não se limita ao homicídio, ao roubo, ao estupro, mas abarca também as lides trabalhistas, práticas empresariais ilegais, divórcios e todo tipo de relação conflituosa, identifica-se muito mais com uma crise séria que atinge o núcleo da convivência humana. De alguma forma cada pessoa busca no Outro a responsabilidade da sua frustração e tenta também no outro a solução para a própria vida.

A problemática remonta a uma das passagens mais emblemáticas e profundas da filosofia hegeliana, a dialética entre senhor e escravo, na *Fenomenologia do Espírito*, que trata do movimento da consciência em busca de reconhecimento.

---

[13] GROSSI, P. **Mitologias jurídicas da modernidade.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.
[14] HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão:** guerra e democracia na era do império. Rio de Janeiro: Record, 2005.

O motivo que impele a consciência a buscar o reconhecimento é o Desejo (*Begierde*). "A consciência-de-si que pura e simplesmente é para si, e que marca imediatamente seu objeto com o caráter negativo; ou que é, de início, *desejo* – vai fazer pois a experiência da independência desse objeto"[15]. Desejo, desde a perspectiva de Spinoza[16], indica a carência de algo que impele alguém a sair de si e buscar um ser-Outro. Para Hegel os primeiros desejos são puramente biológicos, como saciar a fome, a sede, o sexo, etc. Mas nenhum desejo é sua própria finitização. A consciência não finitiza seu desejo neste alimento, nesta atividade, neste objeto, pois são todas manifestação do próprio Desejo em si mesmo. No fim o que a consciência busca é a própria Vida.

> No meio fluído universal, que é um tranqüilo desdobrar-se-em-leque das figuras, a vida vem-a-ser, por isso mesmo, o movimento das figuras, isto é a vida como processo. A fluidez universal simples é o Em-si; a diferença, essa mesma fluidez é o Outro; Porém, devido a tal diferença, essa mesma fluidez vem-a-ser o Outro; pois ela agora é para a diferença, que é em-si e para-si-mesma, e portanto o movimento infinito pelo qual aquele meio tranqüilo é consumido; isto é, a vida como ser vivo.[17]

E a consciência, enquanto ente humano, se busca a Vida, inevitavelmente chega a desejar outra consciência. É o que assinala Hyppolite: "O desejo se refere aos objetos do mundo; depois, a um objeto mais próximo de si mesmo, a Vida; enfim, a uma outra consciência de si, é o próprio desejo que se procura no outro, o desejo de reconhecimento do homem pelo homem".[18]

O processo de negação dos desejos, portanto, é inesgotável, resultando que o ser humano vive em alteridade essencial, pois sempre se sentirá impelido a desejar um Outro.

É o momento da dialética do reconhecimento em Hegel, que de fato se inicia visando apenas interesse próprio, isto é, a consciência, ao buscar o Outro, o faz apenas para satisfazer um desejo próprio, sendo o Outro mero instrumento de realização deste desejo.

Mas ao realizar tal movimento a consciência de si perceberá que o Outro faz o mesmo esforço em relação a ela. Ambas as consciências saem de si para reconhecer o Outro, e neste processo ambas se reconhecerão como a si mesmas. Ao buscar o Outro para satisfazer o meu desejo e perceber que o Outro faz o mesmo movimento se medeia a dialética de reconhecimento, em que as ambas as consciências eliminam a desigualdade entre elas. Tal movimento, para Hegel,

---

[15] "Dieses aber ist nur diese Einheit selbst, so daß sie nicht zugleich *für sich selbst* ist. So selbständig also das Bewußtsein, ebenso selbständig ist *an sich* sein Gegenstand". FE, *A verdade da certeza de si mesmo*, HW 7, p. 139.

[16] SPINOZA, Baruch de. **Ética**. Tradução de Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica, 2007.

[17] "Das Leben in dem allgemeinen flüssigen Medium, ein *ruhiges* auseinendarlengen der Gestalten wird eben dadurch zur Bewegung derselben, oder zum Leben als *Prozeß*. Die einfache allgemeine Flüssigkeit ist das *Ansich*, und der Unterschied der Gestalten, das Andere; Flüssigkeit wird selbst durch diesen Unterschied das *Andere*; denn sie izt jetzt *für den Unterschied*, welcher an und für sich selbst, und daher die unendliche Bewegung ist, von welcher jenes ruhige Medium aufgezehrt wird, das Leben als *Lebendiges*". FE, *A verdade da certeza de si mesmo*, HW 3, p. 141.

[18] HYPPOLITE, Jean. **Gênese da Fenomenologia do Espírito de Hegel**. 19. ed. São Paulo: Discurso Editorial, 1999. p. 177.

possui dupla significação: "Para a consciência-de-si há uma outra consciência-de-si [ou seja]: ela veio para fora de si. Isso tem dupla significação: primeiro, ela perdeu a si mesma, pois se acha numa outra essência. Segundo, com isso ela suspendeu o Outro, pois não vê o Outro como essência, mas é a si mesma que vê no Outro".19

Em outras palavras, a consciência, para reconhecer o Outro, precisou suspender[20] a si mesma, passando a ter o Outro como essencial e a si como inessencial. Por outro lado ela medeia o Outro para si. Ou seja, ao mesmo tempo em que suspende a si vê a si no Outro. E o Outro realiza o mesmo movimento nela. Duplo movimento de relativização de si, mas que ao mesmo tempo mantém o dado originário da busca por satisfação de si. Não se trata nem de absolutizar a si e nem de absolutizar o Outro, ou, para empregar termo especificamente hegeliano, nem finitizar-se em si e nem finitizar-se no Outro.

A consciência, que antes era 'em si', apenas voltada a si mesma, tornou-se para-um-outro, ao suspender a si e buscar o reconhecimento do outro. O retorno a si constituirá aquilo que Hegel chamará de consciência em si e para si, isto é, aquela consciência capaz de sair de si para reconhecer o Outro mas de não perder o próprio centro. É desse movimento que, para Hegel, nasce a ideia de Para-Nós[21], uma figura universal em que as consciências reconhecem-se reciprocamente como iguais. É somente no Para-Nós que sujeitos coletivos ou universais (como a sociedade) possuem validade e presença. Tal ideia será aprofundada adiante por meio do conceito de Eticidade.

O desejo não pode ser aniquilador, não pode desejar o extermínio do outro, pois as instituições sociais e políticas que permitem maior funcionalidade à vida humana, dependem da interação de reconhecimento e da manutenção da vida de ambas as consciências desejantes.

Mas o desejo não se finitiza no reconhecimento. Após reconhecer e ser reconhecida por Outro a consciência buscará a afirmação de si diante deste Outro. O resultado é uma luta[22] que as

---

[19] "Es ist für das Selbstbewußtsein ein anderes Selbstbewußtseins; es ist *außer sich* gekommen. Die hat die gedoppelte Bedeutung: *erstlich*, es hat sich selbst verloren, denn es findet sich als ein *anderes* Wesen; *zweitens*, es hat damit das Andere aufgehoben, denn es sieht auch nicht das andere als Wesen, sondern *sich selbst* im *anderen*". FE, *A luta por independência e dependência*, HW 3, p. 274.

[20] O termo 'suspender' seria uma tradução aproximativa do alemão 'aufhebung', que em Hegel possui uma significação bastante precisa, pois filosoficamente identifica o movimento de superação de um dado anterior, mas conservando-o, isto é, atualizando-o. Suspender, então, é negar o dado sem eliminá-lo. O novo dado conserva o anterior e o atualiza. A tradução por 'atualização' também não seria precisa, pois não assinalaria o aspecto negativo e fundamental.

[21] FE, A verdade da certeza de si mesmo, HW 3, p. 125.

[22] Em importante texto do período da juventude intitulado Da Positividade da Religião Cristã Hegel formulava o Amor (Liebe) como fundamento para a vida ética, que depois na Fenomenologia do Espírito, primeira obra da fase intelectual madura seria substituído pela ideia de Luta. Ainda assim o Amor constituirá elemento essencial para construção do sistema da Eticidade nas Linhas

coloca entre a vida e a morte. Aquela consciência que teve coragem para arriscar tudo de si torna-se senhor, enquanto a outra, que se abalou diante da possibilidade do fim da existência, finitizou em si mesma e na vida, e tornou-se escravo.

A luta por reconhecimento, mais que plano natural é a luta na dimensão espiritual, a luta por reconhecimento que movimenta o desejo de cada ser humano de ser reconhecido.

> São consciências que ainda não levaram a cabo, *uma para a outra*, o movimento da abstração absoluta, que consiste em extirpar todo ser imediato, para ser apenas o puro ser negativo da consciência igual-a-si-mesma. Quer dizer: essas consciências ainda não se apresentaram, uma para a outra, como puro *ser-para-si*, ou seja, como consciência-*de-si*. Sem dúvida, cada uma está certa de si mesma, mas não da outra; e assim sua própria certeza de si não tem verdade nenhuma, pois sua verdade só seria se seu próprio ser-para-si lhe fosse apresentado como objeto independente ou, o que é o mesmo, o objeto [fosse apresentado] como essa pura certeza de si mesmo. Mas, de acordo com o conceito do reconhecimento, isso não é possível a não ser que cada um leve a cabo essa pura abstração do ser-para-si: ele para o outro, o outro para ele, cada um em si mesmo, mediante seu próprio agir, e de novo, mediante o agir do outro.[23]

A consciência de si do escravo passa a trabalhar para o senhor, tornando-se intermediadora deste com o mundo. O escravo, em primeiro momento, torna-se dependente do senhor, que lhe permitir viver. Entretanto também o senhor torna-se dependente do escravo, pois a própria condição de senhor apenas produz realidade se reconhecida por um escravo.

Esta relação de dependência recíproca, mas pendente favoravelmente para o lado do senhor, está fadada a inverter-se na medida em que o senhor torna-se ocioso e o escravo trabalha. O escravo forma-se, aprimora-se pelo trabalho, torna-se competente no ofício, a ponto de poder libertar-se do senhor. É por isso que Kojève afirma que a dialética do senhor e do escravo é principalmente a dialética do escravo, e que esta dialética é aquela da civilização

---

Fundamentais da Filosofia do Direito, vez que é a base da instituição da Família. É certo que a passagem do Amor para a Luta é uma das questões que intriga e estimula estudos hegelianos até hoje. A Luta não pode ser entendida como superação do Amor, mas como nova forma de estabelecer vínculos éticos. A Luta manifesta, mais que o Amor, a condição dialética do conflito, vez que põe duas consciências a se desafiarem. Pode-se dizer que o Amor está presente na dialética do reconhecimento, mas o Amor apenas em si mesmo é insuficiente para as relações sociais, pois a existência de conflitos é inevitável. O problema não é falsear uma inexistência de conflitos, mas aprender a superá-los e não finitizar-se neles. E esta passagem existencial é proporcionada apenas pela fenomenologia da luta. Em síntese não cabe afastar o amor, mas atualizá-lo na dialética do reconhecimento. Para o texto Da Positividade da Religião Cristã: HEGEL, G. W. F. **Escritos de juventud.** México: Fondo de Cultura Econômica, 1978.

[23] "[...] *selbständige* Gestalten, in das *Sein des Lebens*, - denn als Leben hat sich hierder seiende Gegenstand bestimmt – versenkte Bewußtsein, welche *füreinander* die Bewegung der absoluten Abstraktion, alles unmittelbare Sein zu vertilgen, und nur das rein negative Sein des sichselbstgleichen Bewußtsein zu sein, noch nicht vollbracht, oder sich einander noch nicht als reines *Fürsichsein*, das heißt, als *Selbstbewußtsein* dargestellt haben. Jedes ist wohl seiner selbst gewiß, aber nicht des andern, und darum hat seine eigne Gewißheit von sich noch keine Wahrheit; denn seine Warheit ware nur, daß sein eignes Fürsichsein, sich ihm als selbständiger Gegenstand, oder, was, dasselbe ist, der Gegenstand sich als diese reine Gewißheit seiner selbst dargestellt hätte. Dies aber ist nach dem Begriffe des Anerkennens nicht möglich, als daß wie der andere für ihn, so er für den andern, jeder an sich selbst durch sein eigenes Tun, und wieder durch das Tun des andern, diese reine Abstraktion des Fürsichseins vollbringt". FE, *A luta por independência e dependência*, HW 3, p. 148.

ocidental[24]. A história ocidental, sobretudo moderna, é a história do escravo trabalhador que por meio dele liberta-se do senhor.

Estas linhas hegelianas exercerão também notável influência no existencialismo, já que a relação entre Eu e Outro constitui a relação primária e básica de toda dimensão humana. O ser humano existe apenas a partir de díades. Primeiro biologicamente, nasce a partir de outro, precisa das leis naturais para continuar vivo, de alimento para sobreviver, etc. Depois socialmente precisa do outro para conviver, para trabalhar, para constituir família, e assim por diante para a realização de cada satisfação.[25] Além do existencialismo essa relação fundamental entre o Eu e o Outro seria estudada amplamente por diversas correntes psicológicas.

A partir da dinâmica de reconhecimento entre o Eu e o Outro Hegel estabelece consequências lógicas em toda a sua filosofia, principalmente na dimensão política e jurídica. A sua *Filosofia do Direito* estrutura-se nas relações dialéticas entre indivíduos, indivíduos e instituições e entre instituições, demonstrando que a realização da Ideia de Liberdade no mundo, aquilo que definirá como Eticidade (*Sittlichkeit*), depende da dialética de reconhecimento entre os indivíduos e as instituições. O direito somente pode ser respeitado se os indivíduos respeitarem uns aos outros como iguais membros de uma comunidade. O mesmo fundamento é válido para o casamento e fundação da família, das corporações, e assim de toda a estrutura política que movimenta o Estado. Entretanto, a dialética envolve real saída de si para reconhecer o Outro, e não mero movimento formal. O direito e as instituições são apenas aparências sem conteúdo se os indivíduos não se reconhecerem como iguais em dignidade, como iguais em direitos e deveres. Não há razão do indivíduo não respeitar as leis e instituições se ele se reconhece nelas e se reconhece no Outro. Porque se ele se reconhece no Outro sabe que agredir o Outro e as instituições é como agredir a si mesmo. A famosa fórmula hegeliana do Espírito Objetivo como *Eu que é Nós e Nós que é Eu* não é mera tautologia, mas real conteúdo da Eticidade. O Estado e a sociedade são um corpo só.

É necessário investigar a causa desta cisão, o motivo de que impele o sujeito a praticar atos que violam totalmente a lógica da eticidade. A proposta neste artigo é abordá-la a partir da crise na alteridade e na dialética do reconhecimento, ou seja, quando o Eu já não consegue sair de si e reconhecer o Outro, mas mantém-se enclausurado em si, em seu próprio mundo, onde é o centro

[24] KOJÈVE, Alexandre. **Introdução à Leitura de Hegel.** Rio de Janeiro: Universidade Estadual de Rio de Janeiro, 2002.
[25] Merleau-Ponty, por exemplo, utilizará a dialética entre senhor e escravo em uma abordagem bastante próxima da psicossomática. MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da Percepção.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

e majestade, e todos os demais são apenas instrumentos que devem adaptar-se à sua lógica. Não é difícil perceber que tal descrição não se distancia do individualismo egoísta e do narcisismo, amplamente estudados pela teoria psiconalítica.

2. INDIVIDUALISMO E NARCISISMO ENQUANTO FENÔMENO DO MUNDO MODERNO

Tornou-se senso comum atribuir às recentes gerações qualificações como 'narcisista', 'individualista', 'preguiçosa', sendo que muitas vezes tais definições vêm acompanhada de projeções como Geração N ou outras. Em síntese poder-se-ia dizer as novas gerações são cada vez mais centradas em si mesmas, como se o mundo inteiro (logo também a sociedade) girasse ao redor do jovem. De acordo com Paula, "A cultura narcisista faz com que os indivíduos cada vez mais se ocupem de seu próprio prazer, buscando a maximização da satisfação de suas necessidades e desejos."[26].

Não se pode pôr de lado, todavia, que tal sintoma vem sendo observado há muitas décadas, pois discussões semelhantes podem ser presenciadas em escritos de Psicologia durante todo o decorrer do século XX, ao menos. Desse modo as raízes do problema não podem ser, evidentemente, cada nova geração, mas um mecanismo anterior que subsiste e enfraquece cada nova geração.

A percepção de que a atual geração é sempre menos preparada à anterior, portanto, parece se arrastar por todo o trajeto da civilização humana e certamente exigiria que se iniciassem pesquisas e análises que extravasam o presente objeto de estudo. Por hora basta afirmar que a suposta cultura do narcisismo não pode ser reputada somente à geração atual de jovens, como se aqui explicasse a causa e seus efeitos, sem recorrer a bases anteriores.

A palavra *narcisismo* originou-se de um mito grego sobre um jovem e belo rapaz chamado Narciso que, com indignação, desprezava a afeição que tinham por ele, até que um dia ao olhar sua imagem refletida na água de uma fonte apaixonou-se por ela, permanecendo à beira da fonte tentando abraçar sua imagem e acabou definhando-se. Hoje, o termo narcisismo é usado para se referir aos sentimentos que o indivíduo tem por si mesmo e a forma com que controla sua auto-estima[27].

---

[26] PAULA, Ana Paula Paes de. *Eros* e narcisismo nas organizações. **RAE - eletrônica,** São Paulo, v. 2, n. 2, jul./dez. 2003.
[27] LUBIT, Roy. O impacto dos gestores narcisistas nas organizações. **RAE – Revista de Administração de Empresas,** São Paulo, v. 42, n. 3, p. 66-77, jul/set. 2012.

Freud afirma que o narcisismo, em origem, é um fenômeno natural a qualquer ser humano, pois todos teriam, no início, a si próprios como objeto sexual, mas que depois entrariam em conflito com tabus e padrões sociais, gerando daí diversas implicações psicológicas que serão decisivas na formação da personalidade de indivíduo específico[28]. Todas as pessoas, nos primeiros anos de vida, manteriam atos para com o próprio corpo que denotariam esta posição sexual para consigo próprio[29], mas que tais atitudes são reprovadas e punidas, primeiro pelos pais, depois por toda a sociedade. Assim cada pessoa se vê obrigada a rejeitar este natural amor (inclusive sexual) para com o próprio corpo.

> O encanto de uma criança reside em grande medida em seu narcisismo, seu autocontentamento e inacessibilidade, assim como também o encanto de certos animais que parecem não se preocupar conosco, tais como os gatos e os grandes animais carniceiros. Realmente, mesmo os grandes criminosos e humoristas, conforme representados na literatura, atraem nosso interesse pela coerência narcisista com que conseguem afastar do ego qualquer coisa que o diminua. É como se os invejássemos por manterem um bem-aventurado estado de espírito – uma posição libidinal inatacável que nós próprios já abandonamos.[30]

Desse modo, por mais que as pessoas sejam forçadas a reprimir o próprio narcisismo natural na infância a atitude narcisista em si jamais é eliminada, restando inconsciente nos adultos. O resultado desse processo é uma abertura progressiva ao narcisismo da criança, conferindo-lhe maior liberdade que ele mesmo teve, quando na infância. E é a partir desse ponto que se inicia o fenômeno prejudicial ou até patológico do narcisismo.

> Se prestarmos atenção à atitude de pais afetuosos para com os filhos, temos de reconhecer que ela é uma revivescência e reprodução de seu próprio narcisismo, que de há muito abandonaram. O indicador digno de confiança constituído pela supervalorização, que já reconhecemos como um estigma narcisista no caso da escolha objetal, domina, como todos nós sabemos, sua atitude

---

[28] Rios afirma que "O narcisismo é uma fase normal do desenvolvimento psíquico, fundamental para a constituição do eu e do lugar do outro em nossas vidas. As dificuldades no relacionamento intersubjetivo ocorrem quando, por algum motivo, a saída dessa fase fica comprometida ou, na vida adulta, o retorno a ela encapsula o eu em si mesmo, caracterizando um modo de subjetividade na qual não há legítimo valor e interesse pelo outro.". RIOS, Izabel Cristina. O amor nos tempos de Narciso. **Interface,** Botucatu, v. 12, n. 25, p. 421-426, abr./jun. 2008. p. 422.

[29] "O bebê humano inicialmente experimentaria vários tipos de relação com o mundo, e um que é especialmente importante é a amamentação, que satisfaz a necessidade de autoconservação, mas também fornece o prazer oral, ligado ao ato de chupar [*Lutschen*] o seio materno. Tendo a memória de satisfação desse ato, a criança passa a chupar o próprio dedo ou o bico, mostrando claramente que o prazer que se vinculava inicialmente à autoconservação ganhou um "valor próprio", e tem seu sentido na experiência de excitação corporal. Essa idéia é expandida por Freud a todos os processos de interação somática do infante com a realidade, e configura o auto-erotismo, em que a satisfação seria difusa por todas as zonas erógenas — sendo que qualquer parte do corpo poderia ser uma, dependendo de sua estimulação. A partir de diversos processos que não nos cabe investigar aqui, "uma nova ação psíquica" pode ser dita ocorrendo na criança: a formação da unidade do ego. Uma vez configurada, essa unificação acarreta uma espécie de canalização da libido para esse núcleo do que virá a ser a individualidade, momento em que a criança experimenta uma primeira forma de narcisismo, caracterizado por um sentimento de onipotência, de completude, de mescla com todos os objetos de prazer e exclusão de tudo o que quebra essa unidade ideal.". FREITAS, Verlaine. Indústria Cultural: o empobrecimento narcísico da subjetividade. **KRITERION,** Belo Horizonte, n. 112, p. 332-344, dez./2005. p. 335.

[30] FREUD, Sigmund. Sobre o Narcisismo: uma introdução (1914). *In:* SALOMÃO, Jayme. **Edição *standard* brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud.** Rio de Janeiro: Imago, 1996. v. 14. p. 96.

> emocional. Assim eles se acham sob a compulsão de atribuir todas as perfeições ao filho – o que uma observação sóbria não permitiria – e de ocultar e esquecer todas as deficiências dele[31].

A atitude de supervalorizar o filho, atribuindo qualidades exageradas que racionalmente o pai não poderia fazer, e fingindo não enxergar as deficiências, não pode ser, evidentemente, referente ao filho em si, pois este ainda não apresentou qualquer desenvolvimento para merecer tais elogios, mas uma atitude essencialmente narcisista dos pais, que veem o filhos como 'produções' deles, e portanto, partes deles, de tal modo que exercem o abandonado narcisismo amando de modo supervalorizado o filho, quando, no fundo, estão amando a si mesmos. Mas é aqui que inicia a construção do indivíduo narcisista na figura do filho.

> Além disso, sentem-se inclinados a suspender, em favor da criança, o funcionamento de todas as aquisições culturais, que seu próprio narcisismo foi forçado a respeitar, e a renovar em nome dela as reivindicações aos privilégios de há muito por eles próprios abandonados. A criança terá mais divertimentos que seus pais; ela não ficará sujeita às necessidades que eles reconheceram como supremas na vida. A doença, a morte, a renúncia ao prazer, restrições à sua vontade própria não a atingirão; as leis da natureza e da sociedade serão ab-rogadas em seu favor; ela será mais uma vez realmente o centro e o âmago da criação – 'Sua Majestade o Bebê', como outrora nós mesmos nos imaginávamos. A criança concretizará os sonhos dourados que os pais jamais realizaram – o menino se tornará um grande homem e um herói no lugar do pai, e a menina se casará com um príncipe como compensação para sua mãe. No ponto mais sensível do sistema narcisista, a imortalidade do ego, tão oprimida pela realidade, a segurança é alcançada por meio do refúgio na criança. O amor dos pais, tão comovedor, o qual, transformado em amor objetal, inequivocamente revela sua natureza anterior.[32]

Os pais transferem para os filhos a responsabilidade de seus próprios projetos inacabados de vida, e tal comunicação se faz pela projeção irresponsável de engrandecimento da criança, que, de fato, é tratada como uma Majestade. Para o bem-estar da criança os pais tentam, verdadeiramente, romper e modificar as leis naturais e sociais. Por um lado ama-se os filhos no lugar de a si mesmos, e por outro obtém-se da criança, através do carinho superestimado, o pacto silencioso da mesma para o futuro[33]. É certo que tal atitude dos pais nasce das privações e dificuldades que eles mesmos tiveram que suportar, a contragosto, e agora não desejam que seus filhos enfrentem o mesmo caminho. Por mais que a descrição freudiana seja do narcisismo patológico não é difícil perceber que tal fenômeno, em maior ou menor grau, é presente em praticamente todas as famílias. O filho, ao ser encarregado da pressão paterna, será capaz de responder a altura das expectativas? Na infância os pais mudam as leis naturais e sociais para

---

[31] FREUD, Sigmund. Sobre o Narcisismo: uma introdução (1914). p. 97.
[32] FREUD, Sigmund. Sobre o Narcisismo: uma introdução (1914). p. 97-98
[33] MONTI, Mario Rossi. Contrato narcisista e clínica do vazio. **Revista Latinoamericana de Psicologia Fundamental,** São Paulo, v. 11, n. 2, p. 239-253, jun. 2008.

agradá-lo como uma Majestade, mas depois a Sociedade não lhe tratará da mesma forma, o que acarreta, inevitavelmente, dificuldades de relacionamentos e construções de carreiras. Em muitos casos advém a frustração, que depois é novamente transmitida aos próprios filhos.[34] Nesse sentido este tipo de cultura perpetua-se, mas a cada geração a responsabilidade torna-se inferior e os agrados, maiores, resultando em um narcisismo inconsciente e latente que é reforçado a cada geração. Talvez daí decorra a sensação de que cada geração é mais narcisista que a anterior.

Erich Fromm também aborda a problemática dos relacionamentos, mas alarga a discussão para além das fronteiras do domínio familiar. Para Fromm tal fenômeno, embora possa ser observado em várias culturas ou períodos históricos, é refletido de modo mais profundo e evidente na sociedade moderna (principalmente ocidental), e possui íntima relação com a questão do desenvolvimento da liberdade moderna[35].

Liberdade em si é uma categoria essencialmente moderna e ocidental, porque diz respeito ao despertar de certo tipo de individualidade que é praticamente inexistente nas culturas anteriores. Até a Idade Média o senso privado e subjetivo não era tão fundamental assim, pois a vida, em sua origem e finalidade, era revestida em sua coletividade. Era a Família, o Clã, a Comunidade, a Cidade, o Estado, o Império, a Igreja, etc. O indivíduo não existia fora da universalidade. Por isso não há contradição entre a ética e a política aristotélica. A Felicidade do ser humano passa, impreterivelmente, pelo bem-estar social. Também a *República* de Platão somente é possível formando tanto o indivíduo como o Estado. O ser humano é, por natureza, um ser social.

Embora seja possível ver no Humanismo Renascentista o início do processo de ênfase na Liberdade é com as Reformas protestantes que a ferida é realmente aberta. Isto porque no Renascimento o Homem é certamente privilegiado, mas dentro de uma harmonia que inclui Deus e o Mundo, isto é, o Homem situado no interior de uma realidade maior e transcendental.

A abertura moral do luteranismo e do calvinismo, permitindo a cada indivíduo ter contato direto com Deus, sem necessitar passar pela intervenção institucional da Igreja é um abalo que permitirá inúmeras reimpostações. Se é verdade que a burguesia e o indivíduo comerciante já era uma realidade desde muitos séculos antes ao mesmo tempo é difícil imaginar o rápido

[34] Freud sintetiza as possibilidades de amor narcisista no seguinte esquema. "Uma pessoa pode amar: em conformidade com o tipo narcisista: (a) o que ela própria é (isto é, ela mesma), (b) o que ela própria foi, (c) o que ela própria gostaria de ser, (d) alguém que foi uma vez parte dela mesma". FREUD, Sigmund. Sobre o Narcisismo: uma introdução (1914). p. 97.
[35] FROMM, Erich. **O Medo à Liberdade.** 13. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

desenvolvimento que o espírito capitalista apresentou sem o acompanhamento moral e espiritual do protestantismo, conforme a conhecida tese de Weber[36].

Com isso desenvolve-se maior senso individualista, primeiro em seu aspecto espiritual e moral, depois econômico e político. As grandes transformações que o mundo veria ocorrer nos séculos seguintes são impensáveis sem esta ruptura anterior. Primeiro lutou-se para poder cultuar Deus em fórum privado, sem depender de uma instituição. Depois de conquista a liberdade de culto/religião o homem passaria a lutar por uma série de outras liberdades e direitos (políticos, civis, econômicos, etc.). Não só as Reformas Protestantes, mas também a Revolução Francesa, a Independência Americana, a Revolução Russa e outras se situam no interior desta problemática.

O problema está, conforme Fromm, no fato de que a liberdade conquistada anteriormente não parece provocar o efeito desejado nas gerações seguintes. Assim, a liberdade de culto reivindicada na Reforma vai desenvolver a ausência de espiritualidade profunda, assim como a luta pela liberdade de expressão deságua na massificação de pensamentos. Em outras palavras, a luta para ter a própria religião pode eliminar a essência do fenômeno religioso, assim como a luta pela liberdade de expressão reduz consideravelmente a diversidade de formas de expressões. A liberdade conquistada por uma geração torna-se um fardo pesado e angustiante para as gerações futuras. É interessante notar que tal visão auxilia a explicar a realidade brasileira atual, pois a luta de gerações anteriores pela democracia acarreta o peso à geração atual de exercer a democracia. Tal fenômeno, entretanto, parece inerente a qualquer conquista de nova responsabilidade, pois a obtenção de um cargo melhor também obriga o sujeito a novas posturas, mais maduras.

O problema, então, não está no direito ou na liberdade conquistados em si mesmos, mas na atitude e no senso de responsabilidade dos indivíduos que o exercem.

O resultado desse processo na psicologia do indivíduo moderno é assinalado por Fromm: "Nossa meta será evidenciar que a estrutura da sociedade moderna afeta o homem de duas maneiras simultaneamente: ele fica mais independente, confiante em si e crítico, e fica mais isolado, sozinho e com medo"[37].

O sentimento crescente e expansivo de liberdade e direitos forma o indivíduo crítico e isolado, que busca cada vez mais se autoafirmar como centro e núcleo da sociedade. A teoria de Fromm distancia-se da psicanálise freudiana a partir do momento em que insere as condições

[36] WEBER, Max. **Die protestantiche Ethik un der Geist des Kapitalism**. München: C. H. Beck, 2004.
[37] FROMM, Erich. **O Medo à Liberdade.** p. 91.

sociais e econômicas como fatores indispensáveis para se compreender a psicologia individual, não centrando a análise apenas no aspecto biológico, e, mais especificamente, libidinoso. No caso do homem moderno não há como analisar o homem afastando-o do sistema econômico.

A questão é meramente o individualismo, consequência inevitável da racionalidade moderna, mas no lado mais prejudicial e agressivo do individualismo contra o todo social, o egoísmo.

> O egoísmo não é idêntico ao amor de si próprio, mas exatamente seu oposto. O egoísmo é uma espécie de cupidez; como tal, contém um caráter de insaciabilidade, devido ao qual jamais há qualquer verdadeira satisfação. A cobiça é um poço sem fundo que exaure uma pessoa num esforço indeterminável para satisfazer a necessidade sem jamais atingir a satisfação. A observação acurada mostra que enquanto a pessoa está satisfeita, mas sempre inquieta, sempre movida pelo medo de não conseguir bastante, de perder algo, de ser despojada de algo. Está cheia de uma ardente inveja contra qualquer um que possa ter mais que ela. Se observarmos ainda mais de perto, especialmente a dinâmica inconsciente, veremos que este tipo de pessoa basicamente não gosta de si mesmo, detestando-se profundamente[38].

O egoísmo, que aqui não se confunde com o fenômeno natural e positivo do amor de si próprio (que poderia ser a faceta positiva do egoísmo) que integra o narcisismo natural da criança, significa aquela atitude extremamente individualista do sujeito que utiliza os outros apenas como instrumentos para saciar sua satisfação[39]. Não há sincero vínculo com o outro, que perde sua condição de sujeito, tornando-se mero objeto para instrumentalização do egoísta. Retomando as linhas hegelianas é a consciência que se limita a ver o outro como escravo, sem reconhecê-la em sua integridade.

Fromm insiste que a mesma atitude pode ser identificada na figura narcisista.

> O mesmo subsiste com a chamada pessoa narcisista, que não está tão interessada em conseguir coisa para si quanto em se admirar a si própria. Apesar de superficialmente estas pessoas assim parecerem estar muito apaixonadas por si mesmas, na realidade elas não se estimam, e seu narcisismo – como o egoísmo – é uma supercompensação para a carência básica de auto-estima[40].

Nem o egoísta e tampouco o narcisista possuem real amor próprio, na visão de Fromm, no máximo um interesse pessoal em determinadas satisfações, mas não amor em senso mais profundo, pois conforme o autor esboça mais detalhadamente na *Arte de Amar*, amar exige maturidade e autonomia, de tal forma que é impossível a alguém que não ama o outro ser capaz

---

[38] FROMM, Erich. **O Medo à Liberdade.** p. 99.

[39] "O sentimento de isolamento e incapacidade do homem moderno é ainda reforçado pelo caráter assumido por todas as relações humanas. O relacionamento concreto de um indivíduo com outro perdeu seu caráter direto e humano, assumindo um espírito de manipulação e instrumentalidade" FROMM, Erich. **O Medo à Liberdade.** p. 101.

[40] FROMM, Erich. **O Medo à Liberdade.** p. 100.

de amar a si mesmo, da mesma forma que é impossível amar o outro sem amar a si mesmo, pois o amor envolve uma atitude mais séria diante da própria vida em si. O sujeito egoísta e narcisista não ama, apenas busca supercompensação para carência básica de auto-estima, conforme assinalado pelo autor[41].

A estrutura de vida moderna prepara solo fértil para a propagação tanto do indivíduo destrutivo como daquele que, sentindo-se sozinho e isolado, se junta a uma coletividade maior em busca de se sentir com maior poder.[42] O primeiro, destrutivo, auxilia no entendimento da explosão de violência urbana, pois se o outro é apenas instrumento para satisfação da minha carência pode ser inclusive agredido.[43] O segundo efeito permite maior compreensão, primeiramente do surgimento de doutrinas e ideologias hoje incompreensíveis para muitos, como o fascismo e o nazismo, e depois para adesões de tantas pessoas a instituições bastante comuns como qualquer grupo social, sobretudo aquilo que Maffesoli chamará de tribos, um fenômeno específico da sociedade dita pós-moderna[44].

Esta cultura do egoísmo e do narcisismo, advinda do fenômeno do individualismo exacerbado da modernidade, implica consequências próprias para o âmbito jurídico. Um indivíduo que visa os outros seres humanos apenas como satisfações da própria necessidade não é capaz de envolver-se em projetos de aprimoramento social. É deste fenômeno que surgem tantos fatos reputados como criminosos pelo Direito Penal e tantas lides trabalhistas, por exemplo. Em suma, é a própria dificuldade de conviver com o outro, de entender seus valores.

Toda essa problemática impede a realização da ideia de eticidade de Hegel, que seria pressuposto indispensável para a vida livre em sociedade e assim se tem uma crise nas relações de alteridade que resultam em uma crise em todo o âmbito social.

3. ETICIDADE E A CRISE NAS RELAÇÕES DE ALTERIDADE

Hegel inicia a exposição da Eticidade no § 142 das *Linhas Fundamentais da Filosofia do Direito*:

---

[41] FROMM, Erich. **A Arte de Amar.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.
[42] FROMM, Erich. **O Medo à Liberdade.** p. 128-129.
[43] Não esquecer, todavia, que "a destrutividade é o produto da vida não vivida". FROMM, Erich. **O Medo à Liberdade.** p. 149.
[44] MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos:** o declínio do individualismo nas sociedades de massa. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

> A eticidade é a *ideia da liberdade*, enquanto Bem vivente, que tem na autoconsciência seu saber, seu querer, e pelo agir dessa, sua efetividade, assim como essa tem, no ser ético, seu fundamento sendo em si e para si e seu fim motor, - [a eticidade é o *conceito da liberdade que se tornou mundo presente e natureza da autoconsciência*.[45]

Por autoconsciência entende-se aqui a mesma figura da consciência de si, já indicada na Fenomenologia do Espírito. Somente por meio da consciência de si é possível elevar um projeto social como a eticidade.

Muitas interpretações foram feitas da *Filosofia do Direito* de Hegel, da liberal ao comunismo, do enaltecimento do indivíduo ao absolutismo estatal. A eticidade, conforme exposto no conceito do § 142, não se baseia nesta fragmentação.

A eticidade resultada do saber e do querer da consciência de si, depois de superar diversos momentos, a se iniciar pela dialética do reconhecimento. A eticidade é o conceito da liberdade que se tornou mundo presente e natureza da consciência de si, isto é, a própria ideia de Liberdade realizada, de que de tal forma se tornou uma segunda natureza da consciência de si.

O ser ético, dessa forma, não é externo e coercitivo à consciência, mas seu próprio conteúdo, de tal forma que as instituições e leis que derivarem daquela comunidade e Estado não são opressoras contra seus membros, mas a manifestação da vontade dos indivíduos.

Isto não significa que Hegel autoriza considerar qualquer Estado como livre e manifestação da eticidade. A eticidade é um processo espiritual e histórico, e que nasce apenas de uma série de dialéticas fenomenológicas e históricas efetuadas pelo indivíduo e pela humanidade, de tal forma que para Hegel seria possível somente na modernidade[46].

O mundo ético é harmônico e dialético, onde uma série de interesses (família, sociedade civil, Estado, indivíduo, etc.) coexistem, às vezes de modo conflituoso, mas sem jamais ameaçar a existência do ser ético, ou da eticidade em si.

A eticidade seria aquele momento de convivência social onde os indivíduos sabem ser membros efetivos de uma totalidade maior, seja ela o Estado ou a comunidade em geral, e

---

[45] "Die Sittlichkeit ist die *Idee der Freiheit*, als das lebendige Gute, das in dem Selbstbewußtsein sein Wissen, [und] Wollen, und durch dessen Handeln[,] seine Wirklichkeit, [hat] sowie dieses an dem sittlichen Sein seine an und für sich seiende Grundlage und [seinen] bewegenden Zweck hat, - der *zur vorhandenen Welt und zur Natur des Selbstbewußtseins gewordene Begriff der Freiheit*". FD, *A eticidade*, § 142, HW 7, p. 292.

[46] Embora possua relação, a eticidade da *Filosofia do Direito* não é a mesma eticidade da *Fenomenologia do Espírito*, que se refere ao mundo grego. O vínculo entre ambos é a Harmonia, imediata no mundo grego e mediatizada na modernidade. Cf. SOARES, Josemar Sidinei. **Consciência-de-Si e Reconhecimento na Fenomenologia do Espírito e suas Implicações na Filosofia do Direito.** 312 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

respeita a Constituição e as normas emanadas pelo Poder Público não por atitude de obrigação mas por vontade livre.

> Por outro lado, a substância ética, suas leis e suas potências, não passam, para o sujeito, como algo de estranho, mas, tem o testemunho de constituir em si mesma sua própria essência, onde tem o seu sentimento e nele vive como um elemento não diferente de si. Trata-se de uma relação imediata, que é mais idêntica que na *fé* e na *confiança*.[47]

Entretanto, mais importante que o respeito em si às instituições e normas, que parecem ser mais efeito que causa, é o processo de reconhecimento mútuo, já realizado pelas consciências de si. O indivíduo não agride o outro e as instituições porque reconhece o outro e as instituições como ele próprio, pois todos são membros de uma totalidade orgânica, logo agredir o outro é agredir a si mesmo. Objetivamente falando o homicídio não é o ato de matar apenas um indivíduo, mas a própria ideia de humanidade, e o representante eleito que se aproveita de seu cargo para praticar atos ligados à corrupção não está apenas enriquecendo ilicitamente, mas agredindo o ser ético do Estado. Entretanto, tais preocupações e discernimentos não perpassam a consciência do sujeito que pratica tais atos.

Não se reputa aqui que o sujeito precisa saber discernir as ideias de reconhecimento e ser ético. Na verdade, se tal ideia estivesse enraizada em seu ser, de modo inconsciente ele se negaria a praticar tais atos. O problema não é a inconsciência da dialética do reconhecimento, mas a sua falência ou até inexistência nos dias atuais.

O problema é existencial e, portanto, anterior à esfera jurídica, política e social, anterior inclusive à esfera ética/moral.

Na dialética do reconhecimento hegeliana a consciência precisa sair de si e reconhecer o outro como a si mesmo. Como já salientado, Hegel substituiu o amor pela luta/conflito, portanto não se trata de exigir das pessoas o amor, o sentimento genuíno pela humanidade, como queria Fromm, e como foi tão salientada na filosofia cristã, mas apenas um sentimento de respeito mútuo pelo outro, de reconhecimento de seu valor e humanidade, de entender que o outro é igual a ele mesmo, então ambos membros de um mesmo projeto social maior. Amor seria uma etapa ainda mais evoluída desse processo.

O que se coloca em questão é se uma consciência que não reconhece o outro pode

[47] "Anderseits sind sie dem Subjekte nicht ein *Fremdes*, sondern es gibt das *Zeugnis des Geistes* von ihnen als von *seinen eigenen Wesen*, in welchen es sein *Selbstgefühl* hat und darin als seinem vo sich ununterschiedenen Elemente lebt, - ein Verhältnis, das unmittelbar noch identischer als selbst *Glaube* und *Zutrauen* ist. FD, *A eticidade*, § 147, HW 7, p. 295.

reconhecer a si mesma. Como afirmava Hegel, reconhecimento é necessariamente mútuo. Ser pessoa implica em ser reconhecido por outros como pessoa, da mesma forma que ser proprietário de um bem implica em reconhecer o outro também como proprietário de um bem. Não há real dicotomia entre direitos e deveres. Exercer o direito responsabiliza o sujeito no dever de respeitar o direito alheio.

O que se observa, em outra via, é que a cultura e as instituições reforçam tal egoísmo narcisista e a incapacidade de reconhecer o outro e a si mesmo. Perdeu-se a cultura da responsabilidade e da profundidade, substituindo-a pela do lazer e do entretenimento, conforme apresentou Vargas Llosa em sua obra mais recente[48]. Não há uma cultura a responsabilizar qualquer pessoa a realizar e ser funcional ao bem-estar social, pelo contrário, é dever do coletivo prover ao indivíduo. Desse modo educa-se o jovem para a alienação e inefetividade. Está-se a nutrir uma pedagogia avessa em que é função do Estado garantir assistência, e não do indivíduo conduzir a própria vida, do professor em fazer o aluno aprender, e não deste em estudar, e assim por diante. A totalidade é orgânica, de tal modo que ela só pode prosperar se seus membros contribuírem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentro de todo esse contexto abordado no artigo está o Direito, que tem toda sua estrutura em torno da ideia de conflito. O Direito Penal lida com o conflito entre o transgressor e a sociedade ou particular, o Direito do Consumidor com o conflito entre o fornecedor e o consumidor, o Direito Ambiental com o conflito entre as pessoas e o meio ambiente, O Direito do Trabalho com o conflito entre empregado e empregador.

Isso não significa que se deve acabar com o conflito. A existência do conflito por si só não é um mal, no pensamento de Hegel significa uma dialética que dará origem a superação, desenvolvimento. O problema é que na modernidade grande parte dos conflitos não visa a busca de algo melhor, mas a simples e pura destruição.

O Direito deve manter seu papel de solucionador de conflitos, que sempre existirão na sociedade e necessitam de um aparato estatal que os resolve e garanta a harmonia entre os indivíduos que compõem a sociedade. O problema é quando o Direito se torna um incentivo de

[48] LLOSA, Vargas. **A Civilização do Espetáculo.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

criação de conflitos. Muitos indivíduos, em vez de buscarem a solução pacífica do conflito preferem usar o Direito como arma para o aniquilamento do outro.

Muitos empregados ao saírem da empresa em que trabalham entram com ações trabalhistas para se vingarem dos antigos empregadores ou conseguirem um dinheiro fácil, já que em muitos casos é mais econômico para o empregador pagar o ex-funcionário do que arcar com as despesas e gastar um longo tempo com um processo judicial.

Existe ainda hoje a chamada "indústria do direito moral", qualquer mero incômodo é motivo para se entrar em juízo buscando uma indenização de danos morais. O Superior Tribunal de Justiça – STJ chegou a condenar um pai a pagar R$ 200 mil de indenização por não ter dado afeto para a sua filha[49].

Apesar disso tudo, o Direito não tem condições de mudar a sociedade individualista e narcisista, não é papel dele mudar o caráter das pessoas e suas concepções. É da educação o papel de mudar o indivíduo, de o tornar responsável, maduro, de preparar o jovem para que desenvolva a capacidade de reconhecimento do outro e de si mesmo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1159242, do Tribunal de Justiça de São Paulo**, Brasília, DF, 10 de maio de 2012.

FREITAS, Verlaine. **Indústria Cultural:** o empobrecimento narcísico da subjetividade. KRITERION, Belo Horizonte, n. 112, p. 332-344, dez. 2005.

FREUD, Sigmund. Sobre o Narcisismo: uma introdução (1914). *In:* SALOMÃO, Jayme. **Edição *standard* brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud**. Rio de Janeiro: Imago, 1996. v. 14.

FROMM, Erich. **A Arte de Amar**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **O Medo à Liberdade**. 13. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

GROSSI, P. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão**: guerra e democracia na era do império. Rio de

[49] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1159242, do Tribunal de Justiça de São Paulo, Brasília, DF, 10 de maio de 2012.

Janeiro: Record, 2005.

HEGEL, G. W. F. **Escritos de juventud**. México: Fondo de Cultura Econômica, 1978.

_____. **Fenomenologia do Espírito**. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. **Grundlinien der Philoshophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982.

_____. **Linhas Fundamentais da Filosofia do Direito ou Direito Natural e Ciência do Estado em Compêndio**. São Paulo: Loyola; São Leopoldo: Unisinos, 2010.

_____. **Phänomenologie des Geistes**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

HOBBES, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HUSSERL, Edmund. **A crise das ciências europeias e a fenomenologia transcendental**: Uma Introdução à Filosofia Fenomenológica. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

HYPPOLITE, Jean. **Gênese da Fenomenologia do Espírito de Hegel**. 19. ed. São Paulo: Discurso Editorial, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOJÈVE, Alexandre. **Introdução à Leitura de Hegel**. Rio de Janeiro: Universidade Estadual de Rio de Janeiro, 2002.

LLOSA, Vargas. **A Civilização do Espetáculo**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LUBIT, Roy. **O impacto dos gestores narcisistas nas organizações.** RAE – Revista de Administração de Empresas, São Paulo, v. 42, n. 3, p. 66-77, jul/set. 2012.

MACHIAVELLI, Niccolò. **O Príncipe**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos**: o declínio do individualismo nas sociedades de massa. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da Percepção**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MONTI, Mario Rossi. **Contrato narcisista e clínica do vazio**. Revista Latinoamericana de Psicologia

Fundamental, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 239-253, jun. 2008.

PAULA, Ana Paula Paes de. ***Eros* e narcisismo nas organizações**. RAE - eletrônica, São Paulo, v. 2, n. 2, jul./dez. 2003.

PLATÃO. A República. **Lisboa**: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

RIOS, Izabel Cristina. **O amor nos tempos de Narciso**. Interface, Botucatu, v. 12, n. 25, p. 421-426, abr./jun. 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SOARES, Josemar Sidinei. **Consciência-de-Si e Reconhecimento na Fenomenologia do Espírito e suas Implicações na Filosofia do Direito**. 312 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

SPINOZA, Baruch de. **Ética**. Tradução de Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica, 2007.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2013:** homicídios e juventude no Brasil. Rio de Janeiro: CEBELA; FLACSO, 2013. Disponível em: <http://mapadaviolencia.org.br/pdf2013/mapa2013_homicidios_juventude.pdf>. Acesso em: 24 set. 2013.

WEBER, Max. **Die protestantiche Ethik un der Geist des Kapitalism**. München: C. H. Beck, 2004.

REFLEXÕES SOBRE A CRISE FINANCEIRA INTERNACIONAL E O ESTADO DE BEM-ESTAR[1]

Maurizio Oliviero[2]

Paulo Márcio Cruz[3]

INTRODUÇÃO

A América Latina sempre enxergou os estados de bem-estar europeus com admiração e com uma indisfarçável vontade de ter o mesmo modelo em seus países. Tem sido o sonho dos latino-americanos quando se discute qual o modelo ideal de Estado. Nas últimas décadas o Estado de Bem Estar foi sobejamente discutido nos meios acadêmicos como um modelo a ser seguido.

De maneira até inusitada, a crise iniciada em 2008 coloca em xeque o modelo de Estado, ou, pelo menos, gera questionamentos profundos sobre sua viabilidade a médio e longo prazo.

Os especialistas economistas assistem atônitos, com a sua ciência mais inexata do que nunca, a crise que começou nos Estados Unidos e vêm derretendo ativos financeiros, empregos e a credibilidade de todo sistema econômico da Europa, com gravíssimas repercussões na vida do cidadão comum. Aquele cidadão que acreditou – e ainda acredita - ser seu modo de vida o mais adequado para as nações de nosso planeta.

Na verdade, em toda a Europa Ocidental, o estilo de vida europeu está em debate. O mundo todo sempre admirou os europeus por seu sistema de benefícios sociais e por seus

---

[1] O presente trabalho é fruto das reflexões e debates efetuados pelos professores doutores Paulo Márcio Cruz e Maurizio Oliviero, catedrático da Universidade de Perugia, Itália, durante a estada do segundo na UNIVALI, no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI, cursos de Mestrado e Doutorado. O Professor Maurizio Oliviero, que é professor visitante do PPCJ/UNIVALI desde 1995, atuou como Professor Estrangeiro Visitante, com bolsa da Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES, de março de 2011 a outubro de 2015.

[2] Doutor em Direito e Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Perugia. Titular das disciplinas de Direito Público Comparado e Direito Islâmico. Professor visitante com bolsa CAPES no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – Cursos de Mestrado e Doutorado, professor visitante e pesquisador em diversas universidades (Columbia University, Al-Quds de Jerusalém e Heildelberg, Alemanha – Max Planck Institut e Universidade de Alicante na Espanha. Embaixador do Programa Erasmus pela Itália. (oliviero@unipg.it).

[3] Pós-Doutor em Direito do Estado pela Universidade de Alicante, na Espanha, Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina e Mestre em Instituições Jurídico-Políticas também pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Coordenador e professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI em seus programas de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica. Foi Secretário de Estado em Santa Catarina e Vice-reitor da UNIVALI. É professor visitante nas universidades de Alicante, na Espanha, e de Perugia, na Itália. (pcruz@univali.br).

sistemas de saúde pública. Enfim, por seu modelo de bem-estar social, em contraste com a dureza do jogo de mercado noutros países "capitalismocêntricos", já pedindo desculpas pelo neologismo.

Os europeus, ao longo das últimas cinco décadas transformaram impostos altos em uma rede de proteção que vai do berço à sepultura. A Europa que protege é um lema da União Europeia. Mas todos os governos da Europa com grandes orçamentos, receitas fiscais em queda e envelhecimento da população enfrentam o aumento do déficit público e o endividamento privado - e outras notícias ruins produzidas pela crise financeira.

Na Grécia, por exemplo, país atingido em cheio pela crise, a sociedade ressente-se de pagar impostos elevados para financiar um estado inchado e de eficiência duvidosa. Reverbera a antiga discussão entre a função pública, na qual seus membros chegam a se aposentar aos 50 anos com altos salários, enquanto aqueles que estão na iniciativa privada, pela forma como as coisas estão caminhando, terão de trabalhar até chegar aos 70. Em toda Europa existem questionamentos sobre qual será o futuro daqueles que dependem ou dependerão da assistência do Estado. Os cidadãos com idades próxima da aposentadoria estão profundamente pessimista em relação à consecução desse objetivo. Para esse cidadão, o governo está tergiversando sobre a solução aos graves problemas que atingem a população e não acredita que haverá condições de encher os cofres da previdência. A frase mais ouvida é a de que "o país não tem futuro".

Entretanto, acredita-se que a perplexidade que toma conta da Europa Ocidental poderia ser amenizada com a retomada do debate sobre o novo papel do Estado de Bem-Estar[4], que contestou a concepção liberal de que a liberdade e o desenvolvimento das atividades privadas só podem ser garantidos através da limitação das funções do Estado.

Considerando as experiências ocorridas nos países ocidentais, pode-se dizer que a transformação dos Estados liberais em Estados de Bem-Estar implicou uma ruptura de determinados aspectos da ordem jurídica e econômica até então existente.

Diante dessa realidade, o Estado passou a chamar para si a solução dos problemas sociais emergentes, principalmente através de sua principal característica: a intervenção direta nos domínios econômico, social e cultural.

Pode-se entender por Estado de Bem-Estar uma determinada concepção de conformação

[4] Estado de Bem-Estar é sinônimo de Estado Social Democrata ou simplesmente Estado Social, que são denominações diferentes para um mesmo modelo ideológico de Estado, cada um deles com algumas características próprias, como será visto mais adiante.

estatal, baseada na intervenção social e econômica que levaram a efeito alguns Estados liberal-democráticos contemporâneos. Uma análise da evolução do Estado Moderno mostra diversas experiências de intervenção social, econômica e – mais recentemente – cultural, do Estado[5].

O Estado de Bem-Estar é, na verdade, uma adaptação do Estado burguês capitalista, ou seja, dos regimes baseados na Democracia pluralista. A plena articulação do Estado de Bem-Estar só pode funcionar com base em dois fundamentos do Estado liberal-democrático contemporâneo. Em primeiro lugar, as propostas do Estado de Bem-Estar tiveram como intenção garantir a acumulação capitalista – mediante a intervenção sobre a demanda – com a intenção de manter a estabilidade social. Em segundo lugar, o Estado de Bem-Estar proporcionou uma nova e importante dimensão à Democracia, a partir do reconhecimento de um conjunto de direitos sociais[6].

Através do constitucionalismo social, o Estado de Bem-Estar passou a desenvolver ações acompanhadas de uma crescente inclusão, nas Constituições, não só de previsões de regulação estatal das relações contratuais, mas também de comandos aos poderes públicos para que passem a prover ou financiar uma série de prestações de serviços, em geral públicos e gratuitos, aos cidadãos[7]. Os esforços para garantir a igualdade de oportunidades – que, frise-se, é o objetivo principal do Estado de Bem-Estar – e distribuição de renda derivada de algumas ações do próprio Estado, completaram esta nova dimensão da Democracia que este modelo ideológico de Estado representa[8].

Portanto, principalmente em algumas matérias, o Estado de Bem-Estar – ou os poderes públicos – passou a prestar serviços diretamente à população, como nas já aludidas áreas da saúde, educação, habitação e, principalmente, a seguridade – ou previdência – social, como aposentadorias, auxílio-velhice, salário-desemprego, afastamentos remunerados para tratamento de saúde, pensões etc. Estas foram as ações através das quais o Estado de Bem-Estar materializou-se e, a bem da verdade, resolveu boa parte dos problemas sociais nos países onde foi implantado de forma decidida. A doutrina costuma dizer que o Estado de Bem-Estar se caracteriza por ser fortemente ativo com as classes passivas, e passivo com as classes ativas, numa alusão a pobres e ricos, nesta ordem.

---

[5] Conforme Ernest FORSTHOFF, em sua obra **Por uma reconstrução da doutrina europeia sobre o uso conceitual do termo e natureza do estado social de direito.** Milano: Giuffrè, p. 123.
[6] SÁNCHES, Jordi *et alii*. **Manual de ciencia política.** p. 336.
[7] CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. p. 202.
[8] BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**, p. 186.

Esta tendência foi acompanhada também, por óbvio, de um aumento da carga tributária nestes países. As elites, diante da ameaça real do Comunismo instalado na extinta União Soviética, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, quando aquele regime ganhou força tecnológica e bélica, resolveram pagar esta conta. Que não foi pequena, mas que valeu a pena, em todos os casos, para aquelas elites. Foi mais ou menos no sentido do "entregar os anéis para não perder os dedos".

Com o fim da União Soviética, no final da década de oitenta, esta tendência foi progressivamente freada, quando não invertida, pelo movimento ideológico denominado Neoliberalismo, que será tratado em capítulo próprio mais adiante.

Os estudiosos do Estado de Bem-Estar vêm utilizando como indicador, de maneira a estabelecer a intensidade do Estado de Bem-Estar em um determinado país o nível de gasto público e, em particular, de gasto com o setor social. Este indicador se apresenta como um percentual sobre o conjunto da riqueza produzida pelo país (Produto Interno Bruto – PIB). Na maioria dos países que adotam este modelo de Estado, o conjunto do gasto público, nas décadas de 70 e 80, chegou a representar entre 40 a 50% do PIB.[9] Em alguns países, como os escandinavos, tidos como exemplos de Estado de Bem-Estar, chegou a 50%.

A consequência desse movimento foi o sobrestamento de muitos dos dogmas liberais, com o Estado, antes considerado um mal necessário, passando a ser um elemento fundamental a todos os setores sociais, inclusive para aqueles que se opunham à sua intervenção[10].

1. O ESTADO DE BEM ESTAR EM ALGUMAS ABORDAGENS IMPORTANTES

Estado de Bem-Estar é o sistema político-econômico que, mantendo um âmbito privado capitalista, encarrega o Estado de tarefas relativas à obtenção de condições sociais mínimas, como foi visto acima.

Esse conceito de Estado de Bem-Estar tem suas origens históricas bastante longínquas, caso se aceite a premissa de que sua plena consolidação foi produzida após a Segunda Guerra Mundial. Em muitas ocasiões o seu conceito foi utilizado como sinônimo de "Estado Social". Alguns autores,

[9] GIORGIS, Andreas in **Dizionario di Diritto Pubblico**, p. 1905.
[10] DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do estado**, p. 136.

como Wolkmer[11], usam indistintamente ambos os termos. Outros, de acordo com o âmbito cultural no qual foram formados (nórdico ou anglo-saxão), utilizam as expressões "Estado Social" ou "Estado Social-Democrata" para definir categorias similares, senão iguais.

É possível apontar alguns aspectos diferentes entre ambos. Em primeiro lugar é preciso observar que o Estado Social é o modelo através do qual se concretiza a vontade de intervenção social dos organismos públicos, mesmo considerando que tanto o Estado de Bem-Estar quanto o Estado Social tenham reconhecimento constitucional. O que ocorre é que o nível de intervenção é diferente. Em segundo lugar, é comum utilizar-se o conceito de Estado de Bem-Estar para referir-se a âmbitos de intervenção pública que são menores que os incluídos no conceito de Estado Social.

A ação interventora e reguladora do Estado em matéria econômica e trabalhista, no que se refere à política salarial, pode-se dizer que é uma característica do Estado Social, mas que não faz parte dos objetivos primordiais do Estado de Bem-Estar.

É a partir dos anos 40, na Inglaterra, que são firmados e explicitados os princípios fundamentais do Estado de Bem Estar. Em 1939, Alfred Zimmern, catedrático em Oxford, contrapôs *welfare* a *power*, numa clara intenção de diferenciar os regimes democráticos dos fascistas que por aquela época estavam em plena expansão no continente. O Estado de Bem-Estar, segundo a doutrina inglesa daquela década, deveria garantir a todos os cidadãos, independente de sua renda, a proteção de direitos sociais relacionados ao trabalho, previdência, saúde, maternidade e educação.

O fato de o uso do conceito de Estado de Bem-Estar ter origem acadêmica constituiu-se numa razão a mais para se prestar uma atenção especial às primeiras manifestações de concretização política da dimensão social do Estado.

A profunda crise estrutural da Sociedade e do Estado verificada entre as duas grandes guerras tem sido considerada a responsável pela exaustão completa do modelo liberal clássico. Neste período entre os dois conflitos mundiais, muitas transformações foram operadas. Neste sentido, como assinala Touchard, houve o desaparecimento do dualismo entre Estado e Sociedade e se manifestam abertamente os fatores que representavam para o Estado a transformação das

[11] WOLKMER, Antônio Carlos. **Elementos para uma crítica do estado**, p. 72.

capacidades e condições da existência individual.[12]

O avanço mais importante, entretanto, foi representado pela constituição do Estado como Estado Social, em resposta direta às necessidades substanciais das classes subalternas emergentes. Assistiu-se, portanto, no período entre guerras, principalmente, a uma retomada por parte do Estado e do seu aparelho, de uma função de gestão direta da ordem social, mas, sobretudo da ordem econômica, cujo andamento natural era agora posto em dúvida pela menor homogeneidade de classe da Sociedade Civil e pela impossibilidade de um controle automático e unívoco do próprio Estado, por parte desta mesma Sociedade.

O Bem-Estar voltou a ser o objetivo mais prestigioso da gestão do poder, embora não mais em função declaradamente fiscal e político-econômica, como nos tempos do Estado Absoluto, e sim, em vista de um progressivo e indefinido processo de integração social[13].

Este momento de surgimento de novas formas de prestação social a partir do Estado ou, preferindo, de ruptura com as políticas assistenciais próprias do Estado Liberal clássico, pode ser considerado como o início de um processo dinâmico de ajuste entre o indivíduo e o Estado. Um dos eixos principais de tal processo foi o surgimento da seguridade social em todas suas formas, fato que ajuda sobremaneira na análise científica dos diversos modelos possíveis do Estado de Bem-Estar.

Interessante ressaltar que, assim como o que se observa na atual crise europeia, o principal sintoma de esgotamento do modelo liberal clássico, durante as três primeiras décadas do século XX foi o aumento acelerado do desemprego. O Estado passou a patrocinar políticas que garantissem a preservação dos postos de trabalho. O próprio Estado passou a ser um empregador em grande escala, principalmente com o crescimento do contingente de funcionários públicos dedicados aos serviços sociais, resposta a uma demanda social cada vez maior. O Estado de Bem-Estar transforma-se num elemento importante na resolução do problema do desemprego[14].

Os economistas britânicos foram os responsáveis pela formulação econômica do Estado de Bem-Estar. A política econômica e social correspondente ao Estado de Bem-Estar corresponde às posições de John Maynard Keynes e seus seguidores[15].

---

[12] TOUCHARD, Jean. **Historia de las ideas políticas**, p. 489.
[13] BOBBIO, Norberto *et alii*. **Dicionário de política**, p. 430.
[14] NAVARRO, Vicenç. **Neoliberalismo y estado de bienestar**, p. 107.
[15] VERDÚ, Pablo Lucas & MURILLO DE LA CUEVA, Pablo. **Manual de derecho político**, p. 120.

Podemos dizer que depois de Adam Smith e Thomas Malthus, economistas da escola clássica, e de Karl Marx, nenhum outro teórico foi tão importante quanto Keynes, pensador de muita influência na renovação das teorias econômicas tradicionais e na reformulação da política econômica do livre mercado.

A necessidade de alavancar o crescimento econômico e a extensão de um maior bem-estar para toda a Sociedade são considerados princípios indissociáveis que se vinculam à crescente intervenção do Estado e que estão ligados, de forma inequívoca, a Keynes.

Numa leitura sistematizadora do postulado de Keynes, é possível dizer que ele defendeu seu conceito de "multiplicador de demanda" como sendo a regra através da qual o aumento dos gastos governamentais aumenta a demanda agregada, o que criaria uma otimização do trabalho e do capital numa escala tal que a produção se expandiria em proporção superior ao crescimento daqueles gastos.

Considerando-se estas análises, pode-se dizer que a "equação keynesiana" apoiou a possibilidade de se fazer convergir elementos de mercado e sociais através da articulação de políticas redistributivas.

Numa perspectiva histórica, parece evidente que a pregação de Keynes, como modelo que pretendeu promover a combinação de recursos entre o mercado e o Estado converteu-se, até fins dos anos setenta, numa doutrina econômica que quase ninguém questionava, na medida em que sua defesa se relacionava estreitamente com a construção do Estado de Bem-Estar e permitia que este desfrutasse de um amplo consenso.

A obra de Keynes foi plenamente reconhecida em seus últimos anos de vida. Em 1944, chefiou a delegação do Reino Unido à Conferência de Bretton Woods[16], nos Estados Unidos.

O modelo keynesiano, independentemente de sua consistência teórica, contou com vários elementos que ajudaram a torná-lo uma unanimidade nos mais diversos setores sociais e ideológicos.[17] Uma das expressões mais visíveis deste fato foi o desaparecimento das disputas entre as classes sociais que convulsionaram as sociedades capitalistas nos períodos anteriores à

[16] Quando a guerra aproximava-se do fim, a Conferência de Bretton Woods foi o ápice de dois anos e meio de planejamento da reconstrução pós-guerra pelos Tesouros dos EUA e Reino Unido. Representantes estadunidenses estudaram com os colegas britânicos a reconstituição do que tinha estado faltando entre as duas guerras mundiais: um sistema internacional de pagamentos que permitisse que o comércio fosse efetuado sem o medo de desvalorizações monetárias repentinas ou flutuações selvagens das taxas de câmbio — problemas que praticamente paralisaram o capitalismo mundial durante a Grande Depressão.
[17] KING, Anthony & SCHNEIDER, Benton. **Teoria política en el Estado de Bien-Estar**. p. 136.

II Guerra Mundial, o que pode ser atribuído a dois fatores:

a) o crescimento econômico que as sociedades ocidentais experimentaram a partir dos anos cinqüenta; e

b) a extensão do Bem-Estar social a camadas cada vez mais amplas da Sociedade.

O Estado de Bem-Estar passou a gozar de um enorme grau de consenso, assim como as políticas econômicas keynesianas.

Nas duas décadas após a II Guerra Mundial havia uma sensação de que, efetivamente, a consolidação e a expansão do Estado de Bem-Estar correspondiam, na realidade, a um período que poderia significar o fim do confronto ideológico entre esquerda e direita ou entre liberdade e igualdade. O decurso dos acontecimentos, porém, mostrou o equívoco desta percepção.

De qualquer forma, em qualquer destas direções, as pesquisas disponíveis são suficientemente amplas para uma abordagem sistemática sobre este assunto. Um bom exemplo de coincidência que se pode encontrar nos estudos sobre o Estado de Bem-Estar é a que tem o gasto público como principal hipótese de pesquisa, critério muito utilizado até por conta da falta de dados para operar com outras hipóteses.

Um dos traços permanentes nos textos que tratam deste tema, é que a maioria das abordagens que se limitam à analise do Estado de Bem-Estar a partir dos investimentos públicos, consideram que todo gasto realizado pelo Estado tem o mesmo valor, independente dos seus fins e dos seus resultados.

Assim, as diferenças que devem ser apreciadas entre os diversos modelos de Estado de Bem-Estar possibilitam a elaboração de distintas classificações, como a classificação já clássica realizada por Titmuss, que distinguiu dois modelos: a) o residual, no qual o Estado desempenha uma função mínima na provisão do bem-estar, cujos serviços são de escassa qualidade e destinam-se à subsistência, ao contrário da mercado e da família, que são as instituições que gozam de maior relevância; b) o institucional que, diferente do anterior, tem o Estado como principal instrumento para a provisão do bem-estar[18].

O britânico Richard Titmuss[19] é uma das principais referências contemporâneas e que se

[18] BLAS GUERRERO, Andrés & VERDÚ, Jaime Pastor. **Fundamentos de ciência política**, p. 117.

[19] RICHARD MORRIS TITMUSS (1907-1973), um dos maiores e mais respeitados estudiosos do Estado de Bem-Estar do Ocidente e um dos seus mais influentes teóricos na Grã-Bretanha, foi professor do London School of Economics de 1950 até sua morte, em

dedicou à investigação das políticas sociais e do Estado de Bem-Estar, em suas múltiplas formas e efeitos.

Os modelos ditos "institucionais" se caracterizariam pela universalidade dos serviços prestados, ou seja, com os serviços atendendo a toda Sociedade de forma indistinta. Nesta forma de organização, o Estado assume um papel de intervenção com o objetivo de assegurar um mínimo de bem-estar em todos aqueles âmbitos considerados imprescindíveis ao conforto individual.

Naqueles ditos "residuais", ao contrário, a intervenção somente aconteceria quando falhassem os instrumentos preceptores – a família e o mercado – para a realização do bem-estar. Neste caso, a intervenção ficaria limitada a segmentos bem delimitados e praticamente excluídos da Sociedade.

A diferença básica entre estes dois tipos de Estado de Bem-Estar está no fato de que, nos "institucionais", os direitos sociais para a cidadania ocupam um espaço central, enquanto que, nos ditos "residuais", os direitos estariam sujeitos a provas de merecimento por critérios de carência social.

Para se ir além do critério do estrito conhecimento do gasto público para classificar o Estado de Bem-Estar, deve-se ter em conta, então, a análise dos programas de intervenção do Estado em diversas políticas sociais. Aspectos como as condições para desfrutar das ações que oferecem os programas, universalidade e especificidade de alguns destes programas ou qualidade das transferências econômicas previstas nos mesmos são questões relevantes que devem ser consideradas quando se pretende aprofundar o debate sobre o Estado de Bem-Estar.

O Estado de Bem-Estar gozou de um amplo consenso desde os anos quarenta até os anos setenta, durando, mais especificamente, até a crise econômica de 1973, que abalou os princípios keynesianos e sobre os quais havia se sustentado. A partir desta crise o consenso do pós-guerra em torno da economia mista e do Estado-Providência, partilhado, sofreu seu primeiro importante revés[20].

A fase de pujança econômica iniciada após a II Guerra Mundial chegou ao fim, por conta de dois fatos marcantes. O primeiro deles foi a decisão dos Estados Unidos de não manter a

---

1973. Escreveu, entre outras obras, *The philosuphy of welfare: selected writings of Richard M. Titmuss*, *Commitment to Welfare*, *Essays on "the welfare state"*, *Social policy: an introduction, Problems of Social Policy e Unequal rights*.

[20] MISHRA, Ramesh. **O estado-providência na sociedade capitalista**, p. 05.

convertibilidade do dólar em ouro, tomada em virtude da quantidade da moeda norte-americana em circulação em outros países[21]. Os problemas econômicos causados por esta decisão se prolongaram desde meados da década de setenta até o início da de oitenta. Diante desta nova realidade econômica, os países ocidentais começaram a ter sérias dificuldades para continuar implementando suas políticas econômicas baseadas no modelo keynesiano.

Importante ressaltar, no entanto, que a crise econômica de 1973 não foi a única responsável pelo questionamento ao modelo keynesiano. O segundo fato marcante foi o crescimento descontrolado do gasto público. Este fato, importante lembrar, é um dos grandes – se não o principal - problemas de países europeus, que se debatem entre a pressão de seus cidadãos para manter os benefícios do Estado de Bem-Estar e as exigências do Banco Central Europeu e do FMI para que controlem o *déficit* público, aumentem a carga tributária e para que o Estado abandone a intervenção em diversos setores, principalmente o social.

Está-se falando de uma época em que a Europa estava em estágio inicial de sua integração econômico-financeira.

Hoje a realidade é outra. Os governos atuais, na Europa, engessados pela gestão centralizada do euro, passam a ter que conviver com a contradição de manter os altos custos do Estado de Bem Estar e aumentar a carga tributária ou reduzir os investimentos públicos que beneficiavam milhares de pessoas.[22] Em qualquer dessas situações, a impopularidade e o possível desgaste eleitoral são fantasmas sempre presentes.

A intervenção do Estado para regular a economia, que havia sido a prática característica do modelo keynesiano para fazer frente, respectivamente, ao crescimento da estagnação ou ao da inflação, mostrara-se ineficientes para combater a atual crise na Europa.

Com o desequilíbrio fiscal e o aumento da recessão e do desemprego, verificado, principalmente, nos países da periferia europeia, a estrutura pública de Estado de Bem-Estar ficou ainda mais vulnerável.

As novas orientações são no sentido de que os governos não devem manter as políticas voltadas para o pleno emprego, já que isto criaria efeitos indesejáveis, como o aumento da inflação e a diminuição da produtividade.

---

[21] BLAS GUERRERO, Andrés & VERDÚ, Jaime Pastor. **Fundamentos de ciência política**, p. 119.
[22] CRUZ, Paulo Márcio; REAL, Gabriel. **Los nuevos escenarios transnacionales y la democracia asimétrica**. p. 12-17.

Será muito difícil manter a base ideológica e política do Estado de Bem-Estar diante da onda conservadora e tecnocrata que assola o Ocidente europeu. Pode-se dizer que os principais serviços universais – manutenção dos rendimentos, cuidados de saúde e educação – terão grandes dificuldades para sobreviverem ao movimento neoconservador na Europa Ocidental.

O Estado de Bem Estar vem sofrendo críticas na Europa desde as décadas de oitenta e noventa do século passado. A atual situação de crise intensa abre possibilidade para questionamentos dos modelos existentes de Estado de Bem-Estar sob diversos ângulos, colocando dúvidas sobre a atual oportunidade e viabilidade do mesmo. De forma ampla, as críticas correspondem a três posturas ideológicas distintas e, dependendo do tema em discussão, opostas: o neoliberalismo, o neoconservadorismo e a neotecnocracia (se é que se pode chamar assim), este último representado por correntes reformistas, como aquela representada pelo Premiê Mario Monti, na Itália[23].

As pregações neoconservadoras giram em torno, principalmente, de movimentos políticos e econômicos destinados a diminuir o Estado Médio de Bem-Estar para a condição de um Estado capaz de enfrentar atual crise econômica na Europa e insistem em dois fenômenos para sustentar esta "nova" proposta de atuação política, econômica e estatal:

> a) **a Crise de Governabilidade**, originada por uma ideologia igualitária que tende a "deslegitimar" a autoridade política, através de uma intervenção do Estado que não pretendia outra coisa senão corrigir efeitos sociais perversos causados pelo passado Liberalismo. A disposição do Estado de intervir nas relações sociais provoca um enorme aumento nas solicitações dirigidas às instituições políticas, determinando a sua paralisia pela sobrecarga de demanda. As bases de sua crítica se situam no corolário de que o Estado não pode assimilar uma demanda por serviços públicos e gratuitos ilimitada por parte da Sociedade; e
>
> b) a Sobrecarga do Estado a partir de concepções pluralistas da Sociedade, que se compõe de múltiplos grupos, cujos interesses são objeto de negociação e compromisso com o Poder. Estes grupos trabalham com uma expectativa cada vez mais elevada para o seu nível de vida. O sistema de disputa entre os grupos de pressão e as agremiações políticas obriga o governo a assumir vários compromissos, mesmo que contraditórios, para se manter no Poder. Assim, os governos não possuem autoridade suficiente para impor o que se poderia denominar de um adequado ajuste econômico. As tentativas feitas pelos governos para ter maioria nos parlamentos implicaram ampliar ao extremo o exercício da negociação, deturpando a concepção de Democracia. O resultado desta falta de "correções periódicas de rumo" acaba por formar um círculo vicioso do qual o Estado de Bem-Estar, após determinado período, torna-se refém.

O Neoconservadorismo é o principal movimento de oposição aos modelos de Estado de

[23] CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade**: Democracia, Direito e Estado no Século XXI. p. 76.

Bem-Estar observado na atual crise. O Estado de Bem-Estar e a Democracia Social, por extensão, são, para a Neoconservadorismo, incompatíveis com a ética e a liberdade política e econômica.

Contra o Estado de Bem-Estar existem, atualmente, argumentos muito robustos e não são poucos nem de pouca intensidade. Os neoconservadores, aliados muitas vezes aos neoliberais (e até mesmo a liberais ortodoxos), mesmo ressalvadas as discordâncias que se possa ter em relação aos seus argumentos, expõem contradições muito concretas em suas críticas.

Muito do que se pode ler sobre a grave crise pela qual atravessa a Europa permite apontar essas contradições, sendo possível resumir aquelas que seriam as mais relevantes e as que mais têm tido efeito na opinião pública:

a) o *Desestímulo à Economia de Mercado* provocado pelo Estado de Bem-Estar. Segundo este argumento, o Estado de Bem-Estar retira do mercado os incentivos para investir e empreender;

b) o *Alto Custo* do Estado de Bem-Estar, provocada pelo rápido crescimento das burocracias e castas de funcionários públicos, concorre em recursos humanos e econômicos com a iniciativa privada e consome recursos que poderiam ser aplicados na produção industrial não-estatal;

c) a *Incapacidade de Solução* do Estado de Bem-Estar. Um exemplo dos argumentos – que parecem inconsistentes – que os neoconservadores e neoliberais utilizam em relação a esta incapacidade do Estado de Bem-Estar seria relativo à pobreza, já que, apesar dos recursos destinados ao seu combate, não conseguiu erradicá-la;

d) a *Obstrução da Liberdade*. Além do risco à Democracia, esta crítica está relacionada também com a impossibilidade da escolha, pelos cidadãos, dos serviços que serão colocados ao seu dispor;

e) a *Oposição à Iniciativa Privada*, que é produzida como conseqüência do super-dimensionamento do tamanho do Estado. A redução de seu tamanho – para chegar a um Estado Novo Mínimo –, a privatização dos serviços, a contenção do poder dos sindicatos de trabalhadores e a redução da burocracia são as principais propostas que o Neoconservadoriesmo, o Neoliberalismo e a Neotecnocracia apontam como alternativas às políticas típicas do Estado de Bem-Estar.

Porém a outras questões que são apontadas como responsáveis pela crise do Estado de Bem-Estar e a sua falta de capacidade para atender a suas funções tradicionais:

a) o *Estado como protetor*, não funciona como deveria, já que não consegue evitar a falta de segurança pública, o terrorismo e o surgimento de movimentos anarquistas;

b) o *Estado como administrador industrial* tem demonstrado sua incompetência. Suas empresas sempre dão prejuízo, sufocam as pequenas e médias empresas e sacrificam o setor primário da economia;

c) o *Estado como controlador econômico* mostra uma política econômica marcada por incertezas e oscilações, com recessão, monetarista e não-monetarista, sendo incapaz de evitá-la;

d) o *Estado como magistrado* está desprestigiado, oferecendo uma justiça lenta e, algumas vezes, corrupta. Não raramente, incorre em inconstitucionalidades evidentes e é refém do corporativismo, tanto público como privado.

Estamos assistindo a talvez a mais grave crise do Estado social e que afeta todas as suas estruturas: políticas, socioeconômicas e jurídicas. Estamos vivendo uma aguda e crítica etapa de transição da civilização ocidental de modo que o Estado, fruto dessa civilização, sofre intensamente essa crise[24].

Com possivelmente algumas poucas exceções e bem determinadas, será muito difícil o Estado de Bem-Estar Social e seus programas históricos sobreviverem em sua matriz original.[25] É preciso observar se a força mais ampla da história continuará atuando com a crise iniciada em 2008.

2. EM DIREÇÃO À DEFINIÇÃO DE UM NOVO MODELO DE ESTADO NA EUROPA. LIMITES E PRÉ-CONDIÇÕES

Fundamentado em tudo o que até aqui foi exposto e discutido, a relação causa-efeito da crise em relação ao Estado de Bem-Estar na Europa aparece como um enredo que não pode ser separado ou desmembrado. O Estado de Bem Estar e a crise iniciada em 2008 são indissociáveis[26].

Nessa discussão deve-se também considerar o fato de que o fundamento constitucional do Estado de Bem estar faz parte do núcleo duro do constitucionalismo europeu, como seu pressuposto de fundo para a aceitação de tal modelo de estado de bem-estar.[27] Mas mesmo assim, essa tradição de constitucionalismo social, diante do contexto atual globalizado, sem regras claras de mercado, corre o risco de desintegrar-se em confronto com a voracidade e a rapidez que o sistema econômico mundial impõe aos países ocidentais atualmente.[28]

Diversamente de tudo quanto sucede nos EUA, onde a marginalidade e a disparidade sociais foram sempre dominantes, com a vantagem de um mercado de trabalho muito mais flexível, boa parte dos Estados Europeus estão descobrindo graves carências nos serviços sociais, o que é mais complicado quando ligada a uma constante e crescente precariedade no mercado de

---

[24] VERDÚ, Pablo Lucas & MURILLO DE LA CUEVA, Pablo. **Manual de derecho político**, p. 117.
[25] CRUZ, Paulo Márcio. **Soberanía y transnacionalidad: antagonismos y consecuencias**. p. 09
[26] Sobre isso recomenda-se seja observada a crítica de Janet Fink, Gail Lewis e John Clarke, ***Rethinking European Welfare***, Cortinew Publications, *London*, 2001.
[27] Sobre isso ver COUSINS, Mel. ***European Welfare States, comparative Perspectives***, *SAGE Publications*, London 2005).
[28] CRUZ, Paulo Márcio (Org.); STELZER, Joana (Org.) **Direito e Transnacionalidade**. 1. ed. Curitiba - PR: Juruá, 2009. p. 132.

trabalho. Em outras palavras, a crise econômica além de acentuar a crise de trabalho quase zerou o valor "amortizador" social do Estado de Bem Estar. Segundo os recentes dados fornecidos pela UE, nos Países membros cerca de 114 milhões de pessoas, no mês de julho de 2010 estavam no risco de exclusão social: cerca de um jovem entre quatro está ainda à procura da primeira ocupação.

Neste quadro a Europa aparece extremamente frágil já que como se tratou anteriormente, as diversas variantes nacionais do modelo de Estado de Bem Estar Europeu estão realmente em profunda crise. Ademais, parecem nesta fase prevalecerem os egoísmos nacionais. Estes fatores, valorados conjuntamente, constituem os limites absolutos para o encaminhamento de soluções de curto e médio prazo para a referida crise.

As finalidades da presente reflexão poderão ser úteis, também, em relação ao debate que está envolvendo os principais protagonistas da atual fase histórica, indicando algumas tendências que tentam redefinir o sistema do Estado de Bem Estar europeu no contexto da crise econômica.[29]

O exercício realizado no presente texto, como em outras partes também destacado, requer uma capacidade diferente e inovadora de compreender a complexidade, a amplitude e a globalidade dos problemas que as autoridades monetárias europeias tentam varrer para debaixo do tapete. Além disso, é necessária também uma nova investida metodológica baseada na interdisciplinaridade de análises entre juristas, sociólogos, cientistas políticos e economistas.

Nesta perspectiva, a construção de um novo paradigma social europeu, que possa ser sustentável requer algumas pré-condições imprescindíveis de razoabilidade e justiça, como: a) a redefinição estrutural da organização política da União Européia, caracterizada por critérios de unidade fiscal (não só monetária); b) a redeterminação dos paradigmas de equidade social; e c) a adoção de instrumentos flexíveis de equilíbrio orçamentário.[30] Mas, se a moderação é a face jurídica da sustentabilidade econômica dos direitos sociais e do próprio Estado de Bem Estar, a vontade política é a pré-condição fática sem a qual nada é possível.[31] Até o momento não há qualquer definição sobre qual projeto político-estratégico a União Europeia realmente adotará. Não está claro se a União Europeia pretende construir uma sociedade indubitavelmente mais austera e sóbria, mas realmente solidária no seu conteúdo e direcionada aos mais necessitados,

[29] Sobre isso ver L. JIMENA QUESADA. **A Sustentabilidade dos direitos sociais**, Milano, 2011, p. 76 e CAMPEDELLI, M. **Na crise, um direito de Welfare? Entre evidências, direitos e experimentabilidade**. Bologna 2010, p. 594.
[30] CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. **Reflexões sobre o direito transnancional**. p. 23.
[31] CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, G. R. **A crise financeira mundial, o estado e a democracia** p. 13.

ou se, ao invés disso, pretenda "decidir não decidir", ou seja, perpetuar, em nome da idolatria ao mercado, uma política neoliberal sabidamente inconsistente, permitindo que um sentimento cada vez mais egoísta tome conta de seus membros, o que significa renunciar ao seguinte passo da integração da Europa do tipo *ab infra* (dentro, abaixo, entre) e a um critério de solidariedade mais forte, que seja *ab intra* (fora, acima) e que não seja *ab extra* (distante, longínqua).

Em outras palavras, a situação atual poderia ser definida como um tempo de carência de regras e de ausência de estadistas e líderes europeus e mundiais com estatura suficiente para enfrentar esse desafio. E, como consequência deste panorama, de ausência de adequadas e corajosas escolhas político-legislativas nos diversos níveis nacionais e continental, tanto europeu como global. A austeridade fiscal e os esforços para reduzir salários em países que sofrem estrangulamento monetário podem causar a fratura de sociedades, governos e até dos Estados. Sem uma solidariedade maior, é improvável que essa história termine bem.

Neste contexto, no qual parece prevalecer um conjunto de táticas de curto prazo e típicas dos egoísmos favoritos dos governos nacionais, que sofrem de miopia relativa aos direitos sociais e àqueles referentes às expectativas humanas das gerações futuras, é importante não se deixar de assinalar e/ou considerar a função de suplência subsidiária desenvolvida pela jurisprudência. Emerge, de maneira sempre mais evidente, o relatório decisivo, racional e estratégico dos tribunais nacionais e supranacionais, cuja jurisprudência parece substituir os Parlamentos nesta longa transição sistemática (não somente europeia, mas mundial) cujos êxitos são pouco divulgados.

O dado incontroverso é que o vazio normativo e a ausência de políticas legislativas produziram um fenômeno de reforço normativo do tipo jurisprudencial, a ponto de se poder afirmar que a existência de alguns direitos, não só os sociais, são muito mais fruto de um trabalho de criação judicial do Direito do que movimentos coordenados de governos ou de autoridades europeias.[32]

Substancialmente, além da valoração puramente formalista, ao menos na Europa o Estado Constitucional Moderno parece adquirir, definitivamente, semblantes de um Estado jurisdicional, profundamente "empapado" de direito supranacional europeu. O que permite especular o embrião de um Estado Transnacional.

[32] COLAPIETRO, Carlo. **A jurisprudência constitucional na crise do Estado Social**. p.46.

Nesse sentido o trabalho dos tribunais europeus, por ter servido como núcleo duro das tradições constitucionais, contribui para alimentar o desenvolvimento de um endereço comum transnacional[33].

Mesmo que o papel desempenhado pelos tribunais pareça claro, menos compreensível parecem ser as consequências jurídicas sobre a ordem constitucional e as econômicas sobre o tratamento político dado à crise. Na realidade, a possível consequência disso tudo é que os tribunais europeus, apenas atentando ao núcleo valorativo da tradição do constitucionalismo europeu, alcançado através de diversas decisões, levem a um modelo de "Estado de Bem-Estar Real", que em realidade está sustentado pela estrutura judicial europeia e não positivado. Tudo isso fruto de uma política legislativa descoordenada e, sobretudo, sem uma análise do impacto econômico de tal modelo no tempo (*ex ante e ex post*), tarefa que deveria ser legislador em suas tarefas decisionais. Portanto, a ausência de debate sobre a sustentabilidade-factibilidade-exigibilidade intensifica o risco e pode produzir um posterior agravamento da relação entre o Estado de Bem Estar e a crise econômica, com uma definitiva renúncia ao modelo histórico europeu. Já não por opção, mas por necessidade.

Tal risco declinado acima pode assumir dimensões ainda mais complexas. De fato, ou a crise econômica em relação ao Estado de Bem Estar constitui uma ocasião de relançamento do modelo como oposição à globalização negativa, de segunda oportunidade e de redenção corajosa do sonho e do modelo comunitário ou se revelará o infeliz início do fim do projeto europeu.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BLAS GUERRERO, Andrés & VERDÚ, Jaime Pastor. **Fundamentos de ciência política. Madrid**: Universidad Nacional de Educación a Distância, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Trad. Carmen C. Varrialle, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 6. ed. Brasília: UNB, 1994.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CAMPEDELLI, M. **Diritto di welfare**: Manuale di cittadinanza e istituzioni social. Bologna: Il Molino, 2010.

[33] CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. **Reflexões Sobre o Direito Transnacional**, p. 05.

CASTEN, Gustavo. Artigo. **A crise financeira internacional**. Disponível em www.gustavokasten.com. Acesso em 24/07/2012.

COLAPIETRO, Carlo. **A jurisprudência constitucional na crise do Estado Social**, Padova: UNISOB, 2009.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. Curitiba: Juruá Editora, 2001.

CRUZ, Paulo Márcio; REAL, Gabriel. **Los nuevos escenarios transnacionales y la democracia asimétrica** – Manizales: Revista Jurídicas Universidad de Caldas, v. 7, p. 12-17, 2010.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade**: Democracia, Direito e Estado no Século XXI. 01. ed. Itajaí: Editora da UNIVALI, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio. **Soberanía y transnacionalidad: antagonismos y consecuencias (Barcelona - Espanha - Revista de Derecho).** Revista de Derecho vLex, v. 63, p. 1-10, 2008.

CRUZ, Paulo Márcio (Org.); STELZER, Joana (Org.) **Direito e Transnacionalidade.** 1. ed. Curitiba - PR: Juruá, 2009. p. 132.

CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, G. R. **A crise financeira mundial, o estado e a democracia econômica** - Rio de Janeiro - Revista UERJ. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), v. 1, p. 1-23, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. **Reflexões Sobre o Direito Transnacional - Itajaí/Perugia.** Novos Estudos Jurídicos (Online), v. 17, p. 18-28, 2012.

CAMPEDELLI, Massimo. **Na crise, um direito de Welfare? Entre evidências, direitos e experimentabilidade.** Bologna: Il Molino, 2010

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do Estado**. São Paulo: USP, 1972.

FINK, Janet Fink, LEWIS, Gail & CLARKE, John. **Rethinking European Welfare,** Cortinew Publications, London, 2001.

FORSTHOFF, Ernest. **Por uma reconstrução da doutrina europeia sobre o uso conceitual do termo e natureza do estado social de direito**, Milano: Giuffrè, 1996.

GIORGIS, Andreas. in **Dizionario di Diritto Pubblico**, a cura di Sabino CASSESE, vol.III, Milano, 2006, p. 1905.

JIMENA QUESADA, L. **A Sustentabilidade dos direitos sociais**, Muchi Editora, Milano, 2011.

KING, Anthony & SCHNEIDER, Benton. **Teoria política en el Estado de Bien-Estar**. Madrid: Alianza, 1993.

MISHRA, Ramesh. **O estado-providência na sociedade capitalista**. Trad. Ana Bairradas, Oeiras: Celta, 1995.

NAVARRO, Vicenç. **Neoliberalismo y estado de bienestar.** Barcelona: Ariel, 1998.

ORTU, A. M LECIS COCCO. **A comparação como método de determinação do modelo de proteção dos direitos dentro do sistema CEDH**, Roma: AIC, 2011.

RODOTÀ, S. **No silêncio da política os juízes fazem a Europa**. Taranto, 2007.

SÁNCHES, Jordi et alii. **Manual de ciencia política**. Madrid: Alianza, 1996.

TOUCHARD, Jean. **Historia de las ideas políticas**. Trad. J. Pradera. 5. ed., Madrid: Tecnos, 1993.

VERDÚ, Pablo Lucas & MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas. **Manual de derecho político**. Madrid: Tecnos, 2000.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Elementos para uma crítica do Estado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990.

A GLOBALIZAÇÃO NO PÓS-GUERRA FRIA E O CAPITALISMO: UMA REFLEXÃO SOBRE A CONFIGURAÇÃO MUNDIAL ATUAL

Rafael Padilha dos Santos[1]

Maurizio Oliviero[2]

INTRODUÇÃO

A progressiva perda de centralidade dos sistemas jurídicos estatais na regulação das relações exige uma reflexão acerca do próprio tempo de globalização que proporcionou este resultado. A compreensão da transformação do direito estatal e a constatação de novas modalidades de poder transnacionais conduz a uma reflexão sobre a configuração política mundial que ocasionou tal transtorno paradigmático.

A globalização do mundo atual está mais complexa de ser entendida do que antes da queda do muro de Berlim, quando as relações bipolares ocidentais ocorriam em uma concorrência entre os Estados Unidos e a União Soviética, o capitalismo contra o socialismo. Para situar a problemática da atual configuração política mundial, é necessário realizar o tratamento de algumas hipóteses, por isso, este estudo propõe explicar as diferentes percepções para o funcionamento e reestruturação da política mundial, analisando o novo equilíbrio do poder que caracteriza o mundo contemporâneo.

A globalização impôs-se, em termos quantitativos, em diversas áreas geográficas do mundo e, em termos qualitativos, condicionou os institutos característicos dos ordenamentos estatais. Institui-se uma interdependência global de tal modo que mudanças em uma parte do planeta repercutem em um outro lado do planeta em tempos relativamente breves. A globalização gera um intenso fenômeno em escala mundial que repercute no campo jurídico, político, econômico,

---

[1] Doutor em dupla titulação pela UNIVALI e pela Universitàdegli Studi di Perugia; Mestre em Filosofia pela UFSC; tem especialização em processo civil pela UNIVALI; especialização em psicologia social pela Universidade Estatal de São Petersburgo, na Rússia. É Professor do curso de Direito da UNIVALI.Realizou doutorado sanduíche na Universitàdegli Studi di Perugia com bolsa CAPES mediante processo nº 18034-12-8.

[2] Doutor em Direito e Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Perugia. Titular das disciplinas de Direito Público Comparado e Direito Islâmico. Professor visitante com bolsa CAPES no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – Cursos de Mestrado e Doutorado, professor visitante e pesquisador em diversas universidades (Columbia University, Al-Quds de Jerusalém e Heildelberg, Alemanha – Max Planck Institut e Universidade de Alicante na Espanha. Embaixador do Programa Erasmus por Itália.

social, cultural e ideológico.

Por isso, para enfrentar o tema da configuração política mundial atual é preciso considerar fenômenos e processos que transcendem as fronteiras dos Estados nacionais, consentindo assim colher elementos para a explicação da dinâmica que atualmente permeia o mundo globalizado e que delineia a política global.

1.1 O fim da história

Fukuyama, no seu livro publicado em 1992 intitulado *O fim da história e o último homem*[3], que foi precedido pela publicação de um artigo em 1989 intitulado *O fim da história?*[4], no periódico *The National Interest,* sustenta que a história, como concorrência entre ideologias e modelos de sociedade diversos havia chego ao fim em 1989, por força do término do contraponto representado pelo comunismo devido a vitória do modelo norte-americano sobre o soviético. Como afirma Pecequilo: "Desde 1947, a grande estratégia norte-americana sustentava-se em três prioridades: a contenção da URSS, a contenção do comunismo e a disseminação da ordem liberal democrática."[5]

Assim, depois da organização social passar por formas tribais, escravagistas, teocráticas, monarquias e aristocracias feudais, para Fukuyama, o fim da história representava a evolução rumo a sociedades igualitárias democráticas dirigidas pelo capitalismo. Neste caso, a história é encarada no sentido hegeliano e marxista de evolução progressiva das instituições políticas e econômicas humanas: "history understood as a single, coherent, evolutionary process, when taking into account the experience of all peoples in all times."[6]

No final, há o triunfo do Ocidente, a evolução histórica não terminaria no comunismo como esperava Marx, mas na democracia e na economia de mercado, ou como diria Fukuyama: "to an unabashed victory of economic and political liberalism."[7] Isso pode ser observado pela

---

[3] FUKUYAMA, Francis. **The end of history and the last man**. New York: The Free Press, 1992.

[4] FUKUYAMA, Francis. The end of history? In: **The National Interest.** 1989. Disponível em: < https://ps321.community.uaf.edu/files/2012/10/Fukuyama-End-of-history-article.pdf>. Acesso em: 18/03/2014.

[5] PECEQUILO, Cristina Soreanu. **Política internacional.** 2. ed. Brasília: FUNAG, 2012. p. 41.

[6] "história entendida como um processo singular, coerente, evolucionário, levando em consideração a experiência de todos os povos em todos os tempos." (Tradução do autor). FUKUYAMA, Francis. **The end of history and the last man**. p. 12.

[7] "a uma ousada vitória do libelismo econômico e político." (Tradução do autor). FUKUYAMA, Francis. Pensando sobre el fin de La historia diez años después. In: **Diario El País.** Madrid. 1140 n. jun. 1999. Disponível em: <http://firgoa.usc.es/drupal/files/Francis%20Fukuyama%20-%20Fin%20de%20la%20historia%20y%20otros%20escritos.pdf>. Acesso em: 18/02/2014. p. 1.

disseminação da cultura de consumo ocidental em países como a China ou na Rússia.

Fukuyama é defensor da liberal democracia, uma democracia que tenha economia de mercado, governo representativo e direitos juridicamente protegidos. Dez anos depois da publicação do artigo *O fim da história?,* no periódico *The National Interest,* Fukuyama publicou um outro texto intitulado *Pensando sobre o fim da história dez anos depois*[8]*,* no qual reforçou sua conclusão de que a democracia liberal e a economia de mercado seriam as únicas alternativas viáveis para a sociedade, entendendo que situações graves como a crise econômica asiática ou o paralisamento da reforma na Rússia podem ser remediados pela política, sem expressarem o fracasso da ordem liberal.

A ordem liberal predominante e universal estabelecia padrões: na política, reconhecem-se direitos políticos fundamentais aos cidadãos de participação política, apregoando uma sociedade livre, aberta e transparente; na economia, a implementação do neoliberalismo pelo restabelecimento das forças e a lógica do mercado, o Estado não interventor, proteção da abertura econômica e livre comércio, corte de assistência social, flexibilização das leis trabalhistas.

Para Nye Jr., Fukuyama está correto em um certo sentido, já que com o fim da Guerra Fria sugeriu o prevalecimento do capitalismo, a Alemanha, a França, os Estados Unidos ou o Japão já não planejam guerras entre si, como se houvesse um estágio de paz democrática; porém, não há o "fim da história", mas um *retorno* da história: "O retorno da história significa mais circunstâncias normais nas quais uma única divisão ideológica não motiva os maiores conflitos na política internacional."[9] Por isso, China e Rússia podem usar o capitalismo e o mercado mundial ainda que não sejam nem totalmente liberais ou capitalistas. No entanto, não é possível desprezar o fundamentalismo religioso, ou identidades étnicas e nacionais, que muitas vezes enfrentam as regras e ações do capitalismo liberal. Segundo Nye Jr.: "A principal reação, e concorrente ao capitalismo liberal posterior à Guerra Fria, é o comunalismo étnico, religioso e nacional."[10]

1.2 O choque das civilizações

[8] FUKUYAMA, Francis. Pensando sobre el fin de La historia diez años después. In: **Diario El País.** Madrid. 1140 n. jun. 1999. Disponível em: <http://firgoa.usc.es/drupal/files/Francis%20 Fukuyama%20-%20Fin%20de%20la%20historia%20y%20otros%20escritos.pdf>. Acesso em: 18/02/2014.

[9] NYE JR. Joseph S. **Cooperação e conflito nas relações internacionais**. Tradução de Henrique Amat Rêgo Monteiro. São Paulo: Gente, 2009. p. 313.

[10] NYE JR. Joseph S. **Cooperação e conflito nas relações internacionais**. p. 313.

Ocorre que na segunda metade da década de 1990 passa a se tornar claro que as promessas liberais de prosperidade e igualdade pela globalização e regionalização não se concretizaram, pois verificou-se diversos conflitos regionais, a guerra da antiga Iugoslávia, a marginalização do continente africano, crises humanitárias etc. Percebeu-se um mundo desordenado, com separatismos nacionais, conflitos entre Estados, choques globais, atingindo com crise as hipóteses de equilíbrio mundial. Foram propostas revisões das políticas neoliberais, a exemplo da Terceira Via ou a revisão do Consenso de Washington.

É neste contexto que é escrito o *Choque das Civilizações* de Samuel Huntington, que é um contraponto à obra *O fim da história e o último homem* de Fukuyama, sendo a teoria de Huntington inicialmente proposta em um artigo de 1993 chamado *O choque de civilizações?*[11], publicado na *Foreign Affair*, depois publicado em livro em 1996. Huntington prevê que o conflito entre grupos de civilizações diferentes é o maior perigo na nova política global, expondo do seguinte modo o tema central do seu livro: "[…] es el hecho de que la cultura y las identidades culturales, que en su nivel más amplio son identidades civilizacionales, están configurando las pautas de cohesión, desintegración y conflicto en el mundo de la posguerra fría.[12]

Huntington prevê que o modelo ocidental não seria unânime, já que a política global é multipolar e multicivilizacional, ou seja, a modernização econômica e social não está gerando uma civilização universal nem a ocidentalização das sociedades não ocidentais. Por isso, a identidade civilizacional ganha mais peso, e o mundo se configuraria pela interação entre sete ou oito grandes civilizações: 1) a chinesa ou confuciana ou sínica, que se remonta pelo menos desde 1500 a.C.; 2) a japonesa, que se originou no período entre 100 a 400 d.C.; 3) a hindu, pois o hindu foi essencial para a cultura do subcontinente asiático pelo menos desde 2.000 a.C.; 4) a islâmica, nascida na península arábica no séc. VII d.C.; 5) a ocidental, cuja origem costuma-se datar aproximadamente em 700-800 d.C.; 6) a latino-americana, ainda que se discuta que já esteja incorporada na ocidental; e 7) a África subsaariana poderia convergir para uma civilização própria, tendo como Estado central a África do Sul[13]; africana (possivelmente), pois apesar das identidades tribais, os

[11] HUNTINGTON, Samuel P. **The Clash of Civilizations?** In: Foreign Affairs. 72:3, 1993. Disponível em: < http://www-personal.umich.edu/~lundyj/New%20College%20Class/ Rea dings/Samuel%20Hung tington_Clash%20of%20Civilizations.pdf>. Acesso em: 12/02/2014.

[12] "é o fato de que a cultura e as identidades culturais, que seu nível mais amplo são identidades civilizacionais, estão configurando as pautas de coesão, desintegração e conflito no mundo pós-Guerra Fria." (Tradução do autor). HUNTINGTON, Samuel P. **El choque de las civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial.** Buenos Aires: Paidós, 2001. p. 15.

[13] HUNTINGTON, Samuel P. **El choque de las civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial.** Buenos Aires: Paidós, 2001. p. 38-40.

africanos também estão desenvolvendo um sentido de identidade africana; 8) eslava ortodoxa[14].

No pensamento de Huntington, é preciso considerar tal contexto porque há uma mudança no poder entre civilizações, já que o Ocidente vem perdendo influência relativa, e civilizações asiáticas vem aumentando seu poderio econômico, militar e político, além do mundo islâmico viver uma explosão demográfica, sendo que as civilizações não ocidentais reafirmam o valor por suas próprias culturas.

Na política global emergente as superpotências da Guerra Fria vem sendo substituídas por Estados centrais das grandes civilizações, um mundo assim dividido em esferas de influência, cada esfera com um Estado central desempenhando um papel predominante, e tal Estado central é moderado pela cultura comum compartilhada com os Estados membros de sua civilização. Há a seguinte tendência apontada por Huntington: "Los países tienden a unirse al carro de países de cultura similar y a contrapesar a los países con los que no tienen coincidencias culturales."[15] Essa ideia fica mais visível nas civilizações ocidental, ortodoxa e sínica.

A tendência, assim, é que a ordem mundial baseie-se em civilizações, mediante cooperação entre sociedades que possuem afinidades culturais. Cada civilização orbita ao redor dos Estados centrais em suas civilizações, cada civilização apresentando modelos de desenvolvimento político e econômico diferentes. Os conflitos, portanto, ocorreriam no choque entre tais civilizações, sendo a causa das tensões mundiais a cultura mais que a política[16].

Neste sentido, Huntington critica Fukuyama, pois o final da Guerra Fria não representa o fim de todo conflito relevante na política global nem o marco para um mundo relativamente harmonioso, nem o fim do conflito em escala planetária. Existem relações entre civilizações que são mais propensas aos conflitos, como afirma Huntington: "Es probable que en el futuro los choques más peligrosos surjan de la interacción de la arrogancia occidental, la intolerancia islámica y la autofirmación sínica."[17] E complementa: "Entre las civilizaciones, Occidente es la única que ha tenido una influencia importante, y a veces devastadora, en todas las demás."

---

[14] A eslava ortodoxa consta enumerada no artigo, mas não no livro de Huntington.

[15] "Os países tendem a unir-se ao carro de países de cultura similar e a fazer contrapeso aos países com os quais não têm coincidências culturais." (Tradução do autor). HUNTINGTON, Samuel P. **El choque de las civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial.** p. 148.

[16] HUNTINGTON, Samuel P. **El choque de las civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial.** p. 17.

[17] "É provável que no futuro os choques mais perigosos surjam da interação da arrogância ocidental, a intolerância islâmica e a autoafirmação sínica." "Entre as civilizações, a do Ocidente é a única que teve uma influência importante, e às vezes devastadora, em todas as demais." (Tradução do autor). HUNTINGTON, Samuel P. **El choque de las civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial.** p. 175.

O grande problema das relações entre "Ocidente e o resto do mundo" é: "la discordancia entre los esfuerzos de Occidente – particularmente de los Estados Unidos- por promover una cultura occidental universal y su capacidad en decadencia para conseguirlo."[18] Para Huntington, o Ocidente, mas especialmente os Estados Unidos, sempre assumiram uma função de nação missionária, pensando que os povos não ocidentais devam se comprometer com os valores ocidentais de democracia, mercado livre, governo limitado, direitos humanos, individualismo, império da lei, devendo incorporar esses valores em suas instituições. Por isso, o que o Ocidente considera universalismo, o resto do mundo considera imperalismo.

Nye Jr.[19] critica a visão de Huntington, primeiro, por este ter simplificado demais e categorizado as civilizações em apenas sete ou oito espécies, quando na realidade, como aduzem os construtivistas, as culturas não são homogêneas ou estacionárias, sendo sobrepostas e em movimento. Além disso, grande parte dos conflitos ocorreram dentro da África e do Islã, no interior de uma mesma civilização, e não entre civilizações. Muitos fieis muçulmanos têm mais pontos de contato com os cristãos do que com Osama bin Laden, ou seja, não haveria nem no ataque de 11 de setembro de 2001 um choque de civilizações. Portanto, tanto Fukuyama quanto Huntington buscaram enquadrar o mundo depois da Guerra Fria dentro de um certo padrão, no entanto, não há um único padrão.

1.3 A crise do capitalismo

Autores como Eric Hobsbawm, Fred Halliday e Immanuel Wallerstein criticaram a interpretação sobre o fim da história, já que o cenário internacional permanecia com um grande potencial de instabilidade pelas assimetrias de poder político e social existentes, especialmente porque, se foi encerrado o conflito Leste-Oeste, permanecem dissimetrias Norte-Sul pela desigualdade entre o Primeiro e o Terceiro Mundo, questionando também se o alinhamento ao liberalismo realmente traria o progresso e o avanço prometidos.

Com o fim da bipolaridade não cessaram conflitos sociais, étnicos, políticos, estratégicos e religiosos, especialmente na periferia. Segundo Wallerstein, o triunfo do capitalismo sobre seus dois principais opositores do século XX, o socialista soviético e o fascista alemão-japonês da

[18] "a discordância entre os esforços do Ocidente – particularmente dos Estados Unidos- em promover uma cultura ocidental universal e sua capacidade em decadência em consegui-lo." (Tradução do autor). HUNTINGTON, Samuel P. **El choque de las civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial.** p. 175.
[19] NYE JR. Joseph S. **Cooperação e conflito nas relações internacionais**. p. 314-315.

década de 30, era a contradição final do modelo. Assim, Wallerstein sustenta que a falta de adversário ideológico ao capitalismo levaria a uma maior inclinação para a desregulamentação, ausência de critérios sociais à sede por lucro, pois perde-se um contraponto de crítica ao ideal de expansão capitalista. Como o capitalismo possui crises recorrentes, no pós-Guerra Fria conheceria sua crise final se seus rumos não fossem corrigidos. Wallerstein afirma em seu livro *Após o liberalismo*, escrito em 1995:

> E, do ponto de vista ideológico, o colapso do marxismo-leninismo eliminou o último resto de confiança na possibilidade de que reformas conduzidas pelo Estado tragam desenvolvimento econômico considerável às zonas periféricas e semiperiféricas da economia internacional. É por isso que eu tenho afirmado que o suposto colapso dos comunismos foi, na verdade, o colapso do liberalismo como ideologia.[20]

Wallerstein, vendo o liberalismo como a não intervenção do Estado na economia, entende que a crise do liberalismo faz parte do sistema capitalista, de modo que o liberalismo como projeto político irá ruir diante da crise estrutural da economia capitalista. Explica que são quatro os problemas estruturais do sistema econômico contemporâneo: a) falta de oferta de mão de obra barata, o que aumenta o custo do trabalho em relação ao custo total da produção mundial; b) o aumento das exigências da classe média em relação aos empregadores e aos Estados, sendo a classe média o esteio político do atual sistema internacional; c) a questão ambiental, que ganha cada vez mais rigor, gerando mais encargos ao modelo produtivo; d) a pressão demográfica do Sul para o Norte, com aumento da imigração ilegal e de correntes xenofóbicas, alterando o equilíbrio demográfico interno dos países do Norte.

Convém neste sentido registrar a crítica de Wallerstein ao liberalismo:

> o liberalismo está encurralado pela sua lógica. Continua a afirmar a legitimidade dos direitos humanos e, de maneira um pouco menos enfática, os direitos dos povos. Mas ainda não é isso o que ele quer. Se afirma os direitos, é para evitar que eles sejam plenamente exercidos. Só que isto fica cada vez mais difícil. E os liberais, vendo-se entre a espada e a parede, estão mostrando a sua verdadeira face, voltando maciçamente para o conservadorismo e apenas ocasionalmente para o radicalismo.[21]

Assim, constata-se que, ao contrário de Fukuyama, Wallerstein entende que a queda do Muro de Berlim em 1989 é marco do colapso do liberalismo e o princípio do fim da hegemonia norte-americana.

---

[20] WALLERSTEIN, Immanuel. **Após o liberalismo.** Petrópolis: Vozes, 2002. p. 70.
[21] WALLERSTEIN, Immanuel. **Após o liberalismo.** p. 166.

1.4 Um mundo unipolar

Krauthammer interpreta como erradas as considerações de que o mundo, de bipolar, passaria a se tornar multipolar com novos centros de poder no Japão, Alemanha ou na Europa, China e na Rússia. Nas suas palavras: "The immediate post-Cold War world is not multipolar. It is unipolar. The center of world power is the unchallenged superpower, the United States, attended by its Western allies."[22]

Assim, haveria uma clara hegemonia dos Estados Unidos, chegando-se a um "momento unipolar", como chamou-o Charles Krauthammer[23] em 1990, visível pela preponderância da estratégia política, econômica e militar dos Estados Unidos, consentindo a ação unilateral pelos Estados Unidos e sua emergência como única superpotência no sistema internacional. Afirma que o mundo será unipolar por até quatro décadas, sendo a multipolaridade evento futuro que tomará uma configuração semelhante ao que ocorria antes da Primeira Guerra Mundial. Isso porque um verdadeiro multilateralismo exige coalizações de parceiros em situação de igualdade entre si em relação a força e estatura, não podendo ser confundido com um pseudomultilateralismo em que uma potência age essencialmente sozinha.

Krauthammer entende que o poder econômico de algumas nações, como as europeias, não se converte necessariamente em influência geopolítica, fornecendo apenas *status* de poder, havendo apenas um único polo de poder mundial, como justifica: "American preeminence is based on the fact that it is the only country with the military, diplomatic, political and economic assets to be a decisive player in any conflict in whatever part of the world it chooses to involve itself."[24]

Depois do pós-Guerra Fria, como afirma Pecequilo[25], há dois exemplos em que tal momento unilateral se evidencia: entre 1990 e 1992, em que os debates sobre o equilíbrio de poder mundial e a mudança de estratégia da contenção leva à elaboração do Guia de Planejamento de Defesa (*Defense Planning Guidance*); e entre 2001 e 2005, sob o governo de George W. Bush, relativo à Estratégia de Segurança Nacional de 2002 pós-11/09.

---

[22] "O mundo imediato à pós-Guerra Fria não é multipolar. É unipolar. O centro do poder mundial é uma superpotência sem desafiantes, os Estados Unidos, com a participação de seus aliados ocidentais." (Tradução do autor). KRAUTHAMMER, Charles. The unipolar moment. In: **Foreign affairs.** 70 v. 1 n. 1990/1991. p. 23-33. Disponível em: <http://www.metu.edu.tr/~utuba/Krauthammer.pdf:>. Acesso em: 17/03/2014. p. 23.

[23] KRAUTHAMMER, Charles. The unipolar moment. In: **Foreign affairs.** p. 23-33.

[24] "A preeminência americana está baseada no fato de que é o único país com bem militar, diplomático, político e econômico para ser decisivo jogador em qualquer conflito em qualquer parte do mundo em que escolha estar envolvido." (Tradução do autor). KRAUTHAMMER, Charles. The unipolar moment. In: **Foreign affairs.** p. 24.

[25] PECEQUILO, Cristina Soreanu. **Política internacional.** p. 45.

Brzezinski reforça esse entendimento ao afirmar que os Estados Unidos, no pós-Guerra Fria são a última superpotência e que a sua supremacia, superada a bipolaridade, seria muito mais complexa e difícil, devendo trabalhar para moldar uma comunidade global cooperativa, porém, sendo um imperativo assegurar que não surja nenhum desafio na Eurásia que ameace a supremacia dos Estados Unidos. Brzezinski interpreta que a América ergueu-se suprema nos quatro domínios do poder global: militar; econômico; tecnológico e político, afirmando: "*It is the combination of all four that makes America the only comprehensive global superpower.*"[26]

1.5 Um mundo multipolar

Afirma que os Estados Unidos continuarão tendo importância em razão de sua própria dimensão como Estado, contudo, os estadistas estadunidenses devem reconhecer a erosão gradual da posição dos Estados Unidos, e cuidar para que ocorra de modo lento e suave, sem acelerá-la através de políticas que tragam vantagens a curto prazo, mas desvantagens a longo prazo[27]. Segundo Kennedy, já existe novamente um mundo multipolar.

Kennedy levanta como fontes principais de poder para a afirmação das potências fatores econômicos e tecnológicos; fatores estratégicos e militares. Há correlação entre a produtividade e desempenho econômico e a posição de um Estado no sistema internacional, bem como correlação entre a questão econômica e o crescimento ou declínio do poder militar. As forças das grandes nações não são constantes na política internacional, estão sempre se reequilibrando, por força da diferença da taxa de crescimento entre as diferentes nações, dos progressos tecnológicos e sociais. Como afirma Kennedy: "Gracias al impulso innato del hombre a mejorar su condición, el mundo no ha estado nunca quieto."[28] Nessa ordem de ideias, Arrighi[29] fala da ascensão da Ásia como espaço para o novo capitalismo, uma substituição da América do Norte pelo leste asiático como centro dinâmico dos processos de acumulação de capital.

1.6 Um mundo apolar

---

[26] "É a combinação desses quatro domínios que faz a América a única superpotência global." (Tradução do autor). BRZEZINSKI, Zbigniew. **The grand chessboard**. New York: Basic Books, 1997. Grifo do autor. p. 24.

[27] KENNEDY, Paul. **Auge y caída de las grandes potencias**. Traducción de J. Ferrer Aleu. Barcelona: Debolsillo, 2004. p. 830.

[28] "Graças ao impulso inato do homem a melhorar sua condição, o mundo nunca ficou quieto." (Tradução do autor). KENNEDY, Paul. **Auge y caída de las grandes potencias**. Traducción de J. Ferrer Aleu. Barcelona: Debolsillo, 2004. p. 684-685.

[29] ARRIGHI, Giovanni. **O longo século XX:** dinheiro, poder e as origens de nosso tempo. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996. p. 351.

Atualmente, é possível identificar novos equilíbrios globais e regionais que evidenciam um sistema internacional complexo, com uma nova distribuição do poder mundial, que denuncia a volatividade das relações internacionais, a exemplo da maior influência chinesa, da Rússia, Índia e Brasil, que compõem o BRIC, ou o G20 financeiro. Segundo Zakaria[30], vive-se hoje uma mudança de poder da era moderna evidenciada pela "ascensão do resto", ou seja, a diluição do poder do Estado para diversos atores, a dispersão dos centros de poder como se a humanidade estivesse, em um processo longo e lento, encaminhando-se para um cenário pós-americano, que é delimitado e organizado de muitos lugares e por diversas pessoas.

Trata-se de um processo que envolve alargamento das fronteiras, a descentralização do poder, novos modos de acumulação, a globalização e a regionalização. Haas, no seu artigo *The age of nonpolarity,* chega a afirmar que o mundo pós-Guerra Fria não é nem uni, nem multi, nem unipolar, mas "apolar" ou "não polar": "a world dominated not by one or two or even several states but rather by dozens of actors possessing and exercising various kinds of power."[31] No raciocínio de Haas, o séc. XX iniciou-se multipolar; mas depois de 50 anos, com duas guerras mundiais e diversos conflitos menores, surgiu um mundo bipolar; na sequência, com o fim da Guerra Fria, ocorreu a unipolaridade, em que o sistema internacional foi dominado por um único poder, os Estados Unidos; hoje, o poder encontra-se difuso, não havendo mais polaridades.

O mundo apolar é definido por vários centros de poder, que não envolve apenas Estados nacionais, mas organizações globais (FMI, ONU e Banco Mundial), regionais (União Africana, Liga Árabe, Associação de Nações do Sudeste Asiático, União Europeia, Organização dos Estados Americanos, Associação Sul Asiática para a Cooperação Regional) e funcionais (Agência Internacional de Energia Atômica, Organização dos Países Exportadores do Petróleo, Organização de Cooperação de Xangai, Organizaçao Mundial da Saúde), mas também cidades, companhias globais, conglomerados de mídia, partidos políticos, instituições e movimentos religiosos, organizações terroristas, carteis de drogas e ONGs. Neste mundo, os Estados Unidos perdem a política internacional de propor: "You're either with us or against us" ("Ou você está conosco, ou contra nós").

---

[30] ZAKARIA, Fareed. **The post American world.** Nova Iorque: WW Norton, 2008. p. 232-233.

[31] "um mundo dominado não por um ou dois ou vários Estados, mas, em vez disso, por dezenas de atores possuindo e exercitando vários tipos de poder." (Tradução do autor). HAAS, Richard. **The age of nonpolarity**: what will follow U.S. dominance. In: Foreign affaris. mai/jun. 2008. Disponível em: <http://www.foreignaffairs.com/articles/63397/richard-n-haass/the-age-of-nonpolarity>. Acesso em: 17/03/2014.

1.7 O mundo em um complexo tabuleiro de xadrez tridimensional

Entre as correntes que defendem a unipolaridade ou a multipolaridade, é preciso ressaltar ainda quem fornece uma solução intermediária. É o caso de Joseph Nye Júnior, ao afirmar que na era da informação mundial o poder está distribuído dentro de um complexo tabuleiro de xadrez tridimensional, em que é possível fazer movimentos horizontais e verticais. Neste jogo, se os Estados Unidos perderem no tabuleiro econômico, ganhariam no tabuleiro político-militar, colocando-se sem rivais nestes planos, havendo assim em alguns tabuleiros a unipolaridade (o ideológico e militar) e em outros a multipolaridade. Além disso, em questões transnacionais, Nye Jr. sustenta não haver sentido empregar termos como unipolaridade, hegemonia ou império americano. Como afirma Nye Jr.:

> No tabuleiro de xadrez superior das questões político-militares, o poder militar é amplamente unipolar, tendo os Estados Unidos como a única superpotência, mas no tabuleiro intermediário das questões econômicas, os Estados Unidos não são uma hegemonia nem um império e precisam negociar no mesmo plano quando a Europa atua de maneira unificada. Por exemplo, nas questões antitruste ou comerciais, os Estados Unidos devem equiparar-se à Europa para conseguir acordos. E no tabuleiro de xadrez inferior das relações transnacionais que cruzam as fronteiras fora do controle dos governos e incluem protagonistas tão diferentes quanto banqueiros e terroristas, o poder é disperso caoticamente.[32]

A distribuição de poder atual, para Nye Jr., seria do tipo interdependência multinível, pois nenhuma hierarquia poderia esclarecer a política mundial que funciona como se fosse um jogo de xadrez tridimensional. Neste jogo, o poder militar não é suficiente para prever o que ocorrerá no tabuleiro econômico e transnacional da política mundial, sendo que os Estados Unidos, apesar de terem mais recursos para lançar mão neste jogo, não estariam em uma posição imperialista dentro da ordem mundial atual.

Isso porque a globalização vem trazendo questões para a agenda internacional que nem o mais poderoso dos países poderia resolver sozinho, como a estabilidade financeira internacional, a mudança climática, as doenças infecciosas, redes transnacionais de drogas, crime e terroristas. Segundo Nye Jr.: "O poder está se tornando mais multidimensional, as estruturas mais complexas e os estados em si mais permeáveis."[33]

1.8 Reformas na Ordem Global

[32] NYE JR. Joseph S. **Cooperação e conflito nas relações internacionais**. p. 334.
[33] NYE JR. Joseph S. **Cooperação e conflito nas relações internacionais**. p. 336.

Depois da crise econômica de 2008 constatou-se uma mudança no quadro geopolítico e geoeconômico nas relações internacionais, porém, as tensões permanecem no cenário mundial nas diferentes oposições: "unipolarismo X multipolarismo, acomodação X contestação hegemônica, reforma e atualização do multilateralismo X permanência e estagnação das negociações, progresso X regressão ideológica"[34]. Diante de tanta complexidade, há quem enxergue com pessimismo os rumos do capitalismo e entreveja seu fim, como adverte Arrighi:

> Por fim, parafraseando Schumpeter, antes que a humanidade sufoque (ou se refestele) na masmorra (ou no paraíso) de um império mundial pós-capitalista, ou de uma sociedade de mercado capitalista mundial, é bem possível que ela se inflame nos horrores (ou nas glórias) da escalada da violência que acompanhou a extinção da ordem mundial da Guerra Fria. Nesse caso, a história capitalista também chegaria ao fim, mas voltando de forma vigorosa ao caos sistêmico de que partiu há seiscentos anos, e que foi reproduzido em escala progressivamente maior a cada transição. Se isso significaria o fim apenas da história capitalista, ou de toda a história humana, é impossível dizer.[35]

Contrariando tal alarmismo de Arrighi, Ikenberry[36] argumenta que é possível identificar três modelos de uma ordem internacional liberal: a) a primeira, relacionada às ideias do presidente dos Estados Unidos Woodrow Wilson (1856-1924), que via uma ordem internacional organizada em torno a um corpo de segurança coletivo global, em que os Estados soberanos agiriam juntos para garantir um sistema de paz, o que envolvia também livre comércio, autodeterminação dos povos, compondo uma visão de um único mundo de Estados-Nações que interagem dentro de um sistema multilateral de leis; b) a segunda, relacionada ao internacionalismo liberal pós-1945 da Guerra Fria, ligada a uma lógica de hegemonia liberal liderada pelos Estados Unidos, inicialmente encabeçada pela administração Roosevelt, apropriando-se do discurso da paz para propiciar o livre comércio e a cooperação entre as grandes potências, cuja visão foi orientada pela Carta do Altântico de 1941, preceituando o direito à autodeterminação, o fim de barreiras comerciais, cooperação econômica global, avanço do bem-estar social, e o plano de arquitetura provido pelas conferências em Bretton Woods e Dumbarton Oaks (nesta última, foram esboçados os projetos do que seriam as Nações Unidas e a comunidade internacional pós-guerra); c) e a terceira, seria um tipo de pós-hegêmonico internacionalismo liberal que existe apenas parcialmente, cujas formas ainda são incertas.

---

[34] PECEQUILO, Cristina Soreanu. **Política internacional**. p. 57.

[35] ARRIGHI, Giovanni. **O longo século XX:** dinheiro, poder e as origens de nosso tempo. p. 371.

[36] IKENBERRY, Gilford John. **Liberal internationalism 3.0: America and the dilemmas of Liberal World Order.** In: Perspectives on politics. 7 v. 1. n. mar. 2009. Disponível em: < file:///C:/Users/XPC /Downloads/John%20G.%20Ikenberry%20-%20Liberal%20Internationalism %203.0.pdf>. Acesso em: 25/04/2014.

Atualmente, segundo Ikenberry[37], a hegemonia liberal americana não é mais adequada para sustentar uma ordem internacional liberal, pois: a) há uma alteração da lógica hegemônica depois da Guerra Fria, pois quando havia bipolaridade o poder americano precisava de aliados para os quais provia um sistema de estabilidade e segurança, e tais incentivos de cooperação foram enfraquecidos; b) com a unipolaridade o poder americano tornou-se mais controverso, já que o poder não está mais baseado na busca por equilíbrio entre forças opostas, mas na predominância de um único Estado; c) a comunidade internacional aparece como tendo interesse legítimo sobre as práticas nos governos domésticos, o que permite cogitar sobre direitos humanos e segurança, tornando as normas de soberania mais contingentes e causando uma erosão nas normas de soberania de Vestfalia, o que leva a uma nova luta global sobre as fontes de autoridade na comunidade internacional; d) aumentaram as fontes de insegurança na política mundial, pois agora não há uma ameaça da paz por parte de grandes potências que competem entre si, já que se conquistou uma dissuasão nuclear, paz democrática, e declínios nos ganhos com conquistas, e tudo isso altera os modos pelos quais a violência se manifesta, já que hoje não são apenas Estados que possuem capacidades de violência para ameaçar outras sociedades, já que pela globalização e tecnologia surgem oportunidades para atores não estatais ou grupos transnacionais adquirirem armas de destruição em massa; e) há novas questões sobre tomada de decisões na governança global por força de novos países entrarem no cenário da economia mundial pelo crescimento econômico global, a exemplo da incorporação de Estados como a China e Índia no alto escalão do sistema mundial.

Diante desses 5 pontos, há uma crise de autoridade e de governança na ordem liberal atual, para determinar, por exemplo, quem seria o repositório para novos direitos humanos ou normas de segurança nacional, ou como estabelecer legitimidade de autoridade para agir internacionalmente em nome da comunidade internacional. Como expõe Beck: "[...] a sociedade mundial nos remete a um *novo mundo,* a uma espécie de continente inexplorado que se desvela em meio à terra de ninguém transnacional, no espaço limítrofe entre Estados e sociedades nacionais.[38]

Deste modo, opera-se uma distinção de poder entre a política nacional-estatal e as possibilidades de ação sócio-mundial. Geram-se assim pressões para reformas e reorganizações,

[37] IKENBERRY, Gilford John. **Liberal internationalism 3.0: America and the dilemmas of Liberal World Order.** In: Perspectives on politics. Acesso em: 25/04/2014. p. 76-80.
[38] BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Grifo do autor. p. 190.

exigindo um esforço para captar a lógica pós-hegemônica e sua viabilidade. Ikenberry[39] entende que tais reformas implicariam, primeiramente, questões relacionadas a escopo e hierarquia. Uma ordem internacional deve ser mais universal e menos hierárquica, o que implica que os Estados Unidos devem ceder autoridade e controle a um maior número de Estados e renunciar a direitos de hegemonia e privilégios; os Estados Unidos devem desempenhar um papel menos central em prover serviços funcionais como bens públicos, promoção de cooperação e estabilização de mercados.

Uma segunda questão concerce à autoridade legítima e à soberania pós-Vestfalia. Isso porque com a revolução dos direitos humanos a comunidade internacional tornou-se mais preocupada com o governo interno dos Estados, sendo preciso constituir autoridade legítima para intervir em Estados fracos ou problemáticos, o que envolve capacidades de monitoramento, vigilância e inspeção para impedir que tecnologias letais não recaiam na mão de grupos perigosos. Portanto, é preciso pensar em conciliar leis e instituições mais intrusivas com a existência de uma autoridade legítima internacional capaz de operar com tais leis e instituições.

Uma terceira questão diz respeito à democracia, em como construir autoridade e capacidade em âmbito internacional sem lesar a regra popular que existe em Estados Democráticos, sem sacrificar a democracia constitucional nacional.

O fato é que a globalização acontece em um cenário mundial de tendências polarizadas no qual debate-se o equilíbrio de poder mundial, especialmente diante do período de transição em relação ao ciclo hegemônico norte-americano, o que representa um momento de grandes oportunidades para transição paradigmática e de edificação de uma nova humanidade. A globalização tornou-se um fato e, como afirma Beck: "vivemos em uma sociedade mundial policêntrica, contingente e política na qual atores nacionais-estatais e transnacionais brincam de gato e rato."[40]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fim da Guerra Fria traz renovados desafios às linhas teóricas e rupturas com as visões

[39] IKENBERRY, Gilford John. **Liberal internationalism 3.0: America and the dilemmas of Liberal World Order.** In: Perspectives on politics. Acesso em: 17/04/2014. p. 80-82.
[40] BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 203.

tradicionais das relações internacionais, demonstrando a complexidade do mundo contemporâneo que inspira muitas discussões sobre a política global.

O estreitamento das relações sociais originário da globalização está associado aos fluxos e redes de interação e interconexão que transcende as fronteiras dos Estados-Nações, além de ter incrementado a densidade das interações globais, e aumentado a interpenetração das práticas econômicas e sociais - entendendo-se por interpenetração que culturas e sociedades distantes passam a encontrar-se em âmbito local, criando diversidade.

Isso leva a uma reforma da perspectiva tradicional das relações internacionais centrada apenas no Estado-Nação e nas relações interestatais, para incluir na análise os atores não estatais e as relações transnacionais. Há assim uma superação de correntes das relações internacionais (como o realismo) que colocam os Estados como centro das relações internacionais, como unidade básica de ação, e não consideram relevante o papel dos atores não estatais.

Nesta antiga perspectiva tradicional, a geografia, a tecnologia e as políticas nacionais compreendem o ambiente em que os Estados interagem entre si, fornecendo *inputs* para o sistema interestatal. Porém, conforme trabalhado neste artigo, atualmente há uma mudança de perspectiva do paradigma centrado no Estado para considerar-se o contexto da política mundial em consideração também à transnacionalidade.

Este artigo forneceu alguns parâmetros para a compreensão da transição pós-Guerra Fria, e para o discernimento do atual panorama global. É assim que foram fornecidos elementos para a reflexão do mundo atual em diversas frentes: como unipolar, multipolar, apolar; um mundo em que o poder é distribuído em um complexo tabuleiro de xadrez tridimensional; um mundo com um capitalismo fortalecido ou com um capitalismo em crise. E tudo isso vem reforçar que no cenário da política global atual o tratamento sobre o tema da globalização e da transnacionalidade é um novo desafio a ser enfrentado.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARRIGHI, Giovanni. **O longo século XX**: dinheiro, poder e as origens de nosso tempo. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BRZEZINSKI, Zbigniew. **The grand chessboard**. New York: Basic Books, 1997.

FUKUYAMA, Francis. The end of history? In: **The National Interest**. 1989. Disponível em: <https://ps321.community.uaf.edu/files/2012/10/Fukuyama-End-of-history-article.pdf>.

FUKUYAMA, Francis. Pensando sobre el fin de La historia diez años después. In: **Diario El País.** Madrid. 1140 n. jun. 1999. Disponível em: <http://firgoa.usc.es/drupal/files/Francis%20Fukuyama%20-%20Fin%20de%20la%20historia%20y%20otros%20escritos.pdf>. Acesso em: 18/02/2014. p. 1.

FUKUYAMA, Francis. **The end of history and the last man**. New York: The Free Press, 1992.

HAAS, Richard. The age of nonpolarity: what will follow U.S. dominance. In: **Foreign affaris.** mai/jun. 2008. Disponível em: <http://www.foreignaffairs.com/articles/63397/richard-n-haass/the-age-of-nonpolarity>.

HUNTINGTON, Samuel P. **El choque de las civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial**. Buenos Aires: Paidós, 2001.

HUNTINGTON, Samuel P. The Clash of Civilizations? In: **Foreign Affairs**. 72:3, 1993. Disponível em: < http://www-personal.umich.edu/~lundyj/New%20College%20Class/Readings/Samuel%20Huntington_Clash%20of%20Civilizations.pdf>. Acesso em: 12/02/2014.

IKENBERRY, Gilford John. Liberal internationalism 3.0: America and the dilemmas of Liberal World Order. In: **Perspectives on politics**. 7 v. 1. n. mar. 2009. Disponível em: < file:///C:/Users/XPC /Downloads/John%20G.%20Ikenberry%20-%20Liberal%20Internationalism%203.0.pdf>.

KENNEDY, Paul. **Auge y caída de las grandes potencias**. Traducción de J. Ferrer Aleu. Barcelona: Debolsillo, 2004.

KRAUTHAMMER, Charles. The unipolar moment. In: **Foreign affairs**. 70 v. 1 n. 1990/1991. p. 23-33. Disponível em: <http://www.metu.edu.tr/~utuba/Krauthammer.pdf:>.

NYE JR. Joseph S. **Cooperação e conflito nas relações internacionais**. Tradução de Henrique Amat Rêgo Monteiro. São Paulo: Gente, 2009.

PECEQUILO, Cristina Soreanu. **Política internacional**. 2. ed. Brasília: FUNAG, 2012.

WALLERSTEIN, Immanuel. **Após o liberalismo**. Petrópolis: Vozes, 2002.

ZAKARIA, Fareed. **The post American world**. Nova Iorque: WW Norton, 2008.

CRISE DE REPRESENTAÇÃO NO ESTADO CONTEMPORÂNEO. RELAÇÕES ASSIMÉTRICAS ENTRE OS PODERES E O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DAS RELAÇÕES SOCIAIS NO BRASIL

Pedro Manoel Abreu[1]

INTRODUÇÃO

A história, por vezes, tem uma atualidade inquietante, principalmente quando se depara a humanidade, como agora, num momento de intensa crise de suas instituições, tendo o desafio ético da construção da democracia como expressão de resistência a toda forma retrocesso, de opressão, de corrupção, de injustiça social, de discriminação, de xenofobia, para a preservação dos valores sofridamente edificados no Estado contemporâneo, para a preservação da moralidade social, da dignidade da pessoa humana e para a concretização da cidadania.

Tucídides, grande historiador grego, recolheu fragmentos do discurso de Péricles em louvor póstumo aos bravos atenienses, mortos na Guerra do Peloponeso[2]. Um desses fragmentos chega até os nossos dias com uma atualidade intrigante, como um tributo à igualdade, à democracia, à ética, à civilidade, e também à fraternidade universal. Disse Péricles:

> Nosso regime político é a democracia e assim se chama porque busca a utilidade do maior número e não a vantagem de alguns. Todos somos iguais perante a lei, e quando a República outorga honrarias o faz para recompensar virtudes e não para consagrar privilégios. Nossa cidade se acha aberta a todos os homens. Nenhuma lei proíbe nela a entrada de estrangeiros, nem os priva de nossas instituições, nem de nossos espetáculos; nada há em Atenas oculto e permite-se a todos que vejam e aprendam nela o que bem quiserem sem esconder-lhes sequer aquelas coisas, cujo conhecimento possa ser de proveito para os nossos inimigos, porquanto confiamos para vencer, não em preparativos misteriosos, nem em ardis e estratagemas, senão em nosso valor e em nossa inteligência.

O tema proposto permite várias leituras, notadamente através da ciência política, da filosofia, da sociologia, da economia, assim como da teoria jurídica. Pretende-se destacar a crise

---

[1] Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-doutorando da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor do Curso de Mestrado e Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Univali-Universidade do Vale do Itajaí. Diretor-Executivo do Centro de Estudos Jurídicos do TJSC e Academia Judicial.

[2] Ver: BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**: Temas Políticos e Constitucionais da Atualidade com ênfase no Federalismo das Regiões. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 19.

na cena contemporânea, inicialmente enfocando a crise da modernidade, depois a crise do próprio Estado contemporâneo, bem como a crise da representatividade e da própria democracia, dando ênfase especial ao Brasil, em face do fenômeno das relações assimétricas entre os Poderes e da judicialização da política e das relações sociais, e seus efeitos na relação entre os três poderes da República.

Esses temas, ora examinados, foram tratados difusamente pelo autor, em sua tese de doutoramento, publicada sob o título "Processo e Democracia" e por sua atualidade são agora revisitados, especialmente nesse momento crítico da representação no Brasil, emparedada pelo modelo singular de Presidencialismo de Coalizão que se instalou no Brasil, misto de Parlamentarismo e Presidencialismo, ancorado numa miríade de partidos sem ideologia e inspirados mais nos interesses eleitorais de parcelas alimentadoras do fisiologismo e da barganha política do que nos interesses da cidadania e da nação!

1. A CRISE DA MODERNIDADE

Iniludivelmente vivemos um período de crise. Crise política, econômica, social, existencial, desconcertados pelo desenvolvimento tecnológico e científico e ao mesmo assombrados pelo medo, em vigília permanente para afastar os perigos e ao mesmo tempo para decifrar os sinais imprevisíveis do futuro, cada vez mais incerto.

Parafraseando Hobsbawn, a humanidade perfaz a travessia para um novo ciclo de sua história, ancorada na barbárie e numa verdadeira revolução tecnológica. Vivemos um tempo de vertiginosa e agressiva transição de estruturas sociais e econômicas. O breve século XX, iniciado com a I Grande Guerra em 1914 e despedido precocemente em 1991, com o fim da Era Soviética, poderia ser resumido, como fê-lo o músico Yehudi Menuhim, como aquele que despertou as maiores esperanças já concebidas pela humanidade e ao mesmo tempo destruiu todas as ilusões e ideais[3].

Para Warat, terminamos de sair de um século XX desnorteados com os genocídios, contando os mortos, as guerras, a inutilidade dos crimes contra a humanidade, confusos com as invenções e novas sensibilidades que se estão instalando. As ideias matrizes que fundamos na modernidade também foram devoradas pelas chamas da barbárie. Nossas ilusões e ideias

[3] HOBSBAWN, Eric. **Era dos Extremos: o breve século XX** – 1914-1999. São Paulo : Companhia das Letras, 1998, p. 12.

diretoras foram desativadas. Princípios, convicções, que organizavam nossa maneira de viver foram mortalmente desconsiderados. Isso nos trouxe uma série de vazios revelando frustrações, abismos novos que se foram abrindo para provocar a construção de um mundo regulado por condições de desumanidade.[4]

O século XX, com efeito, como vaticina Francis Fukuyama, fez de todos nós profundos pessimistas históricos. Tal pessimismo contrasta com o otimismo do século XIX – um século de paz e de aumento sem precedentes do bem-estar material. Esse otimismo provinha de duas vertentes – a crença de que a ciência moderna melhoraria a vida humana, vencendo a doença e a miséria; e a natureza, de há muito adversária do homem, seria dominada pela tecnologia moderna e colocada ao serviço da felicidade humana. A segunda convicção era de que os governos livres e democráticos continuariam a estender-se por todo o mundo.[5]

> Como se verificaria, a primeira guerra mundial foi apenas um aperitivo para novas formas de malignidade que surgiriam, em breve, no futuro. Se a ciência moderna tornou possível o fabrico de armas com uma capacidade de destruição nunca vista, como a pistola-metralhadora e o bombardeiro, a política moderna criou um estado sem precedentes, para o qual estava ainda por inventar uma palavra nova: *totalitarismo*. Apoiado por uma eficiente força policial, por partidos políticos de massas e por ideologias radicais que visavam controlar todos os aspectos da vida humana, este novo tipo de estado lançou-se num projeto que não ambicionava menos do que dominar o mundo. Os genocídios perpetrados pelos regimes totalitários da Alemanha de Hitler e da Rússia de Estaline não tiveram precedentes na história humana, tendo sido, em muitos aspectos, tornados possíveis pela própria modernidade.[6]

Essa experiência do século XX, por outro lado, tornou altamente problemática a pretensão de progresso com base na ciência e na tecnologia. A capacidade tecnológica para melhorar a vida depende de um paralelo progresso moral do homem, sob pena de tornar a humanidade ainda pior. Depois de Hiroshima, a humanidade vive sob a ameaça do mais terrível dos avanços tecnológicos – o das armas nucleares. O fantástico crescimento econômico, por outro lado, tornado possível pela ciência moderna, desencadeou em todo o planeta graves danos ambientais, levantando a possibilidade de uma catástrofe ecológica global.[7]

O progresso científico, para Edgar Morin, de fato, permitiu além da produção e da proliferação de armas nucleares, químicas ou biológicas de capacidade de morte em massa a um processo de degradação da biosfera. A mundialização do mercado econômico, todavia, sem

---

[4] WARAT Luis Alberto. Prefácio à 1ª Ed. In: ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 14.
[5] FUKUYAMA, Francis. **O Fim da História e o Último Homem**. 4. ed. Gradiva, 2011, p. 27 e 28.
[6] FUKUYAMA, Francis. Op. cit., p. 29.
[7] FUKUYAMA, Francis. Idem, p. 30.

regulação externa nem autorregulação, criou pequenas ilhas de riqueza e, ao mesmo tempo, zonas crescentes de pobreza, suscitando crises em série. Os desenvolvimentos da ciência, da técnica, da indústria e da economia, nesse território, não são regulados nem pela política nem pela ética nem pelo pensamento.[8]

> As guerras se multiplicam no planeta e são cada vez mais caracterizadas por seus componentes etnorreligiosos. Por toda a parte, a ordem cívica regride, e as violências gangrenam as zonas suburbanas. A criminalidade mafiosa se tornou planetária. A lei da vingança substitui a lei da justiça, pretendendo ser a verdadeira justiça. As concepções maniqueístas se apoderam das mentes glorificando a racionalidade. [...] A barbárie odiosa oriunda do fundo das eras históricas se combina com a barbárie anônima e hostil da técnica própria à nossa civilização. A ameaça entre elas ameaça o planeta.[9]

Nietzsche, aliás, já fazia, no século dezenove, um prognóstico sombrio da ciência, por ele como cognominada a nova *deusa*, afirmando que o suposto bem-estar cotidiano do progresso por ela gerado, seria constituído de mediocridades, de falsas novidades e de sobrevivências artificiais.[10] Infelizmente, é o que se assiste, hoje, no triste retrato da vida contemporânea – consumo de massa, futilidades da moda, cultura do corpo, das novas tecnologias, busca incessante do novo e do supérfluo, numa civilização aparentemente falta de valores.

O mito da felicidade, para Morin, também está em crise. Hoje, tem-se a compreensão que se os produtos positivos da felicidade permanecem, enquanto os subprodutos negativos igualmente aparecem – estresse, abuso de psicotrópicos, drogas, etc. "Por meio da destruição das solidariedades tradicionais, o individualismo também gera solidão, tristeza. A cidade radiosa transforma-se em cidade tentacular, com sua vida racionalizada, suas poluições e seu estresse".[11]

A angústia nos dias de hoje, para Warat, é o fator que mais estimula a busca dos sinais do futuro. Em vista da decadência das ideologias tradicionais e do sistema de valores por elas irradiados, as pessoas tomaram consciência de que foram degradadas no sentido de suas vidas, com grave risco para a continuidade do político, do social e do subjetivo – em condições sustentáveis de dignidade. Instalou-se uma fantasia de pânico sobre o destino do desejo e o sentido, em um mundo de emoções sumárias e de escassas respostas éticas. É o retrato do medo

---

[8] MORIN, Edgar. **Rumo ao Abismo?** Ensaio sobre o destino da humanidade. Trad. Edgard de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p.7.
[9] MORIN, Edgar. Op. cit., p. 7-8.
[10] Ver: NIETZSCHE, Friedrich. **A Gaia Ciência**. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, 368p. A propósito da visão crítica de Nietzche à ciência, consultar: HAFEZ, Rogério. *Nietzsche um "crítico" à ciência? Leitura do aforismo 344 de a Gaia Ciência*. In: http://www.usp.br/revistausp/28/16-hafez.pdf. Consulta eletrônica de 10.09.2014.
[11] MORIN, Edgar. Op. cit., p. 27.

causado por um *espetáculo civilizatório*[12] empenhado na minuciosa mutilação dos sentimentos e pensamentos.[13]

Dentro da estrutura de uma civilização concentrada na segurança, Bauman[14], numa releitura atualizada de Freud[15], pondera que mais liberdade significa menos mal-estar. Já numa estrutura de civilização que escolheu limitar a liberdade em nome da segurança, mais ordem significa mais mal-estar. Para Freud, a civilização se constrói sobre uma renúncia ao instinto, impondo grandes sacrifícios à sexualidade e agressividade do homem. Os prazeres da vida civilizada vêm num pacote fechado com sofrimentos: a satisfação com o mal-estar; a submissão com a rebelião. Nessa perspectiva, o homem civilizado teria trocado um quinhão de suas possibilidades de felicidade por um quinhão de segurança. Assim, "os mal-estares da modernidade provinham de uma espécie de segurança que tolerava uma liberdade pequena demais na busca da felicidade individual". Os mal-estares da pós-modernidade, em contrapartida, para Bauman, "provêm de uma espécie de liberdade de procura do prazer que tolera uma segurança individual pequena demais".

Bobbio também anteviu a incerteza do futuro na perspectiva de tantas mudanças verificadas nas últimas décadas. Confessa-se, já na senectude, perplexo, descrente dos novos paradigmas, inclusive o da globalização[16]. E com sinceridade confessa, aturdido, que seria importante alguém, que não se achando perdido, continuasse a esperança de atinar soluções[17].

Refundar é uma expressão criada por Pierre Legendre – romancista, historiador, jurista e psicanalista francês – para questionar-se sobre as possibilidades de superação dos atuais perigos de rebarbarização do homem, denotada pela perda de humanidade num mundo globalizado que deprecia a produção de diferenças e as possibilidades de precomposição pacífica dos conflitos. *Prefundar* e reinventar a cultura. Pensar para além do já posto, do já estabelecido. *Refundir*, enfim, poder pensar a mesmice desde o outro para produzir o novo. Conviver com o imprevisível e

---

[12] Sobre o tema, ver: LLOSA, Mário Vargas. **A civilização do espetáculo**: Uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. Trad. Ivone Benedetti. 1. Ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013, 207 p.

[13] WARAT, Luis Alberto. **Eco-cidadania e direito**: alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação. Sequência, Florianópolis, n. 28, p. 97, jun. 1994.

[14] BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 10.

[15] FREUD, Sigmund. **O Mal-Estar na Civilização**. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Penguim/Companhia das Letras, 2011, 93p.

[16] Sobre globalização, ver: BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: As consequências Humanas. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, 145p.

[17] BOBBIO, Norberto. **O Tempo da Memória.** De Senectute e outros escritos autobiográficos. Prefácio de Celso Lafer. Tradução (do italiano) Daniela Versiani. Rio de Janeiro, Campus, 1997, 205 p.

poder escutar os próprios sentimentos, valores e esperanças.[18]

De fato, esse mundo novo globalizado em que vivemos, em profunda e caótica transformação – agora sob ameaça do terrorismo moderno, reinventando novas formas de reorganização do crime e da barbárie, estimulando o cerceio de direitos fundamentais nas democracias substantivas, em nome da segurança –, parece prenunciar uma nova relação entre o homem e o seu mundo, nas relações existenciais, individuais e coletivas, nacionais e transnacionais, tecendo novos rumos para a história da civilização e colocando em xeque o modelo de organização política concebida pela modernidade.

2. A CRISE DO ESTADO CONTEMPORÂNEO

No Estado contemporâneo ou social, inaugurado com as Constituições do México (1917) e de Weimer (1919), o *Welfare State*, também chamado de Estado Providência ou Estado do Bem Estar Social protagonizou, para o sociólogo Werneck Vianna, o surgimento do Estado administrativo, protegendo de modo paternalista cada região da vida social – um onipotente aparelho administrativo, fechado à cidadania e conversor dos indivíduos em clientes. A primazia do Executivo sobre o Legislativo no Estado social, apropriando-se da iniciativa das leis, transforma o direito num dos principais recursos de comunicação do Estado Social, pondo sob risco a divisão democrática entre os Poderes. O Poder Judiciário, de seu turno, porque dominantes a linguagem e os procedimentos do direito nesse tipo de Estado, é mobilizado para o exercício de um novo papel, de "instância institucional especializada em interpretar normas e arbitrar sobre sua legalidade e aplicação, especialmente nos casos sujeitos à controvérsia".[19]

A agenda da igualdade, de outro vértice, além de difundir o direito na sociabilidade, redefiniu a relação entre os Poderes, adjudicando ao Poder Judiciário funções de controle dos poderes políticos, como acentua Cappelletti, erigindo-se em um "terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador".[20] Nesse delineamento, sustenta-se a transformação do Poder Judiciário, em nível universal, "em agência de controle da

[18] WARAT, Luis Alberto. Idem, ibidem, p. 15.

[19] VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 18, 19 e 20. Sobre o mesmo tema, ver também: ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. Vol. 3/Pedro Manoel Abreu. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 261-262 (Coleção Ensaios de Processo Civil. Coord. Eduardo de Avelar Lamy; Pedro Manoel Abreu; Pedro Miranda de Oliveira).

[20] CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 47.

vontade do soberano", permitindo-lhe invocar o *justo* contra a *lei*. Essa nova perspectiva decorre do constitucionalismo moderno que, ao pontuar os princípios fundamentais, inclusive os direitos sociais, deslocou a hegemonia do positivismo kelseniano, ao abrir espaço para correntes de humanismo jurídico, reintroduzindo no direito a ideia de justiça que o positivismo recusara.[21]

O processo de redefinição das relações entre os três Poderes, ensejando a inclusão do Judiciário no espaço da política, seria decorrente da democratização social tal como se esboçou no *Welfare State* e da nova institucionalidade da democracia política, afirmada inicialmente após a derrota do nazifascismo e posteriormente com o desmonte, nos anos 70, dos regimes autoritários, trazendo à luz Constituições informadas pelo princípio da positivação dos direitos fundamentais.[22]

A democracia representativa, em todos os países em que vigora, ademais, tem necessidade de renovação, por se defrontar com problemas crescentes de desinteresse da população pela política, elevados índices de absenteísmo e, o que é mais grave, hostilidade dos eleitores em relação aos políticos profissionais, sobretudo pela corrupção crônica[23], que parece minar a classe política, principalmente nos países emergentes, colocando em profundo descrédito as instituições.[24]

A democracia representativa é uma construção histórica relativamente recente, tendo sido importantíssima a contribuição dos chamados *founding fathers* americanos, como historia o sociólogo Fernando Henrique Cardoso. Foi a partir do século XVIII que se difundiu no Ocidente a ideia de que os indivíduos recebam um mandato em eleições livres para atuar em representação dos interesses da sociedade. As instituições democráticas, desde essa época, continuam essencialmente as mesmas, congeladas no tempo. Em contrapartida, o mundo se modificou radicalmente, transformando-se das sociedades simples de então nas complexas democracias de massa dos dias de hoje. O desafio contemporâneo, por isso, é de aperfeiçoar a democracia, de fazer seu *aggiornamento* de modo que o ideal democrático continue prevalecendo e as instituições sejam eficazes.[25]

Do ponto de vista político, a atenuação das dicotomias clássicas capital-trabalho,

---

[21] VIANNA, Luiz Werneck *et al*. Idem, p. 21 e 22; ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**. Idem, p. 262.
[22] VIANNA, Luiz Werneck *et al*. Op. cit., p. 22; ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**. Op. cit., p. 262.
[23] Especificamente sobre o tema da corrupção como um dos obstáculos da democracia, ver: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia no limiar do século** XXI. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 86-91.
[24] ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**. Op. cit., p. 211.
[25] CARDOSO, Fernando Henrique. "I – A construção da democracia: A revitalização da arte da Política". In: ZANETI, Hermes (Org.). **Democracia a grande revolução**. Brasília: UnB, 1996, p. 17 e 18.

burguesia-proletariado e, em termos ideológicos, direita-esquerda, levou ao que o sociólogo Alain Touraine[26] aponta como o "desaparecimento das categorias sociais, dos atores sociais em si". Os indivíduos ou grupos já não se definem por seu papel nas relações sociais de produção, mas antes por suas identidades regionais, raciais, culturais ou religiosas. E o exercício dos direitos civis assegura a proliferação de "novas identidades", como essas estabelecidas atualmente nas redes sociais. Em vez de nos definirmos pelo que fazemos, passamos a nos definir pelo que somos. E não apenas pelo que somos, mas também pelo que "queremos", e estes desejos são muito diversos. Ampliaram-se assim os objetivos da política, oferecendo espaço para a adesão de grupos de cidadãos a causas mobilizadoras, como direitos humanos e preservação do meio ambiente. [27]

Touraine ressalta que hoje é impossível basear a vida política em debates e atores que correspondem apenas parcialmente à realidade presente. Tal situação provocou a independência crescente dos partidos em relação às forças sociais.[28]

O esboroamento dos socialismos, do comunismo leninista à social democracia, proveio fundamentalmente da subordinação crescente do movimento operário a um partido, primeiro revolucionário e, depois, transformado no próprio Estado. Não pode haver democracia representativa, nesse contexto, se os atores sociais não têm capacidade de dar sentido à sua ação, em vez de serem pautados pelos partidos políticos.[29]

Atualmente vive-se a fragmentação dos indivíduos em grupos ou "guetos", como constata Cardoso, levando a uma simplificação, à crença de que apenas o mercado ou a cultura de massa reúnem os cidadãos numa identidade nacional. Os valores que balizam as sociedades nacionais e as relações entre suas camadas estão esmaecidas. O fascínio do novo pelo retrato da realidade mostrado pela TV desvia a atenção dos verdadeiros elementos que compõem a identidade nacional: "uma história comum, uma herança cultural, uma trajetória coletiva – com êxitos e dificuldades – e um sentido de futuro".[30]

De fato, constata-se que a democracia efetivamente construída, em nível global,

---

[26] Alain Touraine, sociólogo francês, tornou-se conhecido por ser pai da expressão *sociedade pós-industrial.* Seu trabalho é baseado na *sociologia de ação* e seu principal ponto de interesse tem sido o estudo dos movimentos sociais. Touraine acredita que a sociedade molda o seu futuro através de mecanismos estruturais e das suas próprias lutas sociais. Tem estudado e escrito acerca dos movimentos de trabalhadores em todo o mundo, particularmente na América Latina e, mais recentemente, na Polônia e desenvolveu um método de pesquisa denominado *intervenção sociológica*. Ver: TOURAINE, Alain. **O que é democracia?** Trad. Guilherme João de Freitas. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

[27] Idem, ibidem, p. 19.

[28] TOURAINE, Alain. Op. cit., p. 79; ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**. Op. cit., p. 212-213.

[29] Idem, ibidem, p. 80-81.

[30] CARDOSO, Fernando Henrique. Ibidem, p. 19.

experimenta um momento de baixa legitimidade. O exercício do poder meramente delegado à representação não satisfaz as expectativas da cidadania. Por outro lado, há uma visível apatia, uma descrença generalizada nas possibilidades de transformação pela política. Esse descrédito nas instituições, de fatores múltiplos, provém de escândalos de corrupção, de uma cultura patrimonialista e clientelista, assim como de uma acentuada submissão do político ao econômico.[31]

Sobre a apatia política, Fernando Salvater lembra que os antigos gregos denominavam a quem não se envolvia em política de *idiotés*, vocábulo que significava pessoa isolada, sem nada oferecer às demais, obcecada pelas mesquinharias de sua casa e, por isso mesmo, manipulada por todos.[32]

3. A CRISE DA REPRESENTATIVIDADE E DA DEMOCRACIA

Para o sociólogo Boaventura Sousa Santos, o modelo hegemônico de democracia –, representativa –, apesar de globalmente triunfante, hoje garante uma democracia de baixa intensidade "baseada na privatização do bem público por elites mais ou menos restritas, na distância crescente entre representantes e representados e em uma inclusão política abstrata feita de exclusão social".[33]

Todavia, apesar dos problemas emergentes da democracia representativa, há a percepção de que a representatividade constitui a única solução possível nas democracias de grande escala para o problema da autorização.[34]

Nesse particular, Robert Dahl – cientista político americano – formula equação interessante, ao entrever verdadeiro dilema da participação do cidadão na democracia em face da eficácia do sistema. Para ele, quanto menor a unidade democrática, maior seu potencial para a participação do cidadão e menor a necessidade de que os cidadãos venham a delegar as decisões de governo a representantes. Ao revés, quanto maior a unidade, maior a capacidade para tratar de problemas importantes para os cidadãos e maior a necessidade de delegarem as decisões a

---

[31] DEXHEIMER, Marcus Alexsander. **Estatuto da Cidade e Democracia Participativa**. Florianópolis: OAB/SC, 2006, p. 27; ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**. Op. cit., p. 213.
[32] Ver sobre o assunto: DEXHEIMER, Marcus Alexsander. Idem, p. 27.
[33] SANTOS, Boaventura de Sousa. Prefácio. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 32.
[34] SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). Op. cit. p. 48.

representantes.[35]

Apesar das vantagens do sistema representativo, Dahl aponta um lado sombrio desse tipo de governo – a negociação entre as elites. É que num governo representativo muitas vezes os cidadãos delegam imensa autoridade arbitrária para decisões de importância extraordinária. Essa delegação, entretanto, não se dá apenas aos representantes eleitos, mas percorre um trajeto ainda mais indireto e tortuoso, alcançando administradores, burocratas, funcionários públicos, magistrados e, em grau ainda maior, as organizações internacionais.[36]

O filósofo britânico Richard Wollheim[37] sustenta que grande parte da crítica formulada às instituições representativas é por demasiado exagerada, por assimilar os abusos do sistema. Lembra, todavia, que a democracia não pode ser autogarantida. Está exposta a riscos. A democracia, por isso mesmo, pode ser chamada, justificadamente, de um "risco calculado".[38]

Um problema certamente importante nessa discussão diz respeito à própria crise do Estado contemporâneo, a projetar incertezas sobre seu futuro, com reflexos diretos sobre o sistema de governo democrático representativo.

O Estado, para as diferentes nações, de acordo com Jean-Marie Guéhenno, deixou de ser a manifestação laica de uma ordem que dá a ele sentido e verdade. Tornou-se, ao contrário, uma combinação precária e modificável de serviços que possibilita às comunidades humanas, elas próprias mutantes, administrar eficientemente seu destino. Muitos países já estariam deixando de manter a ficção de unidade de representação moral do Estado, delegando suas funções para inúmeras agências executivas, cujas atuações são cada vez menos atreladas ao orçamento único e mais submetidas ao controle direto, fundado na administração com transparência.[39]

> O Estado não é mais o ponto de passagem obrigatório entre o particular e o geral, entre o interesse público e o particular. Sua permanência também está sendo repensada, à medida que se modificam as fronteiras entre atores públicos e atores privados, e que os atores privados se tornam portadores e gestores dos interesses públicos. A política se privatiza, e as atividades privadas adquirem um significado político. Em meio à desintermediação política, o Estado não é mais o ponto central em torno do qual se organiza a comunidade política. Ainda é um ator importante, mas deve, a cada dia, humildemente, justificar sua utilidade junto dos outros atores que lhe fazem concorrência.[40]

---

[35] DAHL, Robert A. **Sobre a** democracia. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: UnB, 2001, p. 125.
[36] DAHL, Robert A. Op. cit., p. 128.
[37] WOLLHEIM, Richard. *Democracia*. In CRESPIGNY, Antony de; CRONY, JEREMY (Eds). **Ideologias Políticas**. Trad. Sérgio Duarte. 2. ed. Brasília: UnB, 1999, p. 103-104.
[38] WOLLHEIM, Richard. Op. cit., p. 104.
[39] GUÉHENNO, Jean-Marie. **O futuro da liberdade**. Trad. Rejane Janowitzer. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 54.
[40] Idem, ibidem, p. 54-55.

Ser democrata hoje, pondera Guéhenno, é persuadir-se de que uma comunidade humana é sempre tanto resultado de contingências históricas quanto o produto de uma decisão política na qual a razão tem de se expressar. Descobrir o justo equilíbrio entre a memória e o contrato, a comunidade de herança e a comunidade de escolha e entre as contingências da História e as exigências da razão é possivelmente o problema mais difícil e importante para a vitalidade de nossas democracias, porque "introduz no interior de nosso mundo funcional uma interrogação, que é a condição de nossa liberdade".[41]

O modelo de democracia *dos modernos*, como alternativa possível em uma sociedade que se complexificou, nesse balanço, encontra-se numa verdadeira encruzilhada, na leitura de José Luiz Bolzan de Morais, seja pelo câmbio dos modelos/sistemas produtivos, seja pela destruição dos espaços tradicionais de decisão coletiva e coercitiva, tornando-se um instrumento incapaz de oferecer respostas adequadas a todos os anseios, pretensões e intenções sociais.[42]

Várias são as circunstâncias que afetam e que são responsáveis por essa crise de fazer política, e portanto de decidir, segundo Morais. Em primeiro plano, o número crescente de pessoas que conquistaram a inclusão no jogo político, fato que inviabilizou a tomada de decisão por todos os interessados através das *assembleias de cidadãos*, ou outro modo de participação coletiva direta. Em segundo plano, as dificuldades técnicas do tipo e do conteúdo dos temas discutidos, fato que tornou a política frequentemente refém das "práticas mercadológicas, das referências tecnológicas, das estatísticas, das probabilidades e das valorações macro e microeconômicas", a exigir um conhecimento técnico-profissional dominado por uma racionalidade instrumental, dificultando/inviabilizando a empreitada política como "jogo dialético/dialógico de pretensões". Por último, o tamanho de assuntos por decidir, fato que implicou em "uma atividade *full time* e profissional da política que exclui o cidadão" do debate político. Este se encontra ocupado demais em prover o seu cotidiano. Na mesma medida essa circunstância afasta o político do debate público dos temas a que é chamado a decidir, "marcado que está por uma postura burocrático-profissional contraditória com a forma e o conteúdo da política".[43]

Em vista dos níveis de debilitação do espaço público da política e da sua economização, em

---

[41] Idem, ibidem, p. 190-191.

[42] MORAIS, José Luiz Bolzan. "Crise do Estado e da democracia. Onde está o povo". In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes (org.). **Democracia, Direito e Política**: Estudos Internacionais em Homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, 116.

[43] MORAIS, José Luiz Bolzan. Ibidem, p. 116.

nível global, Morais visualiza a tendência de desaparecimento de alternativas reais de eleição dos representantes, pelo desaparecimento de alternativas reais de escolha, pela mercantilização da política e marquetização das candidaturas, levando o cidadão-eleitor a um processo de apatia e desinteresse ou, o que é pior, de menosprezo pela política diante da percepção da total desnecessidade das eleições – ou de sua participação no jogo eleitoral, posto que tal jogo já está feito, as alternativas inexistentes e os resultados previamente determinados.[44]

De todo modo, a assunção da democracia como incerteza não significa um prognóstico de sua finitude. Representa sim uma possibilidade de transformação sistemática das significações políticas que passa iniludivelmente por um projeto alicerçado em estratégias decisórias que contemplem a efetiva participação de todos, pela forma direta, participada ou representativa.

Na leitura de Leford, esta democracia apreendida como incerteza inaugura a experiência de uma sociedade inapreensível, indomesticável, na qual o povo dito soberano não cessará de questionar sua identidade, que permanecerá latente[45] e que necessita ser sentida, na ótica de Warat[46], como uma invenção constante do novo, como uma condição que comanda nossos processos de autonomia, abrindo-os à imprevisibilidade de suas significações.[47]

4. AS RELAÇÕES ASSIMÉTRICAS ENTRE OS PODERES NO BRASIL E A CRISE DA REPRESENTAÇÃO

Numa perspectiva local, a consolidação institucional da democracia brasileira, além dos problemas sociais emergentes de uma sociedade profundamente desigual e injusta e de baixo índice de cultura cívica, enfrenta um problema político que se revela particularmente grave, que diz respeito às relações assimétricas entre os três Poderes da República. O atual sistema potencializa o Executivo, em desfavor de um Legislativo com baixa legitimidade, e repatria para o Judiciário demandas de caráter político e social que teoricamente estariam na órbita da representação.

Por tudo isso, a doutrina tem afirmado a existência de um déficit no nosso modo de funcionamento da democracia que, tornado constante, poderia pervertê-la em um sistema de

---

[44] Idem, ibidem, p. 118.
[45] LEFORT, Claude. **A Invenção Democrática**: Os limites do totalitarismo. São Paulo: Cia. Das Letras: 1987, p. 118.
[46] Ver: WARAT, Luiz Alberto. **A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000, 200 p.; _____. **Manifesto do Surrealismo Jurídico**. São Paulo: Acadêmica, 1988.
[47] MORAIS, José Luiz Bolzan. Ibidem, p. 123-124.

procedimentos formalizados tendentes a se fechar às expectativas e demandas sociais.[48]

Tal déficit é perceptível, na ótica de Werneck Vianna, pela predominância do Executivo sobre o Legislativo, evidenciada pela prática abusiva da edição de Medidas Provisórias, notadamente em matérias não compreendidas na cláusula da reserva de emergência prevista na Constituição, subtraindo, no processo decisório sobre temas estratégicos para os rumos da sociedade, a formação da opinião não só no âmbito parlamentar, mas também da sociedade civil. A ultrapassagem da deliberação parlamentar, estaria a refletir o sintoma da assimetria entre esses dois Poderes. O mais preocupante é que esse processo de ultrapassagem tem a aparente conivência do próprio Parlamento, quando este, por exemplo, opta por não votar as Medidas Provisórias, camuflando complexos mecanismos de cooptação exercidos pelo Executivo junto à sua maioria parlamentar, mercadejando o silêncio obsequioso com a liberação de recursos para projetos de interesse de suas bases eleitorais.[49]

Essa delegação viciosa por parte do soberano tem gerado um circuito vicioso nas relações entre o vértice do Executivo com as bases locais, mediadas por parlamentares com acesso aos recursos públicos, dando lugar à política assistencialista com que o governo procura se legitimar. Nesse circuito é que se percebe a dissociação recorrente entre representantes e representados e se reduz a cidadania "a uma massa passiva, mero objeto de políticas compensatórias e dos eventuais benefícios provenientes das máquinas que manipulam clientelas".[50]

Assim, se o civismo, por definição, implica a existência de uma esfera pública que se abre à participação de todos, as práticas prevalecentes de diminuição do papel do Legislativo na formulação da agenda política do país mínguam a sua função institucional de ser responsivo às demandas da cidadania e as possibilidades de se conectar ativamente com a sociedade civil. A gravitação do Legislativo em torno do Executivo, de que é testemunha a presença de muitas das principais personalidades de diferentes partidos à testa de ministérios, em um simulacro de regime parlamentarista que apenas reforça aquele último Poder, induz à retração da esfera pública e cerceia suas possibilidades de contato com o mundo da opinião. Por meio dessa

---

[48] VIANNA, Luiz Werneck. "Apresentação". In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 8.

[49] VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Op. cit., p. 8-9. Para agravar esse quadro, está tramitando na Câmara dos Deputados uma Proposta de Emenda à Constituição que foi apelidada de "PEC do orçamento impositivo". Apesar do apelido, o objetivo daquela proposição não é tornar obrigatória a execução de toda a despesa do orçamento. A proposta ali contida é tornar obrigatória a execução de parte das despesas agregadas ao orçamento pelo Congresso Nacional, sob a forma de emendas individuais de parlamentares.

[50] Idem, idem, p. 9.

operação, realizada no âmbito das relações entre esses dois Poderes, esvazia-se a substância democrática do regime de 1988.[51]

Nessa contingência, o público torna-se um ambiente sob o domínio do Executivo e das lideranças de sua maioria congressual, que passa a decidir, em estilo monocrático, sobre interesses e valores que vinculam a todos. O Executivo, nessa distorção, arroga-se o papel de intérprete da vontade geral. Submete suas "interpretações", usualmente confinadas ao âmbito deliberativo da tecnocracia estatal, à confirmação da maioria. Especialmente no tocante às questões econômicas, a opinião e o fluxo das opiniões, nesse contexto limitador de uma cultura cívica, não encontram meios e modos de tradução de sua vontade na esfera pública.[52]

De outra parte, o desenho institucional presidencialista da Constituição de 1988, para Maria Tereza Sadek, conferiu ao Judiciário um estatuto de *poder*, alterando sua identidade. Deixou de ser um mero aplicador das leis e dos códigos, alçando-se à condição de agente político, incumbindo-lhe, dentre outras funções, controlar a constitucionalidade das leis e arbitrar conflitos entre os Poderes Executivo e Legislativo.[53]

Nessa perspectiva, não há, em tese, decisão proferida pelo Executivo ou aprovada pelo Legislativo que não seja justiciável, passando pela apreciação jurisdicional. O Poder Judiciário, dessa forma, constitui-se em um ator com capacidade de provocar significativos impactos no embate político, na elaboração de políticas públicas, bem como na sua execução.[54]

5. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DAS RELAÇÕES SOCIAIS NO BRASIL

A par disso, atuando reativamente aos efeitos do estreitamento da esfera pública tem-se observado um movimento crescente por parte da sociedade civil, das minorias políticas, das organizações sociais e do próprio cidadão, que recorrem ao Judiciário "contra leis, práticas da Administração ou omissões quanto a práticas que dela seria legítimo esperar, originárias tanto do Executivo quanto do Legislativo". A judicialização desse movimento tem logrado eventualmente limitar a ação legislativa do Executivo através de novos institutos processuais como a ação popular

[51] VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Idem, ibidem, p. 9.
[52] VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Idem, ibidem, p. 10.
[53] SADEK, Maria Tereza. "Judiciário e Arena Pública: Um Olhar a partir da Ciência Política". In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 1-32.
[54] SADEK, Maria Tereza. Op. cit., p. 15.

e a ação civil pública, que tem tornado possível a defesa do cidadão contra o Estado e o poder econômico. O caráter afirmativo desse processo adquiriu tal relevância que hoje é plausível pensar em judicialização da política e das relações sociais como uma dimensão da sociedade brasileira.[55]

Nesse aspecto, a Constituição de 1988 redefiniu as relações entre os Três Poderes da República, dando eficácia ao sistema do *judicial review*, ampliando os sujeitos institucionais da sociedade civil "na comunidade de intérpretes com direito à participação no controle da constitucionalidade das leis". Essa inovação possibilitou que segmentos organizados da sociedade civil passassem a ter legitimação para provocar a intervenção do Supremo Tribunal Federal para discutir a inconstitucionalidade de lei ou de norma da Administração. De igual sorte, os institutos da ação popular e da ação civil pública foram constitucionalizados com maior abrangência. O Ministério Público, por sua vez, foi refundado, agora com a incumbência de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis. Essa nova formatação institucional possibilita, através da procedimentalização da aplicação do direito, a criação de outro *locus*, ainda que embrionário, de manifestação da esfera pública, com capacidade de atuação sobre o poder político, conectando o cidadão e suas associações com o Poder Judiciário.[56]

Esse novo lugar da esfera pública, erigido em torno do direito, de suas instituições e procedimentos, "estaria mobilizando formas e mecanismos de representação funcional, como o Poder Judiciário, o Ministério Público, o sindicalismo, as ONGs e a vida associativa em geral", sem a pretensão de concorrer com o sistema de representação política. Em verdade, as duas formas de representação – a funcional e a política – atuariam em uma relação de complementaridade, de reforço recíproco. Essa relação de complementaridade, extraída da tradição republicana brasileira, estaria atuando de forma compensatória em relação ao déficit democrático, especialmente contra a intervenção legislativa do Executivo. A ilustrar essa premissa, a evidência de que são os partidos minoritários no Parlamento, assim como as organizações sindicais, os dois personagens sociais que usualmente mais utilizam as Ações Diretas de Inconstitucionalidade.[57]

---

[55] VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Idem, ibidem, p. 10-11.

[56] VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Idem, ibidem, p. 11. Diga-se que o STF no período de 1988 a março de 2010, segundo dados coletados por Maria Tereza Sadek, recebeu distribuição de 4.383 Ações Diretas de Inconstitucionalidade, tendo, no período de 1988 a 2002, concedido decisões liminares ou de mérito invalidando parcialmente mais de 200 leis federais. Confrontando a experiência brasileira com a de outros países, anota a autora, que no período de 1994 a 2002, a Corte mexicana, com remédios jurídicos assemelhados à ADIN, julgou a constitucionalidade de pouco mais de 600 leis, invalidando, todavia, somente 21 leis federais. A Corte norte-americana, por outro lado, em toda a sua história invalidou apenas 135 leis federais (p.17).

[57] VIANNA, Luiz Werneck. Ibidem, p. 11-12.

O fortalecimento do Judiciário, bem como das demais instituições do sistema de justiça, tais como Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia, deu-lhes maior visibilidade social e política. Os agentes políticos, para Sadek, encontraram no Judiciário um novo interlocutor e uma nova arena, tanto para seus confrontos quanto para contestar políticas governamentais e decisões de maiorias legislativas. O cidadão, de outra parte, localizou na instituição um espaço para a solução de disputas e para a garantia dos mais variados direitos.[58]

Acerca do déficit democrático, pode-se concluir que não tem origem em matriz constitucional, nem deriva do plano da política ou da sociabilidade, mas, segundo Werneck Vianna, do desencontro entre elas. A melhor expressão desse desencontro seria o insulamento do Legislativo em relação à sociedade civil. Apesar da constatação da existência de relações assimétricas e desarmônicas entre os Três Poderes do país, essa circunstância tem propiciado condições favoráveis para uma adequação criativa da democracia mesmo num cenário adverso, confirmando outra tradição da cultura política do país, qual seja, "a do pragmatismo quanto à manipulação de formas e procedimentos". A própria representação funcional coexistindo com a representação política é um exemplo desse pragmatismo, embrião que poderá vir a formar uma *cidadania complexa* mais um exemplo de adaptação criativa da nossa cultura política à má contingência, extraindo vantagens do *atraso* para a construção de uma moderna democracia.[59]

A generalização da representação funcional sugere, ainda, a criação de equivalentes funcionais de democracia direta, sem dúvida presentes na concepção da Constituição como obra aberta de Häberle[60], tão influente na elaboração de várias Constituições recentes, inclusive na brasileira, que prevê a participação, entre outras, da sociedade civil organizada e do Ministério Público no controle da constitucionalidade das leis, este último uma agência criada pelo texto constitucional com o fim de exercer representação funcional.[61]

O Judiciário brasileiro, por isso mesmo, vive um processo de construção institucional, redefinindo parâmetros e passando por uma série de transformações em condições

---

[58] SADEK, Maria Tereza. Op. cit., p. 17. No pertinente à cidadania, observa Sadek, "a consagração de uma ampla gama de direitos – de primeira, de segunda e de terceira gerações – e a democratização no acesso à justiça estimularam uma extraordinária procura por soluções judiciais. Com efeito, os números relativos à entrada de processos no Poder Judiciário mostram um crescente e contínuo aumento na quantidade de ações. Para ilustrar bastaria recorrer a indicadores relativos à evolução na demanda nos últimos anos: em 2003, registrava-se uma média de um processo para cada 10,20 habitantes; cinco anos depois, em 2008, essa média atingiu um processo para cada três habitantes" (Op. cit., p. 17).

[59] VIANNA, Luiz Werneck. "Apresentação". Ibidem, p. 15-16.

[60] Sobre o conceito de constituição como obra aberta, ver: HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional:** A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

[61] VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Op. cit., p. 371.

absolutamente excepcionais, desde o sistema presidencialista, à amplificação dos direitos constitucionalizados até mudanças no interior da própria magistratura, fomentando um quadro altamente favorável ao protagonismo judicial. De fato, magistrados, segundo Sadek, têm marcado presença na arena pública, não limitando sua atuação à resolução de disputas entre as partes, mas tendo uma atuação abrangente na vida social, na equação de problemas de política pública, em temas atinentes à coletividade e à sociedade como um todo. Para ilustrar, basta recordar que o Supremo Tribunal, dentre vários temas, decidiu sobre a fidelidade partidária; sobre o direito de greve dos servidores públicos; nepotismo no serviço público; uso de algemas; uso de células-tronco; lei de imprensa; cotas nas universidades; interrupção de gravidez de feto a encéfalo; união homoafetiva; poder de investigação do Ministério Público; escuta telefônica, reserva indígena, etc. numa lista extensa e repleta de temas sensíveis e polêmicos.[62]

Não se verifica, portanto, uma migração do lugar da democracia para o da Justiça, mas da sua ampliação pela generalização da representação, que pode ser ativada tanto pela cidadania política nas instituições clássicas da soberania quanto pela "cidadania social".

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para concluir, é importante desafiar a todos para a reinvenção do político, do ético, do social, do econômico, do existencial na gramática da vida, para a suplantação desta crise e a refundação de uma democracia substantiva, expressa não numa metáfora de representação, mas numa sintonia confiável com a sociedade civil, inspirada nos signos da liberdade, da igualdade e da fraternidade universal, resgatando os conceitos clássicos da revolução francesa.

O desafio de agora, para Warat, na mesma linha de Legandre, é *reinventar, refundar, repensar* tudo o que nos foi obrigado a pensar desde as escolas, academias, instituições, desde os lugares comuns dos expertos. Repensar tudo o que nos colocou em situação de discriminação, opressão, exclusão, seja no lugar do opressor ou do oprimido, do discriminado ou do discriminador. Reinventar as visões do mundo. "Um repensar de coração aberto e atento a tudo o que pode dar-se com o outro, desarmado de certezas ideológicas", para encontrar vínculos que possamos brindar com o outro, "procurando as palavras, os relatos, as ilusões, que nos ajudem a olharmos a nós mesmos", como seres humanos substantivos. Enfim, "um tentar pensar de outro

[62] SADEK, Maria Tereza. Op. cit., p. 2 e 28.

modo”[63], a procura do novo que se projeta inquietantemente no presente e no futuro!

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

_____. Processo e Democracia: **O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito.** Vol. 3/Pedro Manoel Abreu. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 261-262 (Coleção Ensaios de Processo Civil. Coord. Eduardo de Avelar Lamy; Pedro Manoel Abreu; Pedro Miranda de Oliveira).

BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

_____. **Globalização:** As consequências Humanas. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, 145p.

BOBBIO, Norberto. **O Tempo da Memória. De Senectute e outros escritos autobiográficos**. Prefácio de Celso Lafer. Tradução (do italiano) Daniela Versiani. Rio de Janeiro, Campus, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**: Temas Políticos e Constitucionais da Atualidade com ênfase no Federalismo das Regiões. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CARDOSO, Fernando Henrique. “I – A construção da democracia: A revitalização da arte da Política”. In: ZANETI, Hermes (Org.). **Democracia a grande revolução**. Brasília: UnB, 1996.

CRESPIGNY, Antony de; CRONY, JEREMY (Eds). **Ideologias Políticas**. Trad. Sérgio Duarte. 2. ed. Brasília: UnB, 1999.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: UnB, 2001.

DEXHEIMER, Marcus Alexsander. **Estatuto da Cidade e Democracia Participativa.** Florianópolis: OAB/SC, 2006.

HOBSBAWN, Eric. **Era dos Extremos**: o breve século XX – 1914-1999. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

[63] WARAT, Luis Alberto. Prefácio. Op. cit., p. 15-16.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia no limiar do século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FREUD, Sigmund. **O Mal-Estar na Civilização**. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Penguim/Companhia das Letras, 2011.

FUKUYAMA, Francis. **O Fim da História e o Último Homem**. 4. ed. Gradiva, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, 513 p.

GUÉHENNO, Jean-Marie. **O futuro da liberdade**. Trad. Rejane Janowitzer. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HAFEZ, Rogério. Nietzsche um "crítico" à ciência? Leitura do aforismo 344 de a Gaia Ciência. In: **http://www.usp.br/revistausp/28/16-hafez.pdf.** Consulta eletrônica de 10.09.2014.

LLOSA, Mário Vargas. **A civilização do espetáculo: Uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura**. Trad. Ivone Benedetti. 1. Ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

MORIN, Edgar. **Rumo ao Abismo?** Ensaio sobre o destino da humanidade. Trad. Edgard de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

MORAIS, José Luiz Bolzan. *Crise do Estado e da democracia. Onde está o povo*. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes (org.). **Democracia, Direito e Política**: Estudos Internacionais em Homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

NIETZSCHE, Friedrich. **A Gaia Ciência**. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, 368p.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Prefácio. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SADEK, Maria Tereza. "Judiciário e Arena Pública: Um Olhar a partir da Ciência Política". In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013

TOURAINE, Alain. **O que é democracia?** Trad. Guilherme João de Freitas. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

VIANNA, Luiz Werneck *et al*. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002

WARAT Luis Alberto. Prefácio à 1ª Ed. In: ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais:** O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

_____. **A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000, 200 p.;

_____. **Manifesto do Surrealismo Jurídico**. São Paulo: Acadêmica, 1988.

_____. **Eco-cidadania e direito: alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação**. Sequência, Florianópolis, n. 28.

WOLLHEIM, Richard. *Democracia*. In CRESPIGNY, Antony de; CRONY, JEREMY (Eds). **Ideologias Políticas**. Trad. Sérgio Duarte. 2. ed. Brasília: UnB, 1999.

TRANSPARÊNCIA ENQUANTO PRETENSÃO JURÍDICA GLOBAL[1]

Márcio Ricardo Staffen[2]

Maurizio Oliviero[3]

INTRODUÇÃO

O estudo que se apresenta objetiva analisar o processo de transnacionalismo e direito global com foco no desenvolvimento da máxima de transparência como pretensão jurídica global. Portanto, não se trata de escrito com a pretensão de estabelecer conclusões definitivas e duradouras. Antes, porém, investiga e ilustra o maturar deste primado no complexo regime global em vias de desenvolvimento e consolidação, capazes de enriquecer no leitor um panorama de compreensão.

A modesta empreitada acerca do fenômeno do Direito Global que se inaugura com estas palavras necessita zarpar da compreensão de limites. Eis o desafio preliminar, pois a inteligência sobre limites desafia e move múltiplas ciências, que paradoxalmente transitam pela tensão entre confrontação e alinhamento, mas que assegura o eixo gravitacional necessário para a sequência dos trabalhos.

---

[1] Texto produzido a partir do Grupo de Pesquisa Transnacionalismo e Circulação de Modelos Jurídicos (IMED/CNPq), com fomento da Fundação Meridional e da Agenzia per il Diritto allo Studio Universitario dell'Umbria (ADISU), iniciado em junho de 2014.

[2] Doutor em Direito Público pela Università degli Studi di Perugia (Itália). Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Pesquisador do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – IMED, Passo Fundo/RS. Professor Honorário da Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Peru). Advogado (OAB/SC). Endereço: Rua Senador Pinheiro, 304, bl. B, sl 405. Vila Rodrigues, Passo Fundo, RS, Brasil, CEP 99070-220. Email: marcio.staffen@imed.edu.br

[3] Doutor em Direito Público pela Università di Roma "Tor Vergata" (Itália). Realizou curso de especialização em Direito Público pela Universidad de Alicante (Espanha); curso de especialização em Direito Público Econômico junto a Univerzita Karlova IV v Praze (República Tcheca); curso de especialização em Direito Parlamentar e Técnica de Legislação junto a Università degli Studi di Firenze em parceria com a Câmara dos Deputados (Itália); curso em Direito Comunitário no Istituto Guiridico della Repubblica di San Marino (São Marino). É Professor Titular de Direito Público Comparado na Università degli Studi di Perugia (Itália). Professor Visiting na Columbia University - New York (EUA). Professor Visitante na Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (Brasil); na Universidad de Alicante (Espanha); na Al-Quds University of Jerusalem (Israel) e na Üniversite Eskesir (Turquia). Nomeado consultor científico para a redação do Estatuto da região da Umbria. Conselheiro jurídico junto a Presidência da Câmara dos Deputados da Região da Umbria. Conselheiro jurídico da Presidência da Câmara dos Deputados do Parlamento Italiano. Responsável científico do Programa Justice Now para a Primeira Câmara Arbitral na Palestina pelo Ministério do Exterior Italiano. É membro do Tavolo Internazionale per la Cooperazione e la Pace in Medio Oriente. Enviado à Conferência Mundial de Atenas (1996) e relator do Colóquio Internacional de Beirut (1998) pela Câmara dos Deputados do Parlamento Italiano. Via A. Pascoli, 33, 06123, Perugia, PG, Italia. E-mail: oliviero@unipg.it

Ao tempo em que Giordano Bruno refutou a máxima heliocêntrica limitada ao nosso sistema solar, os processos de transnacionalismo e de globalização do jurídico originaram um substrato para o Direito Global, principalmente pelo exaurimento das estruturas tradicionais de produção, interpretação e aplicação das normas (a atualidade exige, de igual forma, uma apreciação zelosa, sobretudo, nos processos de circulação de modelos). Em verdade, tal qual aconteceu com a tese de Copérnico, se vislumbra com a *Stufenbau*, de Hans Kelsen (mas não só do jurista austríaco). Vale ressaltar que não está em cravar o epitáfio das ideias de Kelsen, e sim em demonstrar sua impotência formal e substancial com o espraiamento do universo jurídico para espaços ilimitados. Este é o objetivo e o paradoxo existencial deste texto.

Sem embargo, todavia, não se está pela primeira vez na história a se discutir os limites, sua expansão e a implementação de bases jurídicas. Contudo, diverso do ocorrido no colonialismo americano, asiático e africano, o que se discute neste momento não é tão-somente a importação e mutação de novas tradições jurídicas em espaços geográficos, físicos e políticos definidos. Pelo contrário, o que se assinala é justamente a erosão dos cenários geopolíticos habituais. O domínio territorial deixou de ser essencial. De igual sorte, as linhas limítrofes típicas.

Porém, não é só. Ao tempo em que as relações jurídicas saltaram de seus limites consolidados e tradicionais, o indivíduo em igual medida fora apresentado para novos horizontes, em decorrência das descobertas neuro-científicas, da expiação dos impulsos psicológicos, da revolução bio-médica-química e da existência em *second life*. Logo, a compreensão humano-desumano/local-global, isto é, novas manifestações de poder conclamam a existência de um novo paradigma de Direito, que seja, oxalá, suficientemente herege para lidar além dos limites. As linhas imediatas procuram justamente tratar dos paradoxos do Direito decorrentes dos fluxos globalizatórios, a partir da Ciência Jurídica, reconhecendo de antemão o retardo desta mirada, em comparação com a sociologia, ciência política ou com a economia.

A sociedade contemporânea da globalização, da revolução tecnológica, da desterritorialização do Estado, do fenecimento das estruturas tradicionais do constitucionalismo desvela um tempo de grandes mudanças e transformações, as quais atingem espaços jurídicos, políticos, econômicos e até culturais. Surgem, então, novos direitos, novos atores sociais e novas demandas, as quais reclamam novas formas de equacionamento e proteção de bens juridicamente considerados relevantes.

Não por acaso se depare com uma paradoxal bifurcação de caminhos: uma época de mudança e a mudança de uma época. Utopias, valores, conceitos, ideias e práticas tradicionais acabaram por serem realocadas em novos espaços de compreensão. Uma compreensão que já não se acomoda em rótulos maniqueístas e que necessita depurar os efeitos precipitados de esquizofrenias dos referentes atribuídos à globalização ou, até mesmo, de esquizofrenias globalizatórias (universalistas).

Nesta quadra, importante destacar o cambiamento de cento e oitenta graus que pesa sobre as práticas advindas da Modernidade de publicidade, informação, participação e transparência. Em preliminar, necessário apontar o rebaixamento categórico do critério de publicidade da administração da *res publica*, em virtude da relatividade das informações que expõe e dos arranjos possíveis de serem efetuados. Grosso modo, na constância do império da publicidade apenas as decisões finais tornaram-se públicas, de modo que a notícia portada pode ser facilmente construída nos porões do "Ministério da Verdade", de George Orwell.

Para tanto, eis que surge um novo paradigma de construção e apresentação dos atos administrativos. Muda, em essência, o momento de aferição e acompanhamento dos atos, não mais em sua versão final, mas ao tempo em que se processa sua confecção. Ao tempo em que a publicidade fora a pedra de toque, neste quesito, aos assuntos de governo; agora, reclama precedência à transparência na pauta de governança instituída em sede de Direito Global.

1. O QUE É ISSO - DIREITO GLOBAL?

Em resumo, breve e antecipado, o Direito enquanto construção social aplicada, tem como condição primeira a procura de instrumentos de limitação dos poderes, sobretudo. Já não é mais apenas meio de ordenação social. Com isso, necessita guardar em seu bojo uma perspectiva de *dever-ser*, de funcionalidade social. O surgimento de novas matrizes de poder exige um novo direito de contenção dos excessos e projeção de expectativas realizáveis em um futuro próximo.

Ainda que a História não tenha chegado ao seu fim, conforme profetizou Francis Fukuyama[4], certamente o Estado Constitucional em suas promessas liberais, sociais e democratas não foi adimplente, ao ponto de constituir mitologias jurídicas, nos dizeres de Paolo Grossi[5]. Tanto

[4] FUKUYAMA, Francis. **O fim da história e o último homem**. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.
[5] GROSSI, Paolo. **Mitologie giuridiche della modernità**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2007.

na gramática, quanto na prática várias são as disposições constitucionais que se encontram à espera de satisfação ou, que de pronto foram revogadas em face da sua (suposta) impossibilidade.

Intacto neste processo de descalcificação não restou o ordenamento jurídico. Afinal, conforme adverte Cotterrell[6], o ordenamento jurídico não será relevante a menos que a lei (em sentindo amplo) seja capaz de produzir efeitos na sociedade. Destaque-se não tão-somente a impotência jurídica como causa deste inadimplemento, some-se neste quadro os vultos impeditivos e/ou promocionais decorrentes de condições nacionais, regionais, internacionais[7], tecnológicas, sociais e, especialmente, econômicas.

Notadamente os processos de globalização de maneira crescente criaram um mercado mundial, uma nova ordem supra e transnacional que permite a livre circulação de capitais, mercadorias, bens e serviços. Fez-se espaço para o exercício de um poder hegemônico de natureza técnico, econômico e financeiro espraiado planetariamente, o qual demonstra a redução (crise) do Estado[8] e institui instrumentos de governança global. Contudo, o transnacionalismo não se restringe às fileiras de uma operação internacional arquitetada plenamente pela autonomia da vontade, inclusive na possibilidade de se escolher uma regra de direito, como pensou no início Philip Jessup[9].

Com clareza ímpar se vislumbra nos dizeres de Gomes Canotilho o ataque contínuo ao estatalismo centralizador e unitário de inspiração hegeliana. Ao tempo em que a ausência de um Estado europeu não é, via articulações silogísticas, empecilho para a aprovação de uma Constituição da União Europeia, não é, por si só, travejamento para o desenvolvimento de um direito global[10]. O Estado perdeu sua habilitação de único senhor da ordem[11].

> Queste connessioni, combinandosi con imponenti flussi migratori, determinano un progressivo superamento dei confini statali che, affrancando le Costituzioni dal territorio (Zagrebelsky), cioè deterritorializzando la sovranità, genera la consapevolezza che ciascuno Stato non dispone più degli

---

[6] COTTERRELL, Roger. **Law, culture and society.** Aldershot: Ashgate, 2006.

[7] Sobre tais circunstâncias ver: REPOSO, Antonio. Introduzione allo studio del diritto costituzionale e pubblico. PEGORARO, Lucio; REPOSO, Antonio; RINELLA, Angelo; SCARCIGLIA, Roberto; VOLPI, Mauro. **Diritto costituzionale e pubblico**. 3. ed. Torino: G. Giappichelli, 2009, p. 24 e ss.

[8] Merece reprodução nesta quadra a advertência de Sabino Cassese: "Infine, il transnazionalismo dell'ordine giuridico globale suggerisce cautela nel parlare di crisi dello Stato e di fuga verso il livello globale, perchè la dinamica del sistema amministrativo globale è largamente dipendente dallo Stato o da suoi frammenti." CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato**. Bari/Roma: Laterza, 2006, p. 12-13.

[9] JESSUP. Philip. **Direito transnacional**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.

[10] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **"Brancosos" e interconstitucionalidade**. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2008, p. 202-203.

[11] ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras**. Entre globalização e pós-globalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 03.

> strumenti normativi per soddisfare da solo i bisogni dei suoi cittadini, il loro benessere e la loro salute minacciata dai cibi transgenici, dai virus e dalle radiazioni che vengono da lontano.[12]

A partir da fragilidade dos tradicionais atores nacionais, espaços de debilidade passa(ra)m a serem ocupados, notadamente após a Segunda Guerra, por interesses transnacionais constituídos através de instituições novas, de difícil caracterização à luz do glossário político-jurídico Moderno[13]. A tradicional homogeneidade no pensamento político-jurídico fora perdida. Em maior ou menor medida instalou-se um cenário de tensão institucional, no qual as "velhas" instituições estatais e, por via idêntica os indivíduos, deparam-se com sensações de turbulência.[14]

Tal qual se manifestou Günther Teubner[15] a força motriz do Direito já não é mais os anseios de limitação jurídica dos poderes domésticos absolutos; mas, sobremodo, a regulação de dinâmicas policêntricas relacionadas com a circulação de modelos, capitais, pessoas e instituições em espaços físicos e virtuais. Nesta medida, necessário se faz reconsiderar as relações existentes entre Direito e Estado, entre público e privado, entre os diferentes cenários jurídicos e as autoridades legais, sob pena da exaustão dos modelos decorrentes de fraturas infindáveis.

Nestes termos, o declínio do Estado Constitucional nacional e a ascensão de um paradigma global de Direito decorre, substancialmente, da penetração de critérios de governança nos assuntos e políticas públicas dos Estados, logisticamente apoiado pelos avanços tecnológicos. A globalização econômica produz um processo de globalização[16] jurídica por via reflexa, que transcende a constatação de Crouch, uma vez que se observa em igual medida a globalização também dos comportamentos jurídicos, tal qual a opção pessoal e facultativa por precedentes na tradição do *civil law* entre outros "costumes"[17].

---

[12] REPOSO, Antonio. Introduzione allo studio del diritto costituzionale e pubblico. p. 26.

[13] STAFFEN, Márcio Ricardo; BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. Transnacionalización, sostenibilidad y el nuevo paradigma de derecho in siglo XXI. **Revista Opinión Jurídica** - Universidad de Medellín, v. 10, p. 159-174, 2011.

[14] GIUDICE, Alessio lo. **Istituire il postnazionale**. Identità europea e legittimazione. Torino: G. Giappichelli, 2011.

[15] TEUBNER, Gunther *et alii*. **Transnational governance and constitucionalism**. Oxford: University Oxford Press, 2004.

[16] Nestes termos: "Le grandi multinazionali hanno spesso superato la capacità di amministrazione dei singoli Stati nazionali. Se non apprezzano il regime fiscale o normativo in un Paese, esse minacciano di trasferirsi altrove e gli Stati entrano sempre più in competizione fra loro nella disponibilità di offrire condizioni favorevoli, poichè hanno bisogno di quegli investimenti." CROUCH, Colin. **Postdemocrazia**. Roma-Bari: Laterza, 2005, p. 35.

[17] Merece referência nesta quadra a manifestação do Tribunal Permanente de Revisão (MERCOSUL), na decisão consultiva n.01/2007 (Costa *vs.* ENEL). Nela, Wilfrido Fernández, presidente da Corte à época fundamentou seu voto, no primeiro processo de consulta submetido ao Tribunal para particularmente valer-se de decisões de Cortes europeias como *ratio decidendi* em matéria procedimental, instituindo em solo sulamericano a integração jurídica a partir da jurisdição-mãe dos países membros, a europeia. Contudo, seu voto restou vencido.

Assim, o processo de globalização necessita ser compreendido como expressão de uma interdisciplinaridade sistêmica[18]. Logo, o Direito Global, por mais incipiente que seja, tem como objeto a compreensão e a regulação das relações provenientes dos fluxos globalizatórios. Fluxos estes que não se restringem à globalização do segundo pós-guerra. Contudo, ainda que algumas bases de governar o mundo estejam sedimentadas na descoberta da América, a grande especificidade verte da policentricidade que governa a globalização do terceiro milênio.

Notadamente entre 1980 e 1990, a caracterização da concepção habitual de governo é transladada para a acepção governança (*governance*), a partir dos postulados de Rosenau e Czempiel[19], haja vista a combinação de instituições, políticas e iniciativas conjuntas com propósitos claros e definidos. Com isso, o problema de governar o mundo se funde em contextos que perpassam por alianças militares (OTAN); instituições intergovernamentais (ONU, UNESCO, UNICEF, OMS e afins); organismos regionais (Conselho Europeu); agremiações pós-imperialistas (*Commonwealth*, Comunidade dos Países de Língua Portuguesa); ordenamentos quase políticos (União Europeia, Mercosul, UNASUL); *summit* (G-20, G-8, BRICS) e outras milhares de ONGs.

Ainda que o fenômeno da globalização não se mostre uma novidade, certamente a crise econômica vivida em 2008, demonstrou substancialmente os diversos níveis de marcha deste processo de expansão. Notadamente a economia se globaliza com maior velocidade, em comparação com a política (e com os assuntos do Estado), criando, neste panorama, assimetrias entre economia global (transnacional) e a política nacional (não se podendo descartar a política comunitária).

Para Francis Snyder a globalização é governada pela totalidade de conjunções estrategicamente determinadas, contextualmente específicas e frequentemente episódicas, irradiadas de diversos lugares pelo mundo, com elementos institucionais, normativos e processuais específicos, mas não necessariamente exclusivos. Procede-se, nestes termos, a uma forma global de pluralismo jurídico[20]. Um pluralismo que não é unitário nem uniforme; não é orgânico nem estruturado.

---

[18] COTTORRELL, Roger. What is transnational law? **Law & Social Inquiry** – Queen Mary University of London, London, n. 2, p. 340-372, 2012.

[19] ROSENAU, James N.: CZEMPIEL, Ernst Otto. (Orgs.). **Governance without government**: order and change in world politics. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

[20] SNYDER, Francis. Governing economic globalization: global legal pluralism and european law. **European Law Journal**, 5/4, 1999, p. 334.

Este diagnóstico representa exatamente o exaurimento do Estado e das instituições internacionais de cunho monista-dualista. As vertentes do Direito Global articulam-se em múltiplos níveis, governos, administrações locais, instituições intergovernamentais, cortes ultra-estatais e nacionais, *networks*, organismos híbridos (público-privado), organizações não-governamentais e dos próprios indivíduos.

> Esse novo paradigma jurídico permeia os tecidos normativos estatais, utilizando os canais que a própria globalização cria (*in primis* aqueles econômicos e judiciários) e subtraindo soberania às instituições "tradicionais". É a "linguagem dos interesses", portanto, a fazer com que a fronteira entre *hard Law* (Constituição, leis, etc.) e *soft Law* (antecedentes judiciários, "programas de ajuste estrutural das finanças do Estado", etc.) se torne sempre mais sutil e irrelevante. A linguagem normativa transnacional se declara mais como motor de "convergências" e de "diálogos" que de diferenças: a retórica do cosmopolitismo esconde a conotação imperativa do direito global, aproveitando-se da ausência de um aparato de poderes públicos ao qual atribuir a função coercitiva e da presumida posição de igualdade dos sujeitos jurídicos.[21]

Estas instituições inter-governativas, pelas quais os Estados buscam maior legitimidade e meios de promoção de políticas públicas, classificam-se nas seguintes categorias, segundo argumentação de Kingsbury, Kirsch e Stewart:

> [...] administration by formal international organizations; administration based on collective action by transnational networks of governmental officials; distributed administration conducted by national regulators under treaty regimes, mutual recognition arrangements or cooperative standards; administration by hybrid intergovernmental-private arrangements; and administration by private institutions with regulatory functions.[22]

Todavia, a existência de um direito global alimenta, nesta quadra da História, uma pluralidade de desafios, a iniciar pelas próprias bases de globalização, múltipla em sua essência. Ao passo que a globalização guarda vastidão de caráteres, tais signos observam-se também nos ordenamentos jurídicos, nacionais e os sistemas transnacionais. Há um forte problema decorrente do conflito entre uniformidade global e diferenças nacionais (locais), da concorrência entre normas globais, normas nacionais e normas locais, vide o caso Myanmar *vs.* OIT e Banco Mundial *vs.* Índia, da identificação do juiz competente para conhecer/decidir sobre a pretensão resistida, seja nacional ou global. Cite-se, a título de ilustração, o caso *Massachusetts vs. Environmental Protection Agency* (n. 05-1120/2007), no qual a Suprema Corte americana decidiu pela

[21] OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o direito transnacional. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 17, n. 1, p. 18-28, 2012.
[22] KINGSBURY, Benedict; KIRSCH, Nico; STEWART, Richard. The emergence of global administrative law. **Law and Contemporary Problems**. V. 38, n.3/4, p. 20, 2005.

impossibilidade de tutela jurisdicional em razão de problemas de legitimidade e capacidade de quantificar o dano ambiental, face o caráter difuso do bem jurídico.

O poderio dos ordenamentos jurídicos estatais de produzir o próprio Direito em forma absoluta está gradualmente se redimensionando, reformulando a própria categoria histórica e política da soberania nacional na direção de uma caracterização ainda de híbrida matriz. O Direito Global está dividido em dois níveis: o primeiro e mais raso que se preocupa com os assuntos nacionais (internos) de cada Estado; e o segundo, mais amplo, diluído no cenário transnacional, constituído por uma área global[23], de modo que predomine a cooperação (*partnership*) entre seus agentes em seu duplo nível.

> La prima condizione della sua stessa esistenza e del suo funzionamento, è il tranznazionalismo. L'ordine giuridico globale, mentre viene descritto normalmente come costruito lungo linee verticali – dal livello nazionale a quello globale – è, invece, di fato, costruito innanzitutto da linee orizzontali, trà autorità nazionali e agenzie globali e tra agenzie globali. In altre parole, è un ordinamento fondato largamente sulla cooperazione sia al livello interstatale, sia al livello globale in senso stretto.[24]

Este cenário de cooperação absolutamente novo em suas características pode ser facilmente ilustrado nos exemplos da Organização Internacional para a Estandardização (ISO), composta por organismos de normatização, de matriz híbrida público-privado, criando pontes entre setores públicos e privados, mas, com atribuições, regulamentadoras iminentemente públicas[25]. O mesmo critério de parceria se vislumbra com a aderência de Estados ao Comitê da Basiléia para vigilância bancária, de modo que uma instituição tipicamente nacional transcende sua *prima ratio* para contribuir com autoridades bancárias internacionais. Todavia, conforme já antecipado, o caso de maior envergadura e incidência prática no dia-a-dia aponta para a regulamentação e regulação da *internet*. Cabe à ICANN – *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, uma organização público-privada, composta por entes privados desenvolver funções públicas que atingem o globo indistintamente.

Na mesma toada, por sua vez, existem organizações estritamente privadas a transitarem no cenário global sem pontos de dependência e condicionantes público-estatais. É o caso da Federação Internacional de Futebol Associado (FIFA) e da Câmara Internacional de Comércio (ICC)

---

[23] CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato**. Bari/Roma: Laterza, 2006. Em complemento: "Il diritto globale, quindi, non si forma solo attraverso un processo di diffusione unidirezionale, dal livello superiore al livello inferiore (*top-dwn approach*), ma anche com un percorso inverso, che procede dal basso verso l'alto (*bottom-up approach*). Le norme nazionali possono essere recipete e «risalise» a livello sovranazionale". CASSESE, Sabino. **Il diritto globale**. Giustizia e democrazia oltre lo stato. Torino: EINAUDI, 2009, p. 125.
[24] CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato**. p. 11.
[25] SCHEPEL, Harm. **The constitution of private governance**: product standards of integrating markets. Oxford: Hart, 2005.

que elabora e aplica suas normas de modo autônomo com o objetivo central de promover o comércio e investimentos internacionais, servindo, inclusive, de instituição parceira para organismos nacionais e internacionais, conforme se vislumbra com a ONU e com a OMC.[26]

Ademais, observa-se uma progressiva majoração de organizações privadas na tratativa de assuntos globais, com gerência regulamentadora e reguladora, nas mais diversas áreas de incidência e de competência material. São entes originariamente privados, sem vínculos governamentais, que se dedicam à proteção ambiental, ao controle da pesca, à fruição dos direitos sobre à água, à segurança alimentar, às finanças e ao comércio, à *internet*, aos fármacos, à tutela da propriedade intelectual, à proteção de refugiados, à certificação de insumos quanto à procedência, à preservação da concorrência, ao controle de armas e combate ao terrorismo, ao transporte aéreo e naval, aos serviços postais, às telecomunicações, à energia nuclear e seus resíduos, à instrução, à imigração, à saúde e ao esporte.

Com isso, merece reflexão a ausência de um único ordenamento jurídico, eis a refutação da tese central de Norberto Bobbio, bem como a impossibilidade de um governo global. Acrescente-se que a tradicional lógica de hierarquia posta por Kelsen não encontra albergue, pois ausentes tais atributos sucumbe na íntegra a *Stufenbau*. Até mesmo a suposta prevalência das normas da ONU entra em parafuso, pela baixa densidade nos assuntos públicos, reduzida especialização e parca eficácia dos mecanismos de resolução de controvérsias. Na percepção de Sabino Cassese o que se vislumbra é a construção de regime regulador para os processos de globalização sustentado pela chamada "*ad-hoc*-cracia"[27], isto é, um encadeamento de normas setoriais relativas às matérias singulares ao caso, na maioria das vezes, que gravitam por vazios normativos no complexo global (composto por normas transnacionais, supranacionais, nacionais e regionais).

Eis outra razão para se mirar no atual contexto uma realocação dos critérios jurídicos que regiram o modelo estamental/feudal que norteou as relações estatais no medievo. Aos Estados o monopólio da força em seus territórios com subtração dos aspectos habituais da soberania. Nestes termos, a dimensão global do Direito não busca promover a erradicação do Estado e de seus espaços de governo. Não lhe interessa também um encadeamento vertical dos entes. Todavia, o que se percebe é a real impossibilidade de cisões entre espaços nacionais, internacionais e transnacionais, como se pretendeu articular no passado com a díade nacional-

[26] CASSESE, Sabino. **Chi governa il mondo?** Bologna: Il Mulino, 2013, p. 19.
[27] CASSESE, Sabino. **Chi governa il mondo?** Bologna: Il Mulino, 2013, p. 22.

internacional[28]. A causa central desta projeção é a indiscutível capacidade reinante nas organizações provenientes dos fluxos globalizatórios de se relacionarem diretamente com os sujeitos e com a sociedade civil, sem perpassar estâncias oficiais de poderes.

Promove-se, destarte, o cambiamento do modo tradicional de pensamento das instituições para um contexto de conectividade horizontal dos sistemas jurídicos, criando *linkages*[29], um paradigma suportado pela credibilidade em *networks,* verdadeiro *regime complex*. Por consequência, em definitivo deixa de ser importante o foco no divórcio entre o público e o privado, em virtude da dinâmica motriz impulsionadora.

Todavia, renasce frequentemente a inquirição sobre os instrumentos de respeito às normas, afinal no campo doméstico (nacional) impera a definitividade das decisões e a soberania decorrente do exercício legitimo da força pelo poder, contudo, os cenários transnacionais não gozam desta prerrogativa. Assim, como consequência deste panorama de *linkages* o que se observa é a observância das normas através de instrumentos de indução e substituição, de modo que conteúdos jurídicos estanques são incluídos em pautas combinadas, isto é, a temática ambiental, por exemplo, já não se inscreve apenas pela tutela pura do ambiente, mas também em expedientes outrora tipicamente negociais e comerciais.

Além disso, os Estados passam a se sujeitarem aos expedientes globais no intuito de reduzir chances de retaliações e denúncias com consequências perniciosas e de difícil contenção. Nestes novos cenários não seria de todo hábil imaginar que as bases típicas de democracia pudessem seguir seu curso pela história de modo inalterável. A articulação deste complexo *network multilevel* faz com que a democracia representativa não represente mais a pluralidade de demandas e anseios. Verte um processo democrático de progressivo debate e participação nos expedientes decisionais. O eixo tradicional em torno do comando e do controle carece adição de novas tensões; vertentes em lugares antes indiferentes, como é o caso da mobilização pela primavera árabe, *"#palestinefree"* ou, então, o movimento *"Ocupe Wall Street"*.

A afirmação da democracia em sede de transnacionalismo ganha novas cores na medida em que o primado da transparência passa a ocupar predominância em múltiplas práticas administrativas e judiciais, de modo a propiciar o imediato acompanhamento dos atos em

[28] STAFFEN, Márcio Ricardo. A redução do estado constitucional nacional e a ascensão do direito global! Há espaço para os Juizados Especiais Federais. ROSA, Alexandre Morais da; STAFFEN, Márcio Ricardo. **Direito global**: transnacionalidade e globalização jurídica. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2013, p. 74-90.
[29] LEEBRON, David W. Linkages. **American Journal of International Law**. Yale: v. 96, 2002, p. 05.

constituição. Critérios de publicidade são não se apresentam como suficientes na atual perspectiva. O primado pelo acesso à informação e medidas de transparência buscam transcender ao dever de publicidade, de modo que se permitam a adequação do ordenamento jurídico nacional com a globalização jurídica. Análise rápida das decisões de grande parte das instituições transnacionais (mais de 2.000) demonstra a repressão aos dados restritos e que causam incertezas sobre seu teor.

2. DA PUBLICIDADE À TRANSPARÊNCIA

Nesta quadra, importante destacar o cambiamento de cento e oitenta graus que pesa sobre as práticas advindas da Modernidade de publicidade, informação, participação e deliberação. Em preliminar, necessário apontar o rebaixamento categórico do critério de publicidade da administração da *res publica*, em virtude da relatividade das informações que expõe e dos arranjos possíveis de serem efetuados. Grosso modo, na constância do império da publicidade apenas as decisões finais tornaram-se públicas, de modo que a notícia portada pode ser facilmente construída nos porões do "Ministério da Verdade", de George Orwell.

Importante ressaltar que esta relação sigilo-informação-participação não é absolutamente nova. Baruch de Spinoza, ainda no século XVII, tratou de estabelecer sólidas bases de refutação ao segredo no trato dos assuntos públicos:

> Reconheço, aliás, que então não é muito possível manter secretos os desígnios de semelhante Estado. Mas todos devem reconhecer comigo que, mais vale que o inimigo conheça os desígnios honestos de um Estado, que permaneçam ocultos aos cidadãos os maus desígnios de um déspota. Os que podem tratar secretamente dos negócios do Estado têm-no inteiramente em seu poder e em tempo de paz, estendem armadilhas aos cidadãos, como as estendem ao inimigo em tempo de guerra. Que o silêncio seja frequentemente útil ao Estado, ninguém o pode negar; mas ninguém provará também que o Estado não pode subsistir sem o segredo. Entregar a alguém sem reserva a coisa pública e preservar a liberdade é completamente impossível, e é loucura querer evitar um mal ligeiro para admitir um grande mal.[30]

Qualquer decisão, neste cenário, não se sustenta mais apenas pela publicação de excertos do ato final. Assim, surge como condição elementar o reconhecimento de que, em um cenário de globalização jurídica, o mundo da decisão é o mundo das práticas e dos comportamentos

[30] SPINOZA, Baruch. **Tratado político**. Tradução Maria S. Chauí. São Paulo: Abril, 1983, p. 55.

administrativos[31]. Logo, à luz das demandas transnacionais qualquer decisão postula coerência em seus pressupostos e motivação condizente.

Para tanto, eis que surge um novo paradigma de construção e apresentação dos atos administrativos. Muda, em essência, o momento de aferição e acompanhamento dos atos, não mais em sua versão final, mas ao tempo em que se processa sua confecção. Ao tempo em que a publicidade fora a pedra de toque, neste quesito, aos assuntos de governo; agora, reclama precedência à transparência na pauta de governança instituída em sede de Direito Global.

Evidente que não se trata de um convite absolutamente amistoso dirigido às administrações públicas nacionais. O desenvolvimento de teias cada vez mais elaboradas e conectadas entre os inúmeros agentes no Direito Global, onde as organizações advindas deste lócus visam exercem maior controle das funções de regulação e administração. Funções estas que se voltam para promover maior especialidade aos atos de administração, consubstanciando efetividade, eficácia e eficiência aos métodos antes regidos por expedientes sigilosos, arbitrários e informais. Conforme observado por Gorman, um espaço "a-jurídico".[32]

Nos dizeres de Martin Shapiro o direito destinado aos atos administrativos, entendido como Direito Administrativo, fruto da Revolução Francesa e sustentado sobre o dogma da supremacia do interesse público deixou de ser eminentemente estatal, doméstico, interno.[33]

Neste atual e novo estado d'arte, os assuntos gozam de tratamento com maiores critérios técnicos, ou seja, um regime em certa medida tecnocrata, no qual entra em cena elementos de governança, uma governança global, da qual os eixos típicos de pressão estão difundidos em áreas antes desinteressadas ou estaticamente encampados no conceito de soberania. Uma soberania crente na capacidade de controle das informações.

A título de ilustração podem ser referenciados os procedimentos transnacionais articulados para tutela dos direitos das mulheres e coibição das práticas de violência de gênero no ambiente domiciliar. Espanholas, portuguesas, italianas e brasileiras podem, de qualquer localização geográfica do mundo, nos casos de lesão ou ameaça à sua integridade, ligar para número de emergência com central em seu país de origem e receber atendimento e orientações no endereço

---

[31] COTTORRELL, Roger. What is transnational law? **Law & Social Inquiry** – Queen Mary University of London, London, v. 37, n. 2, p. 340-372, 2012.

[32] GORMAN, Robert A. The development of international employment law: my experience on international administrative tribunals at the World Bank and the Asian Development Bank. **Comparative Labor Law and Policy Journal**, v. 25, 2004, p. 663-668.

[33] SHAPIRO, Martin. Administrative law unbounded: reflections of government and governance. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, n. 369, v. 08, p. 374-376, 2000.

de localização. Isto demonstra a capilarização dos expedientes protecionistas para além do território soberano estatal.

Em paralelo, outra exemplificação verte aos olhos quando do caso de importação de acessórios de ferro-gusa pela União Europeia. A discussão inicia-se a partir de suspeitas de práticas de *dumping* quando da importação pelos países da União Europeia de acessórios de ferro-gusa produzidos no Brasil, República Tcheca, Japão, China, Coreia do Sul e Tailândia. Eis o primeiro detalhe: uma demanda originariamente estatal, a ser exigida pelos Estados nacionais é absorvida em sua legitimidade por um ente supranacional, como é o caso da União Europeia.

Na sequência, uma vez instaurado o incidente, no curso do processamento, entre abril de 1998 e março de 1999, a Fundição Tupy S/A, com sede em Joinville, SC, Brasil, é a única produtora brasileira citada. Recebe em suas dependências delegados da União Europeia, com a obrigação de fornecimento e intercâmbio de inúmeras informações industriais, administrativas e fiscais, ao tempo em que as autoridades nacionais brasileiras ficaram em segundo plano[34]. Outro detalhe: comprova-se a maximização dos meios de acesso à informação, por entes transnacionais, além dos limites e das competências dos Estados.

Este novo cenário é motivo de irresignação por parte do governo brasileiro, ao apelar sobre argumentos de preterição da sua estrutura administrativa e violação dos princípios que regem as relações internacionais. Sem sucesso. A OMC tratou de consolidar o entendimento de que as informações e seu acesso devem estar à disposição de qualquer interessado, tratando, inclusive, de conferir legitimidade aos indivíduos[35].

---

[34] "Numerous communications and exchanges, including the questionnaire and hearings, occurred between the European Communities and Tupy and/or Tupy's legal counsel in the course of the investigation. A verification visit ocurred at the premises of Tupy in September 1999. Communications also accurred between government officials of the European Communities and Brazil relating to aspects of the investigation." EUROPEAN Communities – Anti-Dumping Duties on Malleable Cast Iron Tube or Pipe Fittings from Brazil. Panel Report WT/DS219/R, March 7th 2003. Disponível em www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds219_e.htm. Acesso em 20 maio 2014.

[35] " We disagree also with the Panel's conclusion on whether the investigating authorities 'used' the information in Exhibit EC-12. The Panel did not expressly determine that the European Commission did not 'use' the information in Exhibit EC-12 as contemplated under Article 6.4. Instead, the Panel stated that the information in Exhibit EC-12 'was not specifically relied upon by the EC in reaching the anti-dumping determination'. It appears that the Panel arrived at this conclusion because, in its view, the European Commission had 'essentially concluded that this data was in line with other data (that was disclosed) and that there was no 'value added' to the substance of their investigaton in the analysis of these factors'. In our view, however, the Panel's reasoning overlooks the fact that the European Commission was required to evaluate all the injury factors listed in Article 3.4, and the evaluation of some of these factors is set out exclusively in Exhibit EC-12. In other words, Exhibit EC-12 relates to a required step in the anti-dumping investigation. The European Cmmunities relies on Exhibit EC-12 as the sole evidence that it performed this required step. As we see it, this necessarily leads to the conclusion that the information in Exhibit EC-12 was in fact 'used' by the European Commission in the anti-dumping investigation and that, therefore, Exhibit Ec-12 also satisfies this criterion of Article 6.4. Thus, the European Communities was not entitled to exclude this information on the basis that it did not consider that it provided 'value added' to the investigation." EUROPEAN Communities – Anti-Dumping Duties on Malleable Cast Iron Tube or Pipe Fittings

Em síntese, os novos rumos para consecução de transparência e acesso à informação acabam por romper com os limites geográficos e políticos da soberania estatal, de um lado e, noutro, com as estruturas de poder fortemente verticalizadas e burocráticas. Assinala-se, além da desterritorialização também a derrogação de atributos clássicos da administração pública estatal.

Tanto o caso *European Communities – Anti-Dumping Duties on Malleable Cast Iron Tube or Pipe Fittings from Brazil*, bem com os episódios envolvendo a *ONG Green Salvation vs Kazatomprom* ou a lide *Mallinckrodt Canada Inc. vs Bristol-Myers Squibb Co., Nycomed Inc. e Searle Ltd.*, guardam em seu núcleo a máxima de promoção de instrumentos de transparência e acesso à informação, com eixo gravitacional além dos espaços estanques entre público e privado, nacional e internacional.

Nesta mesma toada importante citar a experiência decorrente da Iniciativa MAP – Madre de Dios (Peru), Acre (Brasil) e Pando (Bolívia). No cenário da Amazônia, a partir dos trabalhos de planejamento e execução das obras da Rodovia do Pacífico para integração do Brasil, Bolívia e Peru, a população local, bem como, campesinos, indígenas, universidades, pesquisadores e organizações da sociedade civil, norteada por ideais de direitos humanos e desenvolvimento sustentável se reúne em movimento reivindicando o direito de participar das decisões sobre o desenvolvimento da região transfronteiriça, para além das faculdades estatais. Como fruto direto, o MAP passou a participar materialmente de ações de cooperação, colaboração e integração dos países da Amazônia Sul-Ocidental.[36]

Eis que do caso em comento surge uma peculiaridade que é, em si, relevantíssima. Ou seja, a capacidade de articulação social além da territorialidade estatal, doméstica, nacional. À luz do glossário político típico, as manifestações democráticas estavam sediadas pelo balizamento físico e soberano dos Estados nacionais. Prática que ainda prevalece. Contudo, a Iniciativa MAP cambia este conceito para possibilitar deliberações além das fronteiras, além do Estado, para os indivíduos.

Todavia, esta nova onda ao espraiar novos procedimentos acaba por intervir direta e indiretamente nos assuntos domésticos. Não se resume apenas na postura de observação, mas,

---

from Brazil. Panel Report WT/DS219/R, March 7th 2003. Disponível em www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds219_e.htm. Acesso em 20 maio 2014.

[36] PEREIRA, Márcia Regina de Souza. Estudo de caso: Estrada do Pacífico e a Iniciativa MAP – mobilização social transfronteiriça para gestão do desenvolvimento sustentável na Amazônia Sul-Ocidental. BENJAMIN, Antonio Herman; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Direito ambiental e as funções essenciais à justiça**. O papel da Advocacia de Estado e da Defensoria Pública na Proteção do Meio Ambiente. São Paulo: RT, 2011, p. 640 ss.

institucionaliza através de fluxos e regulações transnacionais uma nova mola propulsora de procedimentalização interna[37]. É o que se observa, no Brasil, por exemplo, com a publicação da Lei de Acesso à Informação e das habilitações dos portais de transparência.

Em suma, o dever de acesso à informação e medidas de transparência pública representa um instrumento de promoção de paradigma global de Direito, pois, além da publicidade, reforça instrumentos de controlabilidade e não-surpresa, cuja possibilidade se dá além da territorialidade brasileira por meios eletrônicos (*e-democracy*). Permite, enfim, meios ágeis de cooperação entre as instituições nacionais, entes privados e a governança global (transnacional)[38].

Neste contexto, merece referência o papel desenvolvido pela organização não-governamental Transparência Internacional com o intuito de maior clareza em assuntos da Administração Pública direta e indireta, situando nos indivíduos o papel de controladores naturais dos assuntos públicos, sobremodo, no combate à corrupção, que influencia decisões governamentais e de atores transnacionais. Porém, o contributo se espraia para outros orientes quando se dedica também à exposição de empresas e capitais transnacionais envolvidas em expedientes escusos, bem como, os custos advindos destas operações. Como exemplo, Peter Eigen cita o caso da Siemens que gastou apenas com defesas em casos de indícios de corrupção a cifra de 2 bilhões de dólares[39].

Em complemento, este *network* ou até mesmo esta teia complexa, vital para os que desejam se sustentarem e mortal para os desavisados e incautos, na medida em que habilita incontáveis agentes nos procedimentos administrativos, produz em sua essência novos eixos de pressão, apresentação de demandas e *standards*. Eis que entra em cena não apenas os indivíduos em sua individualidade ou as ONGs. Sobremodo, se abre uma clareira, a partir do exemplo norte-americano, para a institucionalização dos *lobbys*, concebidos para assegurar o máximo de participação (e até mesmo intervenção) dos grupos interessados nos processos decisionais.[40]

Ainda que a temática dos *lobbys* e sua relevância mereça uma abordagem acalmada, válida se mostra a reflexão de seus atributos essenciais, ou seja, a capacidade contributiva para os processos de deliberação, sobretudo, para progressiva especificação dos assuntos de cunho

---

[37] CASSESE, Sabino. **Chi governa il mondo?** Bologna: Il Mulino, 2013, p. 65.
[38] STAFFEN, Márcio Ricardo. Transparência: o Brasil na era do Direito Global. **Carta Forense**, São Paulo, v. 118, p. 14-15, 2013.
[39] EIGEN, Peter. Entrevista: medidas duras não bastam. **Revista Veja**, São Paulo: a. 47, n. 02, p. 02-05, 08 jan. 2014.
[40] SHAPIRO, Martin. Administrative law unbounded: reflections of government and governance. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, n. 369, v. 08, p. 374-376, 2000.

altamente técnico e especializado que inviabilizam o discernimento do agente público admitido pelos padrões médios de conhecimento. Antes, porém, importante a superação da visão reducionista e equivocada que orienta o senso comum na equiparação de *lobby* com corrupção.

Como referencial comum, este novo *lócus* promove uma ruptura com a tradicional lógica dualista cidadãos - órgãos estatais para estabelecer conexões ramificadas e dispostas em fluxos variados, verticais ou horizontais, para, no mínimo, congregar indivíduos - órgãos estatais - agentes transnacionais nos processos de deliberação e ciência. Em verdade, potencializam-se os expedientes de *global governance*.[41]

Com efeito, este novo oriente almeja, mesmo que incidentalmente, reparar uma inversão desastrada quando no processo de formação do Estado, com atributos de monopólio do poder e da esfera pública, privou as organizações sociais da política e encapsulou o homem à esfera privada da moral.[42]

Para tanto, no intuito de estabelecer nortes compartilhados Sabino Cassese elenca cinco categorias necessárias à tutela da participação em cenários globais, a saber: o direito de participação dos particulares em confronto com as administrações nacionais sem a limitação de capacidade adstrita ao domicílio ou sede do agente; o direito de participação dos governos nacionais em face às instituições globais; o direito de participação dos governos nacionais e de qualquer parte em atos de outros governos; o direito de participação das instituições globais em assuntos das administrações internacionais e; o direito de participação dos particulares nas instituições globais.[43]

Como consequência deste fluxo de múltiplos sentidos se observa a transcendência da informação e participação como mera categoria, hábil a conferir legitimidade aos procedimentos. Como primeira razão em virtude da existência autônoma de significativa parcela dos atores globais. Depois, por aproximar e inserir os indivíduos em cenários antes impermeáveis, através de expedientes consensuais.

Os institutos típicos de publicidade do Direito Administrativo nacional ao serem atingidos pelos fluxos de globalização e transnacionalismo, visionários de teias reguladoras para além dos

---

[41] KINGSBURY, Benedict; KIRSCH, Nico; STEWART, Richard. The emergence of global administrative law. **Law and Contemporary Problems**. v. 38, n.3/4, p. 37-38, 2005.
[42] MATTEUCCI, Nicola. Opinião pública. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de João Ferreira. Brasília: UnB, 1986, p. 842 ss.
[43] CASSESE, Sabino. **Chi governa il mondo?** Bologna: Il Mulino, 2013, p. 68-92.

eixos e espaços unitários soberanos, alcunhados pela expressão Estado, desvelam contextos atípicos e em construção, mas com pressupostos suficientemente claros, conforme atesta Francisco de Abreu Duarte[44].

Eis que se repete a prescrição de que este novo cenário, advindo da globalização jurídica e do transnacionalismo, insere sobre o mesmo tabuleiro agentes públicos e privados, órgãos da administração pública nacional ou internacional, empresas e indivíduos para informação, transparência e participação dos atos com incidência sobre a esfera pública. Logo, as linhas de sustentação desta teia complexa clamam não apenas pela ciência dos envolvidos e destinatários do ato, mas, sobremodo, pela comunhão de compreensões na circulação de bens, serviços, tarifas e procedimentos[45].

Em síntese apertada há de se reconhecer a existência de instrumentos de participação e transparência em sentido vertical, mas, sobremodo, em linhas horizontais de *accountability* global. Não por acaso, se vislumbrar, inclusive, reclames de participação e informação nos assuntos nacionais impulsionados por locuções proferidas em cenários transnacionais, criando, conforme defende Daniele Archibugi[46] uma democracia cosmopolita.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A progressiva globalização tem aumentado fortemente a importância qualitativa e quantitativa das influências externas, modificando a forma como o poder é exercido em todos os Estados. Não mais em razão cidadãos-governo-Estado. As áreas em que um Estado pode tomar suas próprias decisões de forma autônoma são, portanto, cada vez mais limitadas. Os governos nacionais experimentam dificuldades crescentes na prevenção de seus próprios assuntos em relações a forma autônoma frente ao exterior. Merece mensuração a impotência do Estado com a alvorada de novas instituições transnacionais. Lapso em que o Estado deixa a centralidade que ocupou com a modernidade e, com ele, o Direito moderno. Momento em que as grandes

[44] DUARTE, Francisco de Abreu. À descoberta do fundamento constitucional do direito administrativo global. **Revista Eletrônica de Direito Público –** Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, n. 1, v. 1, 2014. Disponível em www.e-publica.pt. Acesso em 06 out. 2014.
[45] Acerca da questão inerente à discussão do tratamento jurídico de taxas e serviços bancários vide: DRUEY, Jean Nicolas. The noisy secrecy: Swiss banking law in international dispute. BEKKER, Pieter H. F.; DOLZER, Rudolf; WAIBEL, Michael. **Making transnational law work in the global economy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 285 ss.
[46] ARCHIBUGI, Daniele. **The global commonwealth of citizens**: toward cosmopolitan democracy. Princeton: Princeton University Press, 2008.

discussões jurídicas são travadas no anseio de se estabelecer diretrizes para a equação *Law-Body-Space*.

À guisa de considerações finais, constata-se que: *a)* esta lógica jurídica global baseia-se em normas setoriais, relativas às matérias singulares ao caso; *b)* há um vazio hierárquico no sistema global (este composto de normas transnacionais, supranacionais, nacionais e regionais); *c)* não existe uma uniformidade no sistema global; *d)* carece de um marco divisor entre o público e o privado; *e)* poder normativo e poder executivo necessitam estar separados; *f)* disposições contratuais gozam da mesma relevância dos atos normativos ou administrativos; *g)* o sistema jurídico global não se presta somente aos sujeitos de Direito Público; *h)* o dever de observância do *rule of law*; *i)* a possibilidade de disputas multipolares, inclusive com órgão jurisdicional intervindo e reexaminado decisões judicias nacionais; *j)* a compreensão de um sistema voltado prioritariamente à resolução de controvérsias; *k)* a diversidade de órgãos globais, que transcendem a pertinência aos sujeitos de Direito Internacional; *l)* a penetração do sistema global no Direito nacional, e *m)* a ausência de caráter formalmente vinculante, baseado, sim, na adesão voluntária.[47]

Assim, em síntese apertada, torna-se possível mirar a construção de modelos jurídicos segundo os quais a participação e a informação tornam-se colunas edificantes, ao tempo em que não se apresentam apenas como faces de discricionariedade dos agentes públicos, em conceder ou não espaço para tal desiderato[48]. Basta noticiar a compulsoriedade da oitiva de todos os entes (estatais, internacionais, públicos ou privados) de combate ao *doping* pela Agência Mundial *Anti-Doping* ou, em igual sentido, os procedimentos adotados pelo Banco Mundial.

Elegem como relevantes e indispensáveis a participação e colaboração vertical e/ou horizontal dos indivíduos, inclusive dos Estados, nas políticas globais, sendo que, em ambos os casos, pouco importa a nacionalidade dos sujeitos. Aliás, graças à Declaração do Rio-92 e à

---

[47] CASSESE, Sabino. **Il diritto globale**. Giustizia e democrazia oltre lo stato. p. 131-135. Uma posição pouco menos romântica apresenta Alessio lo Giudice: "Quest'ultima considerazione permette un ulteriore chiarimento del concetto di postnazionalità: superamento del paradigma nazionalistico non equivale a destrutturazione degli Stati nazionali, né tanto meno equivale all'ideale istituzionale di un Superstato. Il postnazionale implica invece la costruzione di uno spazio istituzionale di unità politica che superi l'elemento nazionale come exclusivo fattore di coesione sociale. Per queste ragioni la dimensione postnazionale potrebbe rinviare ala costruzione di uno spazio pubblico entro cui articolare e sperimentare forme di solidarietà sociale denazionalizzate." GIUDICE, Alessio lo. **Istituire il postnazionale**. Identità europea e legittimazione. p. 74.

[48] Neste sentido: "The emerging field of Global Administrative Law (GAL) provides thev Bank with a strategy to enforce substantive norms while avoiding these pitfalls. By focusing on the principles that GAL scholars emphasize, such as transparency and reasoned decisionmaking, the World Bank can build confidence in the legitimacy and strength of the sanctions system and elicit all the information needed to effectively sanction firms and individuals without exclusive reliance on norms identifiable from national systems for legitimacy." DUBOS, Pascale Hélène; NOWLAN, Aileen Elizabeth. Global administrative law and the legitimacy of the sanctions regimes in international law. **The Yale Journal of International Law Online**. v. 36, fev. 2010,p. 22.

Convenção de Aarhus o que se exige é tão somente a natureza humana para questões de alçada ambiental. A preocupação com a melhoria dos padrões de governança, transparência e prestação de contas está agora se espalhando por todo o mundo, em especial entre as agências de ajuda e as instituições transnacionais. Em paralelo com a melhoria dos mencionados padrões compulsório se faz a articulação de mecanismos de combate à corrupção. Corrupção esta que não afeta apenas o fluxo de cifras pecuniárias, mas, essencialmente descalcifica o ideal de Direitos Humanos, Democracia e Sustentabilidade, bem como, a solidez de todas as instituições, sejam elas públicas ou privadas.

Nestes termos, se institui uma forma alargada de arena deliberativa orientada pelos primados de informação, transparência e participação, objetivando resgatar utopias que pareciam estar sepultadas ou, em cenários mais românticos, tomadas pela névoa. Ademais, caso assim não fosse, os fundamentos deste Direito Global, consignados alhures, estariam postos em preterição. Afinal, uma das características elementares do Direito Global é justamente os atributos de consensualidade, aplicáveis apenas quando da oportunização de informações e de participações entre os interessados. Portanto, registra-se o abandono dos meios belicosos de relacionamento para a fundação desta nova divisa no diálogo a partir de iniciativas.

Em conclusão, o direito à informação e à transparência contemplados nas searas do Direito Global propiciam alternativas para os indivíduos (isto é, o homem), pessoas jurídicas, organizações não-governamentais e demais não-legitimados pelo Direito Internacional, confrontarem os episódios derivados dos fluxos de globalização, bem como, transitarem além das fronteiras clássicas e territorializadas dos Estados. Em igual sorte, são condições de efetividade das normas globais/transnacionais, notadamente para a defesa dos objetivos consignados, sob pena de ampla deturpação dos valores centrais ou esvaziamento dos processos decisionais.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARCHIBUGI, Daniele. **The global commonwealth of citizens**: toward cosmopolitan democracy. Princeton: Princeton University Press, 2008.

ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras**. Entre globalização e pós-globalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **"Brancosos" e interconstitucionalidade**. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2008.

CASSESE, Sabino. **Chi governa il mondo?** Bologna: Il Mulino, 2013.

CASSESE, Sabino. **Il diritto globale**. Giustizia e democrazia oltre lo stato. Torino: EINAUDI, 2009.

CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato**. Bari/Roma: Laterza, 2006.

CERNY, Philip G. Globalization and changing logic of collective action. FRIEDEN, Jeffrey A.; LAKE, David A. **International political economy**: perspectives on global power and wealth. Londres: Routledge, 2000.

COTTERRELL, Roger. **Law, culture and society.** Aldershot: Ashgate, 2006.

COTTORRELL, Roger. What is transnational law? **Law & Social Inquiry** – Queen Mary University of London, London, n. 2, p. 340-372, 2012.

CROUCH, Colin. **Postdemocrazia**. Roma-Bari: Laterza, 2005.

DRUEY, Jean Nicolas. The noisy secrecy: Swiss banking law in international dispute. BEKKER, Pieter H. F.; DOLZER, Rudolf; WAIBEL, Michael. **Making transnational law work in the global economy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

DUARTE, Francisco de Abreu. À descoberta do fundamento constitucional do direito administrativo global. **Revista Eletrônica de Direito Público –** Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, n. 1, v. 1, 2014. Disponível em www.e-publica.pt. Acesso em 06 out. 2014.

EIGEN, Peter. Entrevista: medidas duras não bastam. **Revista Veja**, São Paulo: a. 47, n. 02, p. 02-05, 08 jan. 2014.

EUROPEAN Communities – Anti-Dumping Duties on Malleable Cast Iron Tube or Pipe Fittings from Brazil. Panel Report WT/DS219/R, March 7th 2003. Disponível em www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds219_e.htm. Acesso em 20 maio 2014.

FUKUYAMA, Francis. **O fim da história e o último homem**. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

GINSBORG, Paul. **La democrazia che non c'è**. Tradução de Emilia Mohamed Bahaa El Din. Torino: Giulio Einaudi, 2006.

GIUDICE, Alessio lo. **Istituire il postnazionale**. Identità europea e legittimazione. Torino: G. Giappichelli, 2011.

GORMAN, Robert A. The development of international employment law: my experience on international administrative tribunals at the World Bank and the Asian Development Bank. **Comparative Labor Law and Policy Journal**, v. 25, 2004, p. 663-668.

GROSSI, Paolo. **Mitologie giuridiche della modernità**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**. Tradução de Márcio Selligmann-Silva. São Paulo: Litera Mundi, 2001.

JESSUP, Philip. **Direito transnacional**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.

KINGSBURY, Benedict; KIRSCH, Nico; STEWART, Richard. The emergence of global administrative law. **Law and Contemporary Problems**. V. 38, n.3/4, p. 20, 2005.

LEEBRON, David W. Linkages. **American Journal of International Law**. Yale: v. 96, 2002.

MATTEUCCI, Nicola. Opinião pública. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de João Ferreira. Brasília: UnB, 1986.

NOWLAN, Aileen Elizabeth. Global administrative law and the legitimacy of the sanctions regimes in international law. **The Yale Journal of International Law Online**. v. 36, fev. 2010,p. 22.

OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o direito transnacional. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 17, n. 1, p. 18-28, 2012.

PEREIRA, Márcia Regina de Souza. Estudo de caso: Estrada do Pacífico e a Iniciativa MAP – mobilização social transfronteiriça para gestão do desenvolvimento sustentável na Amazônia Sul-Ocidental. BENJAMIN, Antonio Herman; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Direito ambiental e as funções essenciais à justiça**. O papel da Advocacia de Estado e da Defensoria Pública na Proteção do Meio Ambiente. São Paulo: RT, 2011.

REPOSO, Antonio. Introduzione allo studio del diritto costituzionale e pubblico. PEGORARO, Lucio; REPOSO, Antonio; RINELLA, Angelo; SCARCIGLIA, Roberto; VOLPI, Mauro. **Diritto costituzionale e pubblico**. 3. ed. Torino: G. Giappichelli, 2009.

ROSENAU, James N.: CZEMPIEL, Ernst Otto. (Orgs.). **Governance without government**: order and change in world politics. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

SHAPIRO, Martin. Administrative law unbounded: reflections of government and governance. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, n. 369, v. 08, p. 374-376, 2000.

SCHEPEL, Harm. **The constitution of private governance**: product standards of integrating markets. Oxford: Hart, 2005.

SLAUGHTER, Anne-Marie. Governing the global economy through government network. BYERS, M. (Org.). **The rule of law in international politics**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

SNYDER, Francis. Governing economic globalization: global legal pluralism and european law. **European Law Journal**, 5/4, 1999.

SOLÉ, Antoni Pigrau. Sur la responsabilité des sociétés transnationales pour graves dommages environnementaux. SILVA, José Antônio Tietzmann e; PRIEUR, Michel. **Legal instruments for the implementation of sustainable development**. Goiânia: PUC-Goiás, 2012.

SPINOZA, Baruch. **Tratado político**. Tradução Maria S. Chauí. São Paulo: Abril, 1983.

STAFFEN, Márcio Ricardo. A redução do estado constitucional nacional e a ascensão do direito global! Há espaço para os Juizados Especiais Federais. ROSA, Alexandre Morais da; STAFFEN, Márcio Ricardo. **Direito global**: transnacionalidade e globalização jurídica. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2013.

STAFFEN, Márcio Ricardo; BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. Transnacionalización, sostenibilidad y el nuevo paradigma de derecho in siglo XXI. **Revista Opinión Jurídica** - Universidad de Medellín, v. 10, p. 159-174, 2011.

STAFFEN, Márcio Ricardo. Transparência: o Brasil na era do Direito Global. **Carta Forense**, São Paulo, v. 118, p. 14-15, 2013.

TEUBNER, Gunther *et alii*. **Transnational governance and constitucionalism**. Oxford: University Oxford Press, 2004.

LE CITTADINANZE AMMINISTRATIVE: PERCORSI E PROSPETTIVE DELL'AMMINISTRAZIONE DEI DIRITTI E DEI DOVERII A 150 ANNI DALL'ADOZIONE DELLE LEGGI DI UNIFICAZIONE AMMINISTRATIVA

Antonio Bartolini[1]

Alessandra Pioggia

1. DALLA CITTADINANZA ALLE CITTADINANZE AMMINISTRATIVE: UNA PREMESSA

Durante i lavori preparatori dei quali si è tenuto conto nella stesura di questo *paper* ci si è posti frequentemente la seguente domanda: ha senso parlare di cittadinanza amministrativa, specie alla luce della prospettiva della globalizzazione e del superamento del concetto di cittadinanza?

A nostro modo di vedere non sono poche le ragioni che militano a favore di uno studio che affronti il tema della cittadinanza, *melius*: delle cittadinanze amministrative.

La locuzione cittadinanza amministrativa è entrata solo di recente nel gergo dei giuristi e tende ad indicare la "capacità di diritto pubblico", cioè lo *status* del soggetto legittimato ad essere titolare di diritti ed obblighi di carattere amministrativo (R. Cavallo Perin, 2004), o in senso più assiologico, "il modo con cui una determinata società ha impostato e risolto il problema fondamentale del rapporto fra l'individuo e quell'ordine politico di cui l'amministrazione è una delle componenti principali" (G. Arena, 2010).

La cittadinanza amministrativa integra e supera lo *status* (generale) di cittadinanza, quest'ultimo da intendersi come l'insieme dei diritti e doveri riconosciuti dallo Stato ai propri cittadini. In questo ambito è stato correttamente evidenziato che mentre la "cittadinanza" sottintende un rapporto di appartenenza politica dell'individuo al popolo sovrano, invece, la "cittadinanza amministrativa" prescinde da questo rapporto: si può, infatti, intendere quest'ultima come la "appartenenza ad una comunità diversa da quella sovrana, con legittimazione a posizioni soggettive che non dipendono dallo status di cittadino–sovrano" (ancora R. Cavallo Perin, 2004). Ma non si tratta di una appartenenza che identifica una persona come elemento costitutivo di un

[1] Doutor em Direito e Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Perugia.

una collettività definita: più che un “appartenere” quello che si ritrova nella cittadinanza amministrativa è, infatti, un “far parte”, in cui il “fare” indica la relazione che è innanzi tutto con il sistema amministrativo, e che, attraverso di esso, intesse legami con la comunità che questo ha come riferimento.

Questa differenza ponderale tra le due cittadinanze porta a ritenere che la cittadinanza amministrativa (almeno da un punto di vista storico) preesista alla cittadinanza politica: nel senso che la prima si riferisce più in generale alle persone, agli individui, mentre la seconda solo a quei cittadini cui è riconosciuta la pienezza dei “diritti civili e politici”. Nell’ ‘800 tutti i cittadini godevano della cittadinanza amministrativa, mentre di quella politica era portatrice solo la borghesia: ecco perché la cittadinanza amministrativa precede e preesiste a quella politica.

E’ chiaro che con l’avvento del suffragio universale la distinzione, sotto questo profilo, tende a stemperarsi: ma oggi ci sono altre ragioni che militano a favore del mantenimento della locuzione che in questa sede ci occupa.

Innanzitutto, l’avvento del diritto europeo, che riconosce situazioni giuridiche soggettive di carattere amministrativo e non politico: il cittadino francese, quello belga, il romeno, etc., possono, infatti, esercitare i propri diritti di cittadinanza amministrativa anche in ordinamenti diversi da quello di cui sono politicamente cittadini ed in cui esercitano il diritto di voto (v. in termini generali relazione V. Colcelli). In altri termini, i cittadini politici dei singoli paesi membri, non sono anche cittadini politici dell’Europa. I diritti connessi alla possibilità di eleggere i propri rappresentanti nel parlamento europeo e partecipare alle elezioni amministrative, riconosciuti anche a cittadini comunitari che risiedono in un paese diverso da quello di origine, si configurano come diritti politici “deboli” e sicuramente non pieni. Questo non consente di dare corpo ad una cittadinanza politica europea, mentre lo *status* di cittadino amministrativo europeo si va progressivamente consolidando in maniera forte. Il cittadino europeo, infatti, è titolare di situazioni giuridiche soggettive, di carattere essenzialmente amministrativo, riconosciute direttamente dall’ordinamento comunitario (in forza del principio di *primautè*) e che possono essere fatte valere di fronte ai giudici nazionali contro le autorità nazionali.

Nella fase attuale emergono prepotentemente tre consistenti e, per molti versi, drammatiche tensioni: la crisi economica, le pressioni migratorie dai Paesi più poveri o in guerra, e la sempre più fragile tenuta dell’unità europea. Si tratta di fenomeni che interagiscono fra di loro, aggravando l’uno le conseguenze dell’altro.

Se la tensione degli ordinamenti va sempre più nella direzione di estendere le situazioni giuridiche soggettive di natura amministrativa, anche agli stranieri (extracomunitari) muniti di permesso di soggiorno, riconoscendo il nucleo essenziale di molti diritti fondamentali a tutti coloro che sono presenti nel territorio nazionale, indipendentemente dalla presenza di un legale titolo di permanenza, la crisi economica rende sempre più fragili anche i diritti dei cittadini politici, intaccandone pesantemente l'effettività. Contemporaneamente il mantenimento della stabilità e dell'unità monetaria europea richiede sacrifici economici che, per gli Stati in maggiori difficoltà, si traducono, non di rado, nel sacrificio di quei diritti dei quali le condizioni economiche rendono più urgente la soddisfazione a carico della sfera pubblica.

Mentre scriviamo queste pagine si moltiplicano i giornali riportano la notizia degli scontri fra la polizia e i migranti ammassati oramai in quasi settemila nell'isola di Kos. Il governo greco dichiara di non avere risorse per gestire l'emergenza umanitaria creata dall'immigrazione e chiede aiuto a quella stessa Europa con la quale sta negoziando nuove misure di austerità. Un cortocircuito evidente, che investe in pieno i fondamenti stessi della cittadinanza amministrativa.

Se da un lato è evidentemente in crisi il modello classico della cittadinanza politica (su questi aspetti v. la relazione di Porena), nel senso che l'essere cittadino di un dato ordinamento non è più il solo "viatico" necessario per essere titolare dei diritti nei confronti del potere che detiene la sovranità, anche le nuove forme di cittadinanza post-moderne non appaiono sufficientemente definite. Ripensare alla cittadinanza amministrativa appare allora necessario. Le condizioni storiche ci mettono oggi più che mai di fronte all'esigenza di affiancare all'idea dell'appartenenza quella del "far parte", ponendo l'accento non tanto sugli aspetti dell'identità e dell'unità, ma piuttosto sul sistema di relazioni con l'amministrazione e con la comunità.

2. LA CITTADINANZA AMMINISTRATIVA COME FATTORE DI UNIFICAZIONE ED INTEGRAZIONE DEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI

La formula cittadinanza amministrativa risulta essere un vero e proprio punto di snodo dei processi di unificazione giuridica: fattore centrale sia per "l'unificazione italiana" che per il processo di integrazione europeo.

Difatti non si può avere unità di un ordinamento, senza un *idem sentire* che ruoti intorno al carattere identitario dato dalla comune "cittadinanza".

Come noto, una volta che nel 1861 si arrivò all'unificazione del nascente stato italiano, si pose imperiosamente la problematica, riassunta nella nota affermazione attribuita a Massimo d'Azeglio "fatta l'Italia bisogna fare gli italiani".

La matrice identitaria, difatti, non poteva basarsi sull'elemento dell'unificazione territoriale, dovendosi, invece, procedere a formare, a creare, un popolo, una nazione,

Lo strumento giuridico impiegato per questo obiettivo fu quello della cittadinanza, così come elaborata da Pasquale Stanislao Mancini. Quest'ultimo nella sua nota Prelezione del 1851, collegò la cittadinanza alla nazionalità, vista, quest'ultima, come fattore determinante per l'unità nazionale. Cittadinanza e nazionalità, infatti, secondo l'idea manciniana dovevano essere intimamente collegate, sicchè i diritti e doveri di cittadinanza devono essere attribuiti sulla base della nazionalità (c.d. *ius sanguinis*). Idea che tra l'altro è posta ancora a fondamento dell'acquisto della cittadinanza alla luce dell'ordinamento vigente (v. ancora relazione Porena).

L'idea di nazione e di cittadinanza, peraltro, sempre secondo Mancini, richiede, la presenza di un elemento psicologico/culturale, ovvero quello dato dalla necessità di una presa di coscienza da parte dei cittadini di essere una nazione: un cittadino difatti, non si riconosce come tale se non quando si sente parte di un popolo, di una nazione.

L'obiettivo nazionalistico venne perseguito, da un punto di vista tecnico giuridico, attraverso il potere dello Stato unitario di attribuire lo *status* di cittadino *iure sanguinis.* All'attribuzione di questo *status* segue l'attribuzione di diritti e doveri, con conseguente sottoposizione del cittadino all'autorità dello Stato.

Nell'idea di cittadinanza-nazione le situazioni soggettive chiave sono l'obbligo scolastico e la sottoposizione alla leva militare: trattasi, infatti, di obblighi diretti a promuovere quella coscienza di nazione che al momento dell'unità ancora mancava in larghi strati della popolazione. Non a caso, l'impegno più importante, dal punto di vista amministrativo, del nuovo stato unitario, nei primi quattro anni dopo l'unità d'Italia, riguardò il settore scolastico e quello militare: "ingenti furono gli sforzi per l'alfabetizzazione della popolazione (scuola elementare) e per dotare lo Stato di un esercito e di una marina" (S. Cassese, 2011).

Questi doveri, infatti, avevano finalità nazionalistiche: con la scuola dell'obbligo – stante un tasso di analfabetismo oscillante tra il 70% e l'80% della popolazione sopra i 5 anni – si voleva dare un livello d'istruzione minima volta all'abbandono dei dialetti in favore della lingua italiana: al

momento dell'unificazione vi era "una molteplicità di popoli e di territori; … pochissimi abitanti della Penisola, il 2,5%, parlavano italiano e si stima che intorno al 10 per cento potessero capirlo; il livello di alfabetizzazione era diversissimo da zona a zona e in particolare tra Nord e province napoletane" (S. Cassese, 2011).

Parimenti il lungo periodo di ferma militare (3 anni), imposto subito dopo l'unificazione, oltre a creare un contrappeso al movimento risorgimentale formatosi su base volontaria dalle camice rosse garibaldine, aveva la funzione di estendere alla nascente gioventù italiana lo spirito e l'amor di patria. A ciò si aggiungeva, naturalmente, il contributo alla creazione della coscienza nazionale grazie all'uso della lingua italiana da parte degli ufficiali nei confronti della truppa.

Scarsi ed esigui, invece, i diritti politici di cittadinanza: dal punto di vista politico, l'elettorato era su base censitaria e, quindi, riconosciuto alla sola classe borghese, egemone (oltre che alla penta aristocrazia).

Ma scarsi erano anche i diritti civili di carattere amministrativo: come ebbe a notare Feliciano Benvenuti (1969), in occasione della celebrazione del centenario delle leggi di unificazione amministrativa, prevaleva un'idea del diritto amministrativo legata al rapporto autorità-libertà, con prevalenza della prima sulla seconda, ed in cui gli unici diritti erano quelli partecipativi, affermati, più nella forma che nella sostanza, dall'art. 3 della l. abolitrice del contenzioso.

Per il resto vi erano semplici interessi, che si giuridicizzarono solamente dopo la nota prolusione bergamasca di Silvio Spaventa (1880) con l'istituzione della IV sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato (1889) che consentì di attribuire al "cittadino amministrativo" la facoltà d'invocare l'interesse legittimo, anche se come mera situazione processuale diretta ad ottenere l'annullamento degli atti amministrativi.

Più che ad un cittadino, ci trovavamo di fronte ad un suddito gravato di doveri piuttosto che di diritti.

Il passaggio ad una vera cittadinanza fatta di diritti, oltre che di doveri, si avrà con una lenta evoluzione che si concluderà, tra alti e bassi (invero più bassi che alti), con la Costituzione repubblicana del 1948.

Diritti costituzionali che prenderanno forma concreta a partire dagli anni '60 con uno sviluppo sempre più tumultuoso. A cui si aggiunge quello più recente della valorizzazione dei diritti

fondamentali riconosciuti dalla Convenzione Edu e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE contenuta nel Trattato di Lisbona.

A partire dagli anni '80 del novecento la parabola dei diritti incontra però la sua fase discendente, non tanto in termini di riconoscimento, quanto sotto il profilo dell'effettività. Ad essere messa in discussione è la dimensione della sfera pubblica e la spesa che il suo mantenimento comporta. Mentre le teorie dei diritti si consolidano, la loro soddisfazione entra progressivamente in crisi e ai pericoli di un inaccettabile sacrificio degli elementi costitutivi del diritto si risponde con l'argomento del "nucleo incomprimibile", una soglia al di sotto della quale la mancanza di una corrispondente prestazione si traduce in violazione della Costituzione.

Accanto a questo, nella prospettiva costituzionale e transnazionale vi è indubbiamente un superamento del concetto di cittadinanza nazionale, dal momento che i diritti di libertà negativa sono riconosciuti alla persona in quanto tale, e non soltanto al cittadino. Ma anche molti diritti sociali sono riconosciuti, dal diritto positivo, a favore degli stranieri (C. Corsi).

Si assiste così ad un passaggio dalla "cittadinanza" ai "diritti di cittadinanza": "la cittadinanza cambia natura e si presenta come l'insieme dei diritti che costituiscono il patrimonio di ogni persona, quale sia il luogo del mondo in cui si trova" (S. Rodotà, 2012).

La cittadinanza si apre così a modelli plurali e differenziati e prende piede "l'idea di una multicittadinanza, o meglio, di una cittadinanza a dimensioni plurime", dove "a ciascun individuo potranno essere riconosciuti tanti livelli diversi di cittadinanza, a seconda del tipo di comunità cui fanno capo i singoli diritti di cui è riconosciuto titolare o i singoli doveri il cui adempimento gli è richiesto" (E. Grosso, 1998).

Nascono così gli statuti differenziati: dal cittadino italiano a quello europeo, per passare al cittadino extracomunitario, o a stutati particolari come quelli del lavoratore, del familiare, etc. (V. Colcelli e C. Corsi).

La frantumazione del concetto di cittadinanza offre spazio anche alle c.d. aperture laterali, e, quindi, a nuove forme orizzontali di cittadinanza: il termine cittadinanza è stato così "ghermito da una tendenza aggettivante senza precedenti: oltre che di cittadinanza politica, si parla assai più spesso di cittadinanza sociale, amministrativa, globale, locale, attiva, scientifica, ambientale, sanitaria, ecc." (A. Valastro).

Forme di cittadinanza che tra l'altro si sono ipostatizzate in centri di interessi diversi

dall'individuo, quali le associazioni portatrici d'interessi diffusi. Si pensi alle dimensioni che ha assunto il volontariato, come centro motore del dovere costituzionale inderogabile di solidarietà sociale (S. Gallerini). Ma anche alle associazioni ambientaliste o a quelle sorte in difesa dei consumatori, come anche ai vari Tribunali del malato che si sono diffusi sul territorio nazionale: tutte portatrici dei vari diritti di cittadinanza che mano a mano vengono riconosciuti non solo dal diritto positivo ma a anche dalla giurisprudenza.

Il dato comune a questo processo di frantumazione verso le cittadinanze è quello dell'affermazione del "diritto ad avere diritti" (ancora S. Rodotà, 2012). Che comporta, tuttavia, come di recente evidenziato, il rischio di uno svilimento dei doveri di cittadinanza che vengono quasi messi nel dimenticatoio, in una sorta di oblio della memoria. Luciano Violante (2014) ha ricordato di recente come accanto al "diritto di avere diritti", c'è anche "un dovere di averi doveri", pena la deriva individualista a scapito del dovere di solidarietà e di responsabilità cui tutti siamo tenuti: difatti, i doveri specificano il senso complessivo della cittadinanza, come obbligo politico e come rete di rapporti civici.

Tra l'altro, la minore attenzione ai doveri nasconde, a volte, un aumento degli oneri inespressi e il sacrificio (di fatto) di diritti formalmente riconosciuti. Si pensi all'esempio di diritti, come quello al rispetto dei tempi di attesa per il godimento di prestazioni sanitarie, che vengono formalmente rispettati imponendo tuttavia oneri inespressi, come quello di doversi recare in luoghi molto lontani (a proprie spese), che in alcuni casi rendono ineffettivo il diritto o comunque impongono pesi economici non da tutti sostenibili.

Ma sui doveri avremo modo di tornare nel prosieguo della presente relazione.

Quello che, invece, preme per ora mettere in evidenza è che "l'età dei diritti" porta con sé un nuovo modello di unificazione giuridica.

La funzione unificante dei doveri ottocenteschi si è ormai esaurita: la popolazione italiana ha un grado di alfabetizzazione pari al 98% e l'obbligo della leva militare non esiste più.

Oggi, infatti, l'unificazione, meglio l'integrazione giuridica e sociale avviene mediante diritti, e soprattutto tramite la valorizzazione del principio di eguaglianza, della parità di genere, e del divieto di non discriminazione.

E' evidente quello che è successo negli Stati Uniti, dove, tramite una serie di fondamentali sentenze della Corte Suprema fondate sul principio di non discriminazione, sono state superate le

odiose limitazioni razziali e poi quelle legate alla differenza di genere: consentendo, quindi, una integrazione mediante diritti.

In Europa il medesimo fenomeno è, invece, più marcato nell'ottica dell'integrazione tra ordinamenti giuridici. Difatti, l'ordinamento comunitario si avvale dell' "integrazione mediante diritti" per dare *enforcement* alla propria debole unità giuridica. Come è stato acutamente messo in evidenza, l'UE non potendo avvalersi dell'uso della forza, non avendo una potestà coercitiva diretta nei confronti degli Stati, impiega i cittadini (e non solo) come una sorta di corpo di polizia della Corte di Giustizia (C. Harlow). Difatti, la possibilità da parte degli individui di poter invocare di fronte alla Corti nazionali diritti da far valere nei confronti degli Stati e delle autorità amministrative, impone agli ordinamenti nazionali di adeguarsi alla primazia del diritto europeo. Con l'affermazione della disapplicabilità delle fonti interne contrastanti con il diritto europeo, con la c.d. interpretazione conforme e con il principio di responsabilità degli Stati per violazione del diritto comunitario, il diritto europeo introduce misure a tutela sia dei diritti che dell'unità dell'ordinamento europeo, incoraggiando così "*l'enforcement del diritto e della giurisprudenza comunitaria nei singoli ordinamenti*" (A. Giusti). In definitiva, il riconoscimento di tali diritti da parte della Corte di Giustizia e delle Corti nazionali impone agli Stati un adeguamento dei propri ordinamenti alle regole uniformi europee, perseguendo in tal modo l'integrazione tra ordinamenti, in modo da renderli, se non uniti, perlomeno, omogenei.

E i medesimi effetti sono prodotti dal sistema CEDU nei confronti degli ordinamenti nazionali che non si uniformano ai diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione EDU.

Emerge, pertanto, un nuovo concetto di cittadinanza in funzione dell'unità e dell'integrazione tra ordinamenti, non basto più sui doveri, ma sui diritti.

Scopo delle prossime pagine è proprio quello di vedere come la cittadinanza amministrativa contribuisca a questo nuovo processo di integrazione (sociale e tra ordinamenti).

Perché il vero problema posto dalla post-modernità non è più quello di fare gli italiani, ma quello di dare risposte alle esigenze di integrazione di carattere endogeno (superamento dello squilibrio nord/sud e coesione sociale) e di carattere esogeno (integrazione europea e fenomeno dell'immigrazione di massa).

E l'unica strada percorribile appare, con tutta una serie di problemi, quello dell'integrazione mediante diritti di cittadinanza, inclusa quella che a noi pare la più importante, ovvero quella

amministrativa.

3. LA CITTADINANZA AMMINISTRATIVA NEI PERCORSI DELL'EQUITÀ ECONOMICO-SOCIALE

Nel progressivo e sempre mutevole scomporsi e ricomporsi della cittadinanza amministrativa un ruolo chiave è ricoperto dal sistema di rapporti con l'amministrazione deputata all'organizzazione e alla fornitura di servizi che soddisfano diritti sociali. Attraverso tale sistema gli individui sono messi in grado di realizzare i propri diritti e di sviluppare la propria personalità, secondo un disegno che trova il proprio fondamento nell'affermazione della centralità della persona e nell'impegno della Repubblica alla rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono la piena realizzazione di ciascuno.

Nel disegno costituzionale lo sviluppo individuale è indissolubilmente legato alla partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese, partecipazione che solo tale sviluppo è in grado di consentire pienamente.

Nella connessione fra questi due elementi si coglie con particolare nettezza il senso di quell'approccio, prima suggerito, in cui l'idea di appartenenza, *proprium* della cittadinanza politica, nella cittadinanza amministrativa si traduce in un "far parte" che è anche un "poter fare": poter studiare, curarsi, lavorare, vivere dignitosamente. In questo modo ciascuno, mentre realizza se stesso, contribuisce attraverso il proprio apporto (lavorativo, partecipativo, volontario, ecc...) alla vita della comunità attraverso un "fare" che dà progressivamente corpo e sostanza a quel "far parte".

Sotto questo profilo il riferimento che l'articolo 3 fa all'organizzazione "politica, economica e sociale", alla quale il pieno sviluppo della persona umana consente di partecipare, si congiunge perfettamente con il richiamo ai doveri di solidarietà anche qui "politica, economica e sociale" dei quali la Repubblica richiede l'adempimento in chiusura dell'articolo 2. Alla inviolabilità degli uni si lega l'inderogabilità degli altri (G. Bascherini) in una indissolubile connessione che è posta a fondamento dell'impianto costituzionale e che coerentemente ne rappresenta un limite alla revisione.

In tale legame si coglie anche il senso di una cittadinanza amministrativa che è relazione, prima con l'amministrazione che rende concreti i diritti e libera dai bisogni e, poi, con la comunità tutta, alla vita della quale si è posti in grado di partecipare e di contribuire pienamente.

Il riferimento che la Costituzione in diversi suoi articoli, a partire da quello in cui si sancisce il principio di eguaglianza, fa ai "cittadini", se inteso come relativo alla cittadinanza amministrativa interpretata in questo senso, può e probabilmente deve essere oggi capovolto: sono i diritti che fanno i cittadini e non i cittadini che soli possono godere dei diritti. Assicurando i diritti fondamentali per il tramite dell'amministrazione e della sua azione di servizio, lo Stato consente a ciascuno di partecipare e così di sostenere la vita della collettività amministrata, divenendone cittadino amministrativo. Si rompe il legame con l'appartenenza che caratterizza la cittadinanza politica e si dischiude in tutta la sua potenzialità l'idea dell'arricchimento sociale attraverso la liberazione individuale della persona in quanto tale. Esemplare in questa prospettiva la sentenza con la quale di recente la Corte costituzionale ha toccato il rapporto fra cittadinanza e partecipazione alla vita della collettività, sostenendo che il legislatore non può discriminare lo straniero "in regola" stabilendo per esso particolari limitazioni nell'esercizio dei doveri costituzionali di solidarietà (così nella sentenza 309 del 2013, a proposito della partecipazione dello straniero ai servizi regionali di volontariato).

In questa prospettiva l'analisi del modo in cui la tutela dei diritti sociali si è affermata, consolidata ed evoluta nel nostro sistema, rappresenta un punto di osservazione fondamentale per apprezzare le trasformazioni dell'amministrazione e del modo in cui, attraverso la relazione con essa e i legami che a partire da ciò si attivano con la collettività, si sono andati delineando alcuni tratti dell'attuale e della futura cittadinanza amministrativa.

Nel percorrere questo itinerario si farà prevalente riferimento agli studi di coloro che, con impegno e dedizione, hanno contribuito all'approfondimento del tema delle cittadinanze amministrative affrontando le diverse sfaccettature di tale complessa tematica. La lettura combinata dei loro lavori consente di apprezzare appieno il dispiegarsi della parabola dei diritti sociali lungo un percorso che, mentre mette sempre più al centro del sistema la persona con le sue specificità e i suoi bisogni e ne trae le conseguenze anche in termini di doverosità dell'amministrazione, si scontra con il depauperamento dell'effettività dei diritti che deriva dalle crescenti difficoltà che quella stessa amministrazione incontra nel farvi fronte.

3.1. Stato e diritti sociali

Lo Stato italiano subisce una profonda trasformazione a partire dalla fine degli anni

Sessanta: i diritti sociali sanciti in Costituzione cominciano a trovare spazio in una legislazione che fino a quel momento non era andata oltre un approccio disorganico e residuale in materia di diritti a prestazione. Possiamo dire che è soltanto a partire da quegli anni che si delinea pienamente la nuova forma di Stato sociale di diritto prodotto della stagione costituente apertasi nel secondo dopoguerra.

Se il quadro che si trovavano di fronte gli studiosi che celebrarono con i loro scritti il centenario delle leggi di unificazione amministrativa era ancora fortemente caratterizzato dalle esigenze della unificazione nazionale, quello che si apre successivamente è uno scenario diverso, in cui prendono corpo i bisogni legati ad una realtà unificata nelle istituzioni, ma ancora sperequata nei diritti.

Mentre si vanno delineando modalità di intervento pubblico che non erano nemmeno prospettabili nei decenni precedenti (Assistenza sociale:Vettori), altre si trasformano radicalmente (Sanità: D'Angelosante – Tubertini) e si compiono passi significativi nella direzione dell'espansione (Previdenza: Chiaromonte – Giubboni) e della uniformazione dei diritti di prestazione (Istruzione: Carloni). L'azione statale viene finalmente percepita come motore di una eguaglianza sostanziale che non può prescindere da un diretto impegno della sfera pubblica e dalla presenza di consistenti strutture amministrative. Nell'articolo 3, comma 2 della Costituzione si legge da ora in poi il "nesso indissolubile tra Stato di diritto e Stato sociale, nel senso che solo l'intervento nell'economia da parte degli organi pubblici può realizzare lo Stato di diritto in senso sostanziale, come sintesi di libertà e di eguaglianza" (Mengoni 1963: 159-160).

I successivi anni Settanta rappresentano un momento chiave dell'evoluzione dello Stato sociale italiano: il trasferimento di molte funzioni amministrative alle regioni è l'occasione per dare forma e compattezza a compiti di servizio prima disarticolati (ad es. assistenza sociale – Vettori) e si consolida la dimensione universalistica della gran parte delle prestazioni a tutela dei diritti sociali. Ma quegli stessi anni segnano anche il punto di vertice di una parabola espansiva che, nel sottovalutare drammaticamente gli aspetti della sostenibilità economico-fiscale dei sistemi che si venivano realizzando (Chiaromonte – Giubboni; D'Angelosante – Tubertini), dà avvio alla lunga fase delle riforme organizzative che ancora oggi sembra esserne il tratto caratterizzante.

È a partire dagli anni Ottanta che si avvia in Italia la dialettica fra diritti sociali e condizionamento economico organizzativo dei servizi che ne realizzano la soddisfazione. Mentre, anche a seguito dell'ondata neoliberista di quegli anni, iniziano i processi di revisione della spesa e

di ridimensionamento dell'amministrazione, il discorso sui diritti sociali si spezza in due: da un lato c'è l'argomento del nucleo incomprimibile che identifica un'area sottratta alle scelte della politica, dall'altro, c'è per l'appunto la dimensione tutta politica della decisione sulla configurazione di una tutela, che si qualifichi come piena realizzazione e non semplicemente come non violazione.

Con gli anni Novanta e l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht il Paese è posto di fronte al vincolo esterno europeo e le politiche interne iniziano a risentire di decisioni assunte in sede sovranazionale. La dimensione della scelta politica sui diritti diminuisce progressivamente e insieme al nuovo secolo si apre una stagione di radicalizzazione del condizionamento finanziario dei diritti. Con il Fiscal compact e la riforma dell'articolo 81 della Costituzione gli equilibri appaiono profondamente mutati (Mercati). Si configura quello che è stato definito il diritto della crisi: un diritto che si occupa sempre meno di diritti, assorbito piuttosto da contingenti esercizi di bilanciamento tra bisogni sociali e risorse finanziarie disponibili (Giubboni – Pioggia).

Anche a ragione di ciò, chi ricercasse una *ratio* unica e coerente nelle riforme che in quest'ultimo ventennio hanno coinvolto l'assetto del welfare italiano resterebbe deluso. Se appare chiara e reiterata la finalità di contenimento e stabilizzazione della spesa, non c'è traccia di una autentica revisione dell'impianto del nostro sistema di *welfare*, né in termini di correzione dei suoi principali squilibri distributivi interni, né in una prospettiva di investimento sociale, in linea con la terza "ondata" di trasformazione del Welfare identificata nelle analisi più recenti (A. Hemerijck 2013; ma anche Chiaromonte – Giubboni).

Si delinea piuttosto un impianto ibrido in cui "si stratificano [...] livelli e itinerari diversi e talvolta dissonanti" (Giubboni – Pioggia).

Ad uno sguardo contemporaneo i diritti sociali che danno corpo a diversi livelli di cittadinanza amministrativa appaiono oggi al centro di tensioni diverse e di segno opposto.

La più evidente è senz'altro quella che radicalizza il contrasto fra diritti costosi e riduzione della spesa pubblica: soggetti alla discrezionalità di un legislatore guidato da una politica non più preoccupata di realizzare un progetto di trasformazione economico-sociale, ma occupata a raggiungere obiettivi macroeconomici e di bilancio asimmetricamente fissati a livello europeo, i diritti sociali rischiano di essere «sfigurati» da strumento di emancipazione a contingente leva di riequilibrio economico-monetario (F. Bilancia).

Al tempo stesso il fondamento costituzionale dei diritti, che è anche fondarsi del disegno

costituzionale su di essi, è andato consolidando una lettura ricca del loro contenuto e della loro articolazione avviando una trasformazione del volto dell'amministrazione che eroga i servizi necessari a garantirli e progressivamente mutando il rapporto fra di essa e coloro che hanno diritto di godere delle prestazioni che fornisce.

3.2 Amministrazione dei diritti sociali e cittadinanza amministrativa

I diritti sociali sono stati inizialmente subordinati all'esistenza e poi a lungo modellati dalla conformazione dell'amministrazione deputata a soddisfarli. A ciò è corrisposta in una primissima fase una lettura "debole" del dettato costituzionale in materia, nel senso, come è noto, della programmaticità delle relative norme, ritenute insuscettibili di consentire l'autonoma costituzione di pretese direttamente garantite ai singoli. Successivamente si è giunti alla qualificazione come interessi legittimi della quasi totalità delle situazioni soggettive di pretesa nei confronti dell'amministrazione che eroga i servizi necessari a garantire la soddisfazione dei diritti sociali. Ciò appariva del tutto coerente con l'idea di un rapporto dell'individuo con il potere, innanzi tutto organizzativo, dell'amministrazione, anche nella relazione in cui quest'ultima fornisce una prestazione di servizio.

Da un punto di vista concettuale si afferma e si consolida l'idea della "precedenza" dell'amministrazione rispetto ai diritti, anche costituzionali, idea che dà corpo ad un cittadino "amministrato" prima ancora che ad un cittadino amministrativo. Non che manchino da parte dell'amministrazione doveri di erogazione dei servizi che soddisfano diritti fondamentali, come segnalano già diversi commentatori del centenario delle leggi di unificazione, ma si tratta di doveri che discendono dalle leggi che disciplinano il funzionamento e l'organizzazione dell'amministrazione e che, nel definire tali aspetti, indirettamente e subordinatamente a ciò, conformano le pretese dei cittadini che si confronteranno con essa.

A lungo nella visione della dottrina e della giurisprudenza amministrative la legge continua a fare ombra al dettato costituzionale e prevale un atteggiamento "continuista", che ridimensiona, fino addirittura a sminuirla, la portata rivoluzionaria della Costituzione, continuando a proporre il paradigma statualistico della dimensione soggettiva dell'amministrazione come potere, nonostante questo sia ampiamente contraddetto proprio dalla carta fondamentale ([Allegretti; Bartole]). Se è Zanobini ad affermare nel suo manuale del 1959 che la Costituzione "nel diritto

amministrativo ha una importanza soltanto remota", Vittorio Emanuele Orlando rintraccia nelle norme che riconoscono i diritti sociali addirittura una potenziale minaccia per la stabilità dell'ordinamento giuridico (Fioravanti, 17). Lo stesso Giannini nella sua voce "Atto amministrativo" del 1959 liquida come "inaccettabile la tesi secondo cui la garanzia costituzionale dei diritti di libertà segnerebbe il limite all'azione amministrativa".

Se i diritti di libertà non costituivano limiti, a maggior ragione i diritti sociali non potevano configurare pretese direttamente azionabili nei confronti dell'amministrazione. La dimensione politica e quella amministrativa della cittadinanza risultano quindi ampiamente sovrapposte, identificandosi entrambe nell'appartenenza-soggezione ad un ordinamento giuridico statuale.

A partire dalla fine degli anni Settanta, anche grazie al dialogo diretto instaurato fra giudici ordinari e Costituzione (Pioggia, 2010), i diritti sociali che trovano in essa fondamento iniziano a ricevere un riconoscimento e una piena tutela anche nei confronti dell'amministrazione. Ma si tratta di un processo che passa per la sottrazione alla giurisdizione amministrativa della cognizione sui diritti costituzionali fondamentali attraverso l'affermazione dell'assenza di un potere amministrativo idoneo a conformarli. Alla presenza del diritto si fa corrispondere la mancanza del potere, oscurando la dimensione doverosa di quest'ultimo anche quando si esprime in scelte organizzative attinenti le modalità di erogazione dei servizi che a quei diritti dovrebbero dare soddisfazione e, quindi, effettività e concretezza. Per questo, in corrispondenza dell'affermazione giurisdizionale di veri e propri obblighi dell'amministrazione a fronte di diritti costituzionali, non c'è alcuna profonda revisione del ruolo dell'amministrazione, né prende corpo sostanziale una cittadinanza amministrativa dei diritti fondata sulla Costituzione, per la quale occorrerà attendere tempi molto più recenti.

La dottrina che àncora la funzione e i caratteri dell'amministrazione alla realizzazione del progetto di società iscritto nella nostra carta fondamentale resta a lungo minoritaria (Bachelet, Allegretti) ed è solo con l'avvio dell'ultimo decennio del secolo scorso che inizia un ripensamento più organico dei caratteri dell'amministrazione pubblica attraverso il capovolgimento del paradigma precedente: non è più il modo di essere dell'amministrazione che definisce i diritti, ma sono le esigenze di soddisfazione di questi ultimi che disegnano i doveri della prima e conseguentemente incidono sui requisiti del suo modo di essere organizzativo. Nel 1991 Allegretti raccoglie in un significativo volume i suoi scritti su amministrazione e Costituzione. Ne emerge con chiarezza la possibilità, non ancora concretizzatasi nell'ordinamento, di una nuova

amministrazione, i cui tratti delineano una rivoluzione concettuale capace di trasformare non solo il ruolo degli apparati amministrativi, ma la stessa società per il tramite di una nuova cittadinanza dei diritti. In quegli stessi anni significativamente Giorgio Pastori segnala la portata dirompente della centralità dei diritti sociali nella trasformazione dell'amministrazione, ma anche e soprattutto nella trasformazione della società, esortando a fa uscire la loro attuazione dal rapporto "quasi obbligato con i pubblici poteri... per riportarli ... nell'organizzazione, o meglio nell'ordinamento della società".

La priorità dei diritti sull'amministrazione sta alla base della stessa pensabilità di una idea di cittadinanza amministrativa ricostruibile a partire dal "far parte" piuttosto che dall'appartenenza su cui si fonda la cittadinanza politica. La perdita di centralità del paradigma dell'amministrazione come autorità, consente di ricostruire i rapporti con essa sulla base di una pluralità di relazioni in cui acquista progressiva importanza l'individuo, il soggetto che si relaziona con l'amministrazione e che attraverso di essa intesse legami con la comunità. Emblematico di questo capovolgimento di prospettiva è il saggio di Benvenuti del 1994 sul nuovo cittadino, in cui il tramonto dell'amministrazione intesa come autorità consente il passaggio da una idea di cittadinanza fondata sulla libertà passiva di opporsi all'esercizio del potere a quella di una cittadinanza caratterizzata dalla libertà attiva di partecipare, condividendo le responsabilità e dando concretezza, insieme, al principio della solidarietà e al valore dell'esistenza individuale. Due anni dopo Arena collega concettualmente l'utenza dei servizi alla sovranità, proseguendo il percorso lungo il quale si va delineando una nuova cittadinanza propriamente qualificabile come amministrativa.

Gli anni Novanta sono anche gli anni in cui prende avvio la più grande stagione di riforme dell'amministrazione pubblica italiana. Certi tratti della consistente trasformazione a cui è sottoposta testimoniano alcuni effetti del capovolgimento del rapporto fra organizzazione e diritti. In particolare aspetti come quello della maggiore flessibilità organizzativa che discende dalla privatizzazione dei rapporti di lavoro, ma anche dal riconoscimento di importanti forme di autonomia alle strutture erogatrici, (si pensi al caso della sanità), sono resi possibili, se non per alcuni versi motivati, proprio dall'enfasi sulla natura strumentale dell'amministrazione e delle prestazioni da essa erogate rispetto alle esigenze di soddisfazione dei diritti. Per la prima volta l'organizzazione, alla stabilità della quale si era a lungo riconosciuta la funzione di garanzia di prevedibilità in ordine alle modalità di esercizio del potere amministrativo, diventa elemento

flessibile, da decostruire e ricostruire, almeno in parte, intorno alle esigenze della prestazione. Sono molti altri gli elementi che testimoniano un approccio sempre più sensibile all'idea della strumentalità all'amministrazione, come, ad esempio, l'investimento sull'orientamento al risultato e sulla qualità della gestione, nonché le diverse forme di semplificazione che cercano di favorire la soddisfazione dell'utente anche nella relazione di servizio. Contemporaneamente si rompe anche la tradizionale uniformità dell'amministrazione attraverso la valorizzazione delle autonomie e il decentramento delle responsabilità nell'organizzazione e nella gestione dei servizi che soddisfano i diritti sociali. Si assiste così, a partire dalla fine del secolo, ad una "denazionalizzazione" dello Stato sociale (D'Angelosante-Tubertini) che caratterizza non solo l'esperienza italiana, ma anche quella di molte altre realtà nazionali europee, anche sulla spinta di politiche dell'Unione di valorizzazione diretta dei livelli territoriali intermedi. Le ragioni sono diverse: certamente fra le più diffuse quella della maggiore efficienza nella gestione dei servizi, che si cerca di conseguire avvicinando erogazione e responsabilità politica ed economica degli stessi. Non mancano però in questo quadro anche altre motivazioni, collegate all'idea che la valorizzazione delle autonomie territoriali sia funzionale anche al raggiungimento di più efficaci forme di eguaglianza sostanziale, proprio attraverso la possibilità che le modalità di erogazione dei servizi si adattino alle diverse esigenze delle diverse realtà territoriali, ma anche sociali che frammentano il Paese (D'Angelosante-Tubertini). Si configura così una cittadinanza amministrativa di prossimità, che se, da un lato, si presenta come astrattamente in grado di realizzare appieno la strumentalità dell'amministrazione alla garanzia dei diritti sociali e con ciò dell'eguaglianza sostanziale, dall'altro, contiene anche il seme di nuove possibili disparità.

Al rischio che la cittadinanza amministrativa dei diritti, appena consolidata, finisca per disarticolarsi e dissolversi nella relazione diseguale con una amministrazione plurale e diversificata a livello organizzativo e territoriale, si cerca di porre un argine all'inizio del secolo attuale attraverso la costituzionalizzazione del legame fra doverosa garanzia dei diritti, anche sociali, e uniformità delle prestazioni erogate per soddisfarli (E. Carloni, 2004). Nella previsione della competenza del legislatore statale a fissare i livelli essenziali e uniformi delle prestazioni idonee a soddisfare i diritti sociali c'è l'impegno delle istituzioni a realizzare tali prestazioni attraverso l'amministrazione, ma quest'ultima non compare nella previsione costituzionale sui livelli, a conferma della sua strumentalità, prima ancora che della sua plurale articolazione territoriale e funzionale.

La frattura del legame che subordinava l'esistenza stessa del diritto e le possibilità e i modi della sua soddisfazione all'amministrazione diventa definitiva con l'elevazione della "prestazione" ad autonomo oggetto costituzionale. Con la modifica del 2001 la Costituzione porta a compimento la pienezza giuridica dei diritti sociali che si traduce nella diretta esigibilità dei servizi a cui danno titolo, se non altro per la parte configurata come livello essenziale, a prescindere dall'amministrazione alla quale ci si rivolge.

3.3. Cittadinanza amministrativa e territorio

Nell'ottica della cittadinanza amministrativa, la priorità dei diritti rispetto all'amministrazione favorisce così il progressivo indebolimento, fino ad alcuni casi alla dissoluzione, del fattore "appartenenza" al territorio. Si è fatto prima riferimento alla dimensione di prossimità che la cittadinanza amministrativa acquista attraverso il decentramento della responsabilità oltre che dell'erogazione dei servizi. Ciò non significa soltanto avvicinamento al luogo in cui il cittadino si è stabilito, ma corrisponde anche ad attenuare il legame fra l'appartenenza al territorio locale e il godimento di diritti di cittadinanza amministrativa. Nel nuovo quadro, infatti, la relazione di servizio si costituisce con l'amministrazione "vicina" che si può scegliere e cambiare semplicemente spostandosi.

La mobilità sanitaria nazionale è un esempio particolarmente efficace del dissolversi del legame fra esercizio del diritto e territorialità. La possibilità del cittadino di rivolgersi ad un servizio sanitario regionale diverso da quello della regione di appartenenza, se, da un lato, ha reso più evidente e concreta la strumentalità dell'amministrazione rispetto al diritto, che diviene anche diritto di scelta del luogo di cura, dall'altro, vira la strumentalità dell'amministrazione a competizione fra amministrazioni fornitrici di servizi, con conseguenze non prive di rischi per la tenuta del sistema solidaristico - redistributivo su cui si fonda il modello di stato sociale che si è andato costituendo sino ad ora (D'Angelosante – Tubertini). La prestazione e con essa il diritto sociale rischiano di divenire prodotto di un mercato in cui sono in gioco non solo le risorse, ma in alcuni casi la sopravvivenza stessa delle amministrazioni. Nel campo dell'istruzione, anche obbligatoria, ad esempio, l'aumento della libertà di scelta dell'istituto scolastico ha prodotto in certi casi effetti di "ghettizzazione" determinati dall'abbandono di scuole percepite come "mal frequentate" o meno di moda (Carloni).

Ma l'acquisita priorità dei diritti rispetto all'amministrazione segna anche percorsi di evoluzione della cittadinanza amministrativa che travalicano i confini nazionali per proiettarsi nella dimensione europea. Il fenomeno qui acquista il volto della "portabilità" dei diritti attraverso lo spazio europeo.

Anche a questo livello possono rintracciarsi i segni di una cittadinanza amministrativa che prende corpo e si trasforma in corrispondenza del capovolgimento del rapporto fra amministrazione e diritti. Se la priorità della prima sui secondi si è a lungo tradotta nel mantenimento all'interno della sfera di sovranità statale della decisione in ordine alla dimensione della cittadinanza sociale, che coincideva quindi in pieno con la cittadinanza-appartenenza nazionale, lo spostamento dell'equilibrio verso la centralità-priorità dei diritti ha aperto la strada a pretese che impegnano gli Stati anche nei confronti di cittadini appartenenti ad altre nazioni dell'Unione e anche nei confronti dei propri cittadini che esercitano i loro diritti in altri territori nazionali.

In ambito europeo tuttavia le dinamiche della strumentalità dell'amministrazione (intesa qui ampiamente come sistema nazionale di protezione dei diritti) non hanno avuto come diretto riferimento i diritti sociali, mirando piuttosto a tutelare diritti altri, legati direttamente al processo di costruzione di uno spazio economico europeo senza confini interni. E' così che, già a partire dagli anni Settanta, la fruibilità di buona parte delle prestazioni previdenziali per tutti i cittadini-lavoratori europei in tutti i Paesi dell'Europa, è stata strumentale alla effettività del diritto di libera circolazione dei lavoratori (Giubboni). Lo stesso è accaduto più di recente per l'ampliamento dei diritti legati alla fruizione di cure mediche all'estero che ha avuto anche l'obiettivo di eliminare alcune restrizioni alla libera prestazione dei servizi sanitari nel mercato interno, come quelle determinate dalla necessità di una previa autorizzazione per il rimborso delle cure godute in un diverso Paese membro (D'Angelosante-Tubertini).

Se l'effetto è stato e sarà comunque quello di impedire progressivamente ai singoli Stati di utilizzare l'appartenenza ad un determinato territorio nazionale come filtro per il godimento di un numero crescente di prestazioni sociali, consolidando una cittadinanza amministrativa europea, questa doppia strumentalità - non solo, cioè, quella dell'amministrazione rispetto ai diritti, ma anche quella dei diritti sociali rispetto ai diritti di libertà economica - porta con sé dei rischi che non si debbono trascurare.

La funzionalizzazione dei diritti sociali ad un progetto diverso da quello della piena

realizzazione della persona, ne compromette, innanzi tutto, la capacità di resistenza: di fronte ad obiettivi di riequilibrio finanziario o di stabilità monetaria, la riduzione delle prestazioni che ad essi danno corpo e sostanza può divenire uno strumento di manovra da imporre agli Stati in crisi. Da un altro punto di vista, la strumentalità dei diritti sociali consente all'Europa di continuare a "scaricare" la responsabilità della loro assicurazione all'interno della solidarietà statale, anche quando i confini e i requisiti della cittadinanza sociale vengono stabiliti a livello europeo (Giubboni).

Ma forse il rischio in prospettiva più consistente, soprattutto nell'ottica di una comune cittadinanza amministrativa europea, è quello della frattura fra luogo del riconoscimento del diritto e luogo del contributo che, attraverso la piena realizzazione di sé, si è in grado di fornire alla collettività. Quando il diritto è a carico di uno Stato, ma è esercitato in un altro, la restituzione solidale alla collettività in alcuni casi può riguardare soltanto il secondo, impoverendo il primo e determinando una divaricazione progressiva delle condizioni di vita e quindi di cittadinanza nei territori nazionali. Un esempio può essere utile a chiarire tale dinamica. Si pensi ai servizi sanitari che impiegano tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo. Per funzionare hanno bisogno della solidarietà di coloro che donano i propri gameti affinché siano impiegati a favore delle coppie in cui uno o entrambi i partner siano completamente infertili. La donazione avviene in buona misura da parte delle coppie che accedono alle stesse tecniche, ma che impiegano i propri gameti e che donano quelli inutilizzati. Ora, è evidente che in questo caso il luogo di esercizio del diritto di salute riproduttiva e il contributo solidale alla comunità siano spesso strettamente collegati. Se si considera questo aspetto, insieme alla possibile evoluzione dell'ancora giovane disciplina sull'assistenza sanitaria transfrontaliera, si intravede in quale modo i luoghi in cui i diritti sono scarsamente esercitati (per difficoltà spesso legate proprio all'amministrazione che dovrebbe garantirli) siano destinati ad un progressivo "impoverimento" sociale, peggiorando ulteriormente le condizioni di esercizio di quegli stessi diritti. Gli esempi possono valere, sempre in campo sanitario, per la donazione di sangue o di organi, ma lo stesso discorso può essere fatto, a maggior ragione, per altri diritti il cui esercizio contiene o favorisce una restituzione alla comunità, come quelli all'istruzione o al lavoro.

Un ultimo fondamentale aspetto che merita di essere sottolineato nel quadro del rapporto fra cittadinanza amministrativa e territorio è quello del riconoscimento dei diritti sociali agli stranieri extracomunitari. Anche qui il percorso è fortemente segnato da quel capovolgimento del

rapporto fra amministrazione e diritti e dalla trasformazione della relazione fra appartenenza territoriale dell'utenza e doveri di servizio dell'amministrazione. In molti casi è stato il principio di eguaglianza che, in combinazione, con quello personalistico ha trasformato l'appartenenza da requisito di godimento di un diritto a elemento di inaccettabile discriminazione. Il caso lombardo della limitazione del diritto alla gratuità dei trasporti pubblici ai soli invalidi cittadini italiani è esemplare in questo senso (Corsi). La cittadinanza appartenenza qui soccombe a favore della cittadinanza presenza qualificata, quel "far parte" a cui si è fatto frequente riferimento.

La relazione con il territorio nel caso degli stranieri si ridisegna quindi lungo itinerari diversi: la residenza, la residenza protratta, il luogo lavorativo, ecc..., che costituiscono legami più mobili e contingenti, a partire dai quali si compongono comunque diversi livelli di cittadinanza amministrativa (Corsi). Ma il rapporto con il territorio può avere anche una declinazione diversa. Quando manca del tutto un titolo legale a disciplina nazionale che legittimi la presenza sul territorio dello Stato, diventa rilevante la semplice esistenza della persona e qui ad essere assoluta protagonista è la disciplina che regola i servizi sociali e le modalità della loro fornitura-godimento. La declinazione della cittadinanza amministrativa in questi casi può essere ridisegnata anche dalla competenza regionale e locale nella regolazione delle prestazioni. E' l'ipotesi che si concretizza, ad esempio, in quelle regioni in cui la legge ha previsto che di certe prestazioni sociali possano godere anche immigrati irregolari. Mentre si arricchiscono i contenuti di una cittadinanza tutta amministrativa, si delineano così anche qui nuovi confini interni di possibili diseguaglianze.

4. LA CITTADINANZA AMMINISTRATIVA NEL RAPPORTO CON LA BUONA AMMINISTRAZIONE

Un itinerario in buona misura parallelo a quello appena ricostruito con riferimento ai diritti sociali è quello della costruzione di una nuova cittadinanza amministrativa attraverso il consolidarsi dei diritti ad una buona amministrazione.

Anche qui il capovolgimento dell'equilibrio fra amministrazione e diritti è alla base di un percorso in cui alla soggezione dell'amministrato nei confronti del potere si sostituisce la relazione del cittadino con l'amministrazione che persegue il bene collettivo attraverso una funzione avente caratteri autoritativi.

Il quadro appare oggi sufficientemente consolidato anche se, diversamente da quanto accade per i diritti sociali, l'ancoraggio con la Costituzione è meno diretto.

Un altro aspetto qui rilevante è la maggiore interconnessione fra ordinamenti nazionali ed europeo nell'elaborazione dei diritti ad una buona amministrazione, trattandosi in buona parte di diritti che non hanno una incidenza pesante sulle finanze pubbliche statali.

Una vera e propria Carta dei diritti però non esiste né a livello europeo né in Italia, al contrario di quanto avvenuto per le carte degli utenti dei servizi pubblici.

Tuttavia, sia a livello europeo che nazionale possiamo trovare con sicurezza una serie di diritti posti a garanzia del cittadino che si rapporta con la pubblica amministrazione.

In primo luogo, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dove nel Titolo V dedicato alla Cittadinanza è sancito "il diritto ad una buona amministrazione" (art. 41): tra i diritti contemplati dall'art. 41 vi è quello ad essere ascoltati, il diritto di accesso ai documenti e l'obbligo di motivare gli atti amministrativi. Nel "diritto ad una buona amministrazione" è inclusa, pure, la possibilità di ottenere il risarcimento dei danni cagionati dalle istituzioni comunitarie. Né va dimenticato il diritto ad un giusto processo, comprendente le garanzia di un contraddittorio oppositivo, riconosciuto dalla Convenzione EDU nell'ambito dei procedimenti sanzionatori e di quelli curati dalle autorità indipendenti.

Tali diritti, inoltre, sono garantiti a livello interno sia dalla legge n. 241/90 (diritto di essere ascoltati, diritto d'accesso, obbligo di motivazione), che dalla giurisprudenza (diritto al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi a partire dalla nota sentenza di Cass. S.u., n. 500/99).

Come ha evidenziato Marco Bombardelli nella sua ricerca, i diritti partecipativi, pur avendo trovato ingresso nel nostro ordinamento, hanno assunto, grazie alle successive scelte legislative e, soprattutto, alla giurisprudenza una dimensione meramente oppositiva (partecipazione in contraddittorio), mentre la funzione collaborativa e democratica si è notevolmente stemperata. Come del resto, oggi, è sempre più avvertita la necessità di colmare questo vuoto tramite l'introduzione dell'istruttoria pubblica, che consentirebbe una partecipazione effettiva e democratica nei procedimenti di massa.

Peraltro, la presente ricerca dimostra che questo deficit oggi può essere colmato grazie alla valorizzazione di alcuni principi generali dell'azione amministrativa, che hanno trovato ingresso negli ultimi tre lustri. In questo quadro, Alessandra Valastro nella sua relazione, ha messo in evidenza come, a livello degli enti locali, la democrazia partecipativa abbia ripreso slancio negli

ultimi anni, grazie anche alla necessità di sopperire alla crisi finanziaria in atto: sono proliferati migliaia di regolamenti che valorizzano nuove forme di partecipazione dal basso, introducendo vari strumenti partecipativi quali consultazioni pubbliche, bilanci partecipativi, forme di dibattito pubblico, giurie civiche, ecc. Ciò è stato consentito grazie ad una valorizzazione del principio di sussidiarietà (Giglioni) e del dovere di solidarietà civica (Pieroni).

Sotto il profilo partecipativo, va, pure segnalata l'importanza del principio di proporzionalità, così come importato dalla tradizione europea: difatti, la "proporzionalità", come segnalato da Alessandra Albanese nella sua ricerca, "tende a configurarsi come un principio posto a baluardo della effettività di altri principi e di specifici diritti di cui i cittadini godono (in primo luogo in forza delle norme contenute nella legge sul procedimento amministrativo) nei confronti della pubblica amministrazione, per garantirne la consistenza, assicurandone un'applicazione sostanziale e non meramente formalistica". In altri termini, secondo Albanese, la proporzionalità, imponendo all'amministrazione di compiere la scelta meno invasiva per l'amministrato, rafforza le esigenze partecipative e di garanzia: difatti, l'amministrazione, dovendo al contempo trovare la soluzione più adeguata a tutelare l'interesse pubblico, ma con il minor sacrificio per il privato, è tenuta a "prendere in considerazione in modo specifico (spesso attraverso un confronto dialettico) gli interessi secondari coinvolti nella decisione da assumere".

Sempre dall'ordinamento europeo è penetrato nel nostro ordinamento il principio di tutela del legittimo affidamento (c.d. buona fede oggettiva), che impone alla pubblica amministrazione di comportarsi, nell'esercizio della funzione amministrativa, secondo canoni di correttezza. La valorizzazione di questo principio ha consentito di riconoscere veri e propri diritti, quali quello all'indennizzo in caso di revoca del provvedimento amministrativo (art. 21-*quinquies*, l. n. 241/90), o quello del risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale cagionato nel corso di procedure di evidenza pubblica. Come anche la giurisprudenza sul c.d. danno da contatto si fonda sulla valorizzazione del principio di buona fede (Giusti).

Serenella Pieroni ha, peraltro, evidenziato che il principio di tutela del legittimo affidamento è *double face*, nel senso che non rafforza soli i diritti dell'amministrato, ma impone il rispetto dei doveri: la buona fede, difatti, si manifesta come "dovere civico", per l'amministrato, di tenere un comportamento leale e corretto nei confronti dell'amministrazione; non bisogna, difatti, dimenticarsi che la buona fede oggettiva impone un canone di reciprocità tra le parti, per cui su entrambe (p.a. e cittadino) incombe un obbligo di reciproca correttezza.

Discorso a parte merita la "trasparenza", da intendersi come "amministrazione casa di vetro"). Negli ultimi anni, non solo in Italia, il diritto di accesso ai documenti amministrativi si è mano a mano ampliato fino a dilatarsi in un vero e proprio diritto all'informazione: la dilatazione ha riguardato sia l'aumento delle informazioni accessibili, che i soggetti legittimati ad accedervi. Sicchè in termini di diritti di cittadinanza si è avuto un sicuro ampliamento.

A livello globale il modello più diffuso è stato quello del FOIA (*Freedom of information act*), cioè di un diritto di informazione generalizzato e riconosciuto a tutti, con poche limitazione a tutela della *privacy* e di alcuni valori fondamentali dell'ordinamento democratico. Anche il nostro ordinamento si sta apprestando a recepire tale modello, in forza di una delega contenuta nella c.d. legge Madia (l. n. 124/2015). L'estensione della trasparenza a diritto civico, come segnala nella sua relazione Benedetto Ponti, rischia di creare conflitti con altri valori e soprattutto una sua generalizzazione si presta ad essere oggetto di abusi. L'esperienza comparata dimostra che oggi come oggi *l'open access* alle informazioni pubbliche non sempre rafforza gli istituti democratici: difatti, gli intermediari delle informazioni (*mass-media*, istituti di ricerca, etc.) tendono ad orientare la diffusione delle informazioni pubbliche in forma scandalistica, alimentando sfiducia, disaffezione, cinismo nei confronti della politica e delle istituzioni democratiche. Per cui, osserva Benedetto Ponti, che è la stessa nozione di cittadinanza ("intesa come cittadinanza informata, corretta, e consapevole possibilità di interlocuzione tra istituzioni pubbliche e società civile") ad essere messa in crisi.

La trasparenza, pertanto, rappresenta il caso paradigmatico volto a dimostrare che una eccessiva dilatazione dei diritti di cittadinanza crea come paradosso quello di mettere in crisi la stessa cittadinanza. Una vera cittadinanza amministrativa deve, invece, trovare sempre un equilibrio secondo canoni di proporzionalità e ragionevolezza tra diritti e doveri del cittadino.

Altro settore in cui vi è difficoltà a trovare tale equilibrio è quello della "semplificazione amministrativa", principio affermato più a parole che nella pratica. Dalla relazione di Giorgio Vercillo emerge un impressionante elenco di interventi legislativi che si sono susseguiti dal 1990 in avanti, sia a livello interno, che europeo, volti a semplificare, ridurre i tempi, accorciare le procedure, ampliando il campo di operatività del silenzio assenso e della scia (segnalazione certificata di inizio di attività). Spesso, però, la sensazione che ha il cittadino è che in realtà tali misure di semplificazione determinino, come paradosso, svariate complicazioni. Sforzo che pertanto fa tornare alla mente la metafora della "montagna che ha partorito il topolino".

Per superare l'*empasse* occorrerebbe far maggior leva sui diritti di cittadinanza, mettendo al centro delle politiche di semplificazione la persona e l'impresa. Il senso d'insoddisfazione della cittadinanza per le politiche di semplificazione è crescente e mette in crisi e in cattiva luce anche tutto quello che c'è di buono nelle nostre amministrazioni pubbliche. Ciò dipende, innanzitutto, da una ritrosia culturale della burocrazia, che appare sempre più autoreferenziale e percepisce la semplificazione come un "fastidio".

Di fastidi per la burocrazia ve ne sono tanti: il fastidio della partecipazione, il fastidio della trasparenza, il fastidio, per l'appunto della semplificazione. Si è visto nelle pagine precedenti che il miglior antidoto a questi "fastidi" è l'estensione dei diritti di cittadinanza, che hanno contribuito non poco alla creazione di una amministrazione partecipata e trasparente. Analoga soluzione dovrebbe essere perseguita per arrivare ad una "amministrazione più semplice".

Gli assetti organizzativi e procedurali dovrebbero partire dalla figura della "cittadinanza attiva" in cui è lo stesso cittadino a collaborare attivamente alla riorganizzazione dell'amministrazione: quindi ben vengano le odierne prassi che impiegano la tecnica del *notice and comment* per la predisposizione di testi normativi che coinvolgono la riforma della p.a.

Inoltre, si dovrebbe credere di più su quei diritti su cui vi è stata una consistente e significativa elaborazione teorica: si pensi alla monografia di Marcello Clarich sul "diritto al termine" (1996). Ma si dovrebbe pure valorizzare la giurisprudenza europea che sulla base del diritto ad una buona amministrazione ha imposto misure di semplificazione ed accelerazione alle istituzioni comunitarie (inserire giurisprudenza su diritto ad una buon amministrazione).

Più timido è, invece, il nostro legislatore, il quale, pur avendo introdotto dei nuovi diritti in termini di accelerazione e semplificazione (diritto all'efficienza; diritto all'indennizzo automatico e forfettario), non li ha, poi, assistiti con un adeguato *enforcement*. Anche in questo caso il "diritto della crisi economica" ha dato prevalenza alla dinamica del risparmio di spesa, piuttosto che a quello dell'efficienza e semplificazione. In primo luogo si pensi al, già richiamato, diritto all'indennizzo automatico e forfetario per il danno da ritardo: quest'ultimo già previsto in una delega della l. Bassanini (57/1997), è stato finalmente introdotto nel 2013 con il c.d. decreto del fare (d.l. n. 69/2013). Tuttavia, il legislatore ha limitato l'ambito soggettivo di efficacia del diritto all'indennizzo, circoscrivendolo solamente ai procedimenti relativi all'avvio ed all'esercizio di impresa (art. 28, c. 10, d.l. cit.) e per di più solamente per un periodo sperimentale di 18 mesi (oggi scaduto e non rinnovato). Inoltre, il procedimento di accertamento e liquidazione dell'indennizzo è

il contrario di quanto dovrebbe discendere dall'applicazione del principio di semplificazione, poiché pieno di complicazioni procedurali (sic!) – art. 28, c. 1 -. L'entità dell'indennizzo è irrisoria: 30 euro al giorno, per un massimo di 2.000 euro. Il risultato è che la previsione non ha avuto sostanziale applicazione.

Altro diritto le cui potenzialità sono state tarpate da esigenze di contenimento della spesa è quello all' "efficienza della p.a." tutelabile tramite la c.d. *class action* (d.lgs. n. 198/09) La vera novità derivante dall'introduzione di tale azione è stata quella di dare giuridica rilevanza all'interesse all'efficienza organizzativo, rendendolo un vero e proprio "diritto civico", tutelabile ed azionabile di fronte al giudice amministrativo. L'azione per l'efficienza di per sé potrebbe sortire dei benefici reali in termini di miglioramento delle *performances*, che potrebbero essere sanzionate ed attuate mediante le sentenze del giudice amministrativo. Tuttavia, tale modello teorico è stato fortemente depotenziato fino a renderlo sostanzialmente ineffettivo, per le solite ragioni poste a presidio del contenimento della spesa pubblica.

Sicchè anche in questo caso la montagna ha partorito il topolino, in quanto l'azione per l'efficienza non può, a pena di inammissibilità, comportare aggravi di spesa: il giudice amministrativo, difatti, nel valutare la legittimazione al ricorso e nel disporre le misure attuative deve tener conto dei "limiti delle risorse strumentali, finanziarie e umane già disposte in via ordinaria e senza oneri per la finanza pubblica". Come per i diritti sociali anche i diritti ad una buona amministrazione vengono confinati dalle ristrettezze derivanti dai vincoli di bilancio.

4.1. Interesse legittimo e cittadinanza amministrativa

Per quanto più propriamente riguarda la funzione amministrativa, le nuove forme di cittadinanza nel rapporto con la buona amministrazione, impongono sempre di più il passaggio dalla classica cura degli interessi pubblici in forma unilaterale ed autoritativa, compendiata nel provvedimento amministrativo, a forme di collaborazione e cooperazione (partenariati per la sussidiarietà) fondate sugli accordi (a questo proposito Fabio Giglioni evidenzia la difficoltà di ricondurre questo tipo di accordi alle forme paradigmatiche di cui all'art. 11, l. 241/90: anche se ci sembra indubitabile che l'art. 11 sia espressivo di un principio generale di consensualità che dà ampia copertura anche a questa tipologia di accordi di cittadinanza).

Cittadino partecipante e funzione amministrativa portano, tra l'altro, ad un tema centrale

con cui si deve confrontare il rapporto di cittadinanza amministrativa, ovvero l'interesse legittimo (confinato naturalmente al rapporto col potere amministrativo e quindi non riguardante direttamente il tema dei diritti di cittadinanza verso l'amministrazione di servizio).

Dobbiamo notare che dalla lettura dei vari contributi che innervano la presente ricerca solo uno si occupa dell'interesse legittimo (A. Giusti): sembrerebbe, quasi, che nei *rapporteurs* ci sia una sorta di retro pensiero (molto diffuso in letteratura) secondo cui l'interesse legittimo, non essendo un diritto, sia un ostacolo a quella visione paritaria, insita nel rapporto di cittadinanza amministrativa. Retro pensiero che corrisponde a quell'ampio filone dottrinale che vede nell'interesse legittimo una situazione giuridica soggettiva non piena e non paritaria e che meriterebbe di essere abbandonata a favore del diritto soggettivo (*ex multis*, E. Capaccioli, L. Ferrara, F. Ledda, A. Orsi Battaglini). Si vuole qui invece proporre una possibile rilettura dell'interesse legittimo, come figura soggettiva che può riassumere e compendiare le nuove forme che ha assunto il rapporto di "cittadinanza amministrativa".

Dalla ricerca sin qui svolta emerge, innanzitutto, che la cittadinanza amministrativa è fatta non solo di nuovi diritti, ma anche di nuovi doveri. Come si è visto, l'art. 2 della Costituzione, difatti, oltre a riconoscere e garantire "i diritti involabili" richiede l'adempimento dei "doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale". L'art. 2, in tal modo, si pone come base sostanziale dell'interesse legittimo, ed in genere di tutte le situazioni giuridiche soggettive, prevedendo che il rapporto di cittadinanza, compresa quella amministrativa, non è fatto solo di diritti ma anche di doveri.

Molti di questi diritti possono, dunque, essere limitati (e qui sta l'essenza dell'interesse legittimo), in quanto il cittadino è soggetto anche a doveri di solidarietà. Il diritto dell'individuo incontra un limite nel dover essere solidale e, pertanto, la solidarietà consente la limitazione dei diritti: ecco perché esistono gli interessi legittimi, quali situazioni giuridiche soggettive che dialogano con il potere.

Il potere di conformazione dei diritti è giustificato, pertanto, dal dovere di solidarietà cui tutti siamo tenuti. La solidarietà come si è visto impone al cittadino un dovere di cooperazione e leale collaborazione con il pubblico potere. Sicchè l'interesse legittimo, proprio per la sua dimensione solidaristica, non è semplicemente il luogo in cui il cittadino si oppone all'uso del potere; è, invece, il luogo in cui, tramite l'esercizio dei diritti partecipativi e di tutte le situazioni strumentali volte a conformare il potere, il cittadino coopera alla massimizzazione dell'interesse

pubblico e che può, sempre in un'ottica solidaristica, comportare una limitazione ai propri diritti in adempimento degli inderogabili doveri di solidarietà.

I diritti ed i doveri di cittadinanza amministrativa hanno, dunque, arricchito di contenuti dell'interesse legittimo, che oggi è garantito e tutelato in forme talvolta anche più ampie dei diritti civili e politici. E quando vi sono limitazioni di tutela, queste, oggi, possono e debbono essere spiegate, più che nell'obsoleto ossequio alle ragioni di interesse pubblico, nella necessità che tutti i cittadini concorrano in egual modo ed in base alle proprie possibilità al bene comune di tutti, in un'ottica solidaristica.

Ragione per cui, ad es., i limiti alla possibilità di ottenere il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi (limitazioni temporali alla proposizione in via autonoma dell'azione; elemento psicologico; spettanza del bene della vita; natura extracontrattuale e non contrattuale; etc.) possono essere spiegati, se ragionevoli, alla luce del dover di solidarietà che incombe sul "cittadino-danneggiato", il quale nel momento in cui ottiene il ristoro per il danno subito crea un pregiudizio alla collettività in termini di riduzione delle risorse finanziarie da destinare al bene comune. L'ottica solidaristica richiede, pertanto, che anche al danneggiato venga addossato un sacrificio ragionevole, nell'ottica di concorrere al bene comune.

Letto in questa prospettiva il tema dell'interesse legittimo ben può far parte di una visione aperta alla "cittadinanza amministrativa". Diventa così significativo indagare sui modi in cui questo interagisce con i diritti di cittadinanza.

Il primo elemento da porre in rilievo è la significativa evoluzione in termini di pienezza delle forme di tutela dell'interesse legittimo. Ciò sicuramente impone di rileggere e ripensare le diverse critiche formulate dalla dottrina in ordine a tale ricostruzione della relazione con il potere.

In primo luogo, il riconoscimento operato dalla l. n. 241/90 a favore dei diritti partecipativi, ha consentito di sganciare l'interesse legittimo dalla logica bipolare autorità-libertà, a quella multipolare del rapporto amministrativo (Antonelli, De Lucia, Protto), in cui dialogano e si scontrano, al contempo, situazioni soggettive sostanziali e strumentali (poteri, diritti, doveri, oneri, etc.) , oppositive e pretensive.

La dimensione partecipativa ha, pure, consentito la trasformazione dell'interesse legittimo da situazione di carattere processuale a situazione di carattere sostanziale. Questa trasformazione dell'interesse legittimo, colta con lungimiranza dalla dottrina già all'inizio degli anni '70, è stata

recepita tardivamente dalla giurisprudenza in materia di risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi (Cass. S.u., n. 500/99). Questa sentenza, tra l'altro, ha portato avanti un'idea, di cui è stato precursore Mario Nigro (1977), secondo cui l'interesse legittimo, come situazione giuridica soggettiva sostanziale, sia un interesse al conseguimento od al mantenimento del bene della vita.

L'analisi svolta suggerisce la possibilità di ricostruire in maniera molto diversa l'interesse legittimo, intendendolo come sintesi di un rapporto, quello di cittadinanza amministrativa, fondato su diritti e doveri: situazioni che non sono dirette solo a pretendere o mantenere il bene della vita, ma, che, in realtà, nella dimensione costituzionale data, mirano a tutelare pure aspetti immateriali, ma fondamentali, quali il perseguimento del bene comune, il miglioramento della società, la solidarietà verso i bisognosi ed i meritevoli, la dignità umana.

Al centro di questa fitta trama di situazioni giuridiche soggettive, si staglia, dal punto di vista costituzionale, il "cittadino attivo", che collabora e coopera con l'amministrazione nel perseguimento dell'interesse proprio, ma anche solidaristicamente e doverosamente per il bene comune. Sicchè sembra più pregnante la figura dell'interesse legittimo, come situazione giuridica soggettiva sostanziale, che dialoga con il potere (Scoca), consistente in un fascio di situazioni attive e passive, non solo finali ma anche strumentali, che mirano al corretto esercizio del potere da parte della p.a. Ergendo l'interesse legittimo, in tal modo, a figura paradigmatica del rapporto di cittadinanza amministrativa.

5. LA CITTADINANZA AMMINISTRATIVA DEI DOVERI

Nella ricostruzione effettuata sino ad ora è chiaramente emerso come accanto alle nuove forme di cittadinanza basate sui diritti, non si debbano trascurare i profili legati ai doveri che il rapporto di cittadinanza amministrativa comporta. Ciò è apparso con nettezza nell'esame della cittadinanza amministrativa "sociale" in cui la relazione è prevalentemente con l'amministrazione di servizio, come in quella "civile", in cui il rapporto si instaura con il potere amministrativo.

Si tratta ora di mettere a sistema quanto emerso per cogliere in maniera integrata i tratti della cittadinanza amministrativa dei doveri.

La nostra Costituzione contiene un elenco significativo di doveri: il dovere di solidarietà (art. 2, Cost.); il dovere al lavoro (art. 2); il dovere di voto (art. 48, Cost.); il dovere di difendere la patria

(art. 52); il dovere di fedeltà alla Repubblica (art. 54, Cost.); il dovere tributario (art. 53).

Va preliminarmente osservato che molti di questi doveri non sono riferibili alla cittadinanza amministrativa, ma alla cittadinanza politica. Ed in via preliminare, va anche specificato che in questa sede non si prenderanno in considerazione i doveri cui sono tenuti i pubblici funzionari poiché, pur essendo doveri amministrativi, non fanno parte della cittadinanza amministrativa, essendo riferibili ad un numero più ristretto di persone, cioè quelle che fanno parte della burocrazia.

L'unico dovere propriamente amministrativo è quello riguardante la difesa della patria: ma come noto si tratta di un dovere che non è più effettivamente cogente, essendo stata abolita la leva obbligatoria.

Più pregnante ai nostri fini è il dovere di solidarietà (art. 2 Cost.): quest'ultimo, infatti, si pone come fonte dei doveri di cittadinanza amministrativa, anche perché come efficacemente è stato evidenziato sancisce il "dovere di avere doveri" (L. Violante, 2014).

La ricerca ha messo in luce come la Costituzione, nel sancire a carico dell'individuo il dovere di solidarietà politica, economica e sociale, da un lato, abbia affidato al cittadino il compito di cooperare con le istituzioni per la cura del bene comune, ma dall'altro abbia riservato al legislatore il compito di individuare gli specifici doveri con cui attuare la solidarietà (Pieroni).

In questo quadro, va evidenziato innanzi tutto come il legislatore abbia nel tempo abbandonato la logica dei doveri ottocenteschi (basata sul c.d. *command and control*) a favore di tecniche di conformazione dei diritti individuali, che favoriscono la cooperazione solidaristica tra pubblico e privato. Si è così passati da una regolazione di tipo finale ad una di tipo condizionale (N. Luhmann, 1977), fondata sull'onere piuttosto che sul dovere.

Due esempi valgano a chiarire il senso della trasformazione.

Da tempo si discuteva se la scuola dell'obbligo si dovesse estendere oltre i 14 anni di età: tuttavia, ci si è resi conto che per un giovane in età compresa tra i 14 e i 18 anni sia più efficace per lo sviluppo culturale dello studente agire tramite tecniche incentivanti che obbligarlo ad andare a scuola. Si è così passati al "diritto-dovere all'istruzione" (d.lgs. 76/2005). A tal fine il legislatore ha stabilito che l'obbligo scolastico di cui all'articolo 34 della Costituzione, debba essere ridefinito come "diritto all'istruzione e formazione e correlativo dovere" (art. 1, c. 2, d.lgs. cit.); il diritto-dovere consiste, da un lato, nell'istruzione obbligatoria per dieci anni e, nel contempo,

nell'attribuzione del diritto ad essere istruiti sino al diciottesimo anno di età. Sicchè l'obbligo scolastico non è più finalizzato all'alfabetizzazione, ma a creare le condizioni per un miglior sviluppo culturale che tenda ad assicurare il diritto all'istruzione fino a 18 anni di età. Questo "diritto-dovere" di cittadinanza è assicurato anche ai minori stranieri, confermando come la cittadinanza amministrativa sia cosa distinta da quella politica.

Altra vicenda paradigmatica, connessa alla trasformazione della cittadinanza amministrativa, riguarda la costruzione, di quella che gli urbanisti chiamano "città pubblica". La tecnica urbanistica dello *zooning*, fondata sul sistema del *command and control,* si fondava essenzialmente sugli espropri: per l'acquisizione delle aree pubbliche il piano regolatore apponeva un vincolo preordinato all'esproprio cui poteva seguire l'esproprio vero e proprio della proprietà privata. La crisi della fiscalità, la giurisprudenza della CEDU, i nuovi piani regolatori fondati sulla perequazione urbanistica, hanno segnato un passo in avanti, sostituendo la classica procedura espropriativa con meccanismi premiali, diretti, mediante accordi urbanistici (c.d. urbanistica contrattata) ad attribuire incrementi di capacità edificatoria a fronte della cessione gratuita da parte dei privati di aree da destinare, per la realizzazione di opere di pubblica utilità, alla città pubblica.

Questa diversa conformazione delle situazioni giuridiche soggettive, integra indubbiamente il rapporto di cittadinanza amministrativa, che non si fonda più sullo schema bilaterale diritti-doveri, ma si arricchisce di situazioni diverse quali l'onere. L'onere, tra l'altro, sembra essere una situazione più adatta all'attuazione del dovere di solidarietà, poiché incentiva comportamenti attivi e, quindi, la cittadinanza attiva.

Ciò, peraltro, non vuol dire che i doveri amministrativi siano venuti meno.

Se, infatti, è vero che il dovere risente (o, almeno così ai più appare) di una concezione ottocentesca del rapporto autorità-libertà, in cui la persona è vista più come un suddito che un cittadino, è altrettanto vero che la possibilità di imporre doveri è alla base, non meno dei diritti, dell'ordinamento democratico.

Ha pienamente ragione Luciano Violante (2014) quando afferma che "sia illusorio ritenere che i diritti possano da soli sostenere una democrazia; i diritti possono affermarsi e crescere solo in una società che riconosca limiti e responsabilità, doveri effettivi e vincoli di solidarietà". Ed ancora: " le democrazie si sviluppano attraverso l'affermazione di diritti ma si consolidano

attraverso la pratica dei doveri; altrimenti la lotta per i diritti si trasforma in una chiassosa rissa fra ceti, corporazioni, categorie professionali, disgrega le relazioni sociali, non fa crescere la civiltà del paese".

Imporre limiti e doveri, che devono essere rispettati dai cittadini ed essere sanzionati dall'amministrazione, costituiscono un baluardo all'individualismo esasperato ed all'anarchia.

Quello che, invece, un ordinamento costituzionale fondato sulla cittadinanza amministrativa non tollera è che tali doveri e limitazioni diventino lesivi della dignità umana, siano contrari al nucleo essenziale dei diritti fondamentali, siano disposti in assenza di legge (stante il divieto di prestazioni obbligatori senza legge: art. 23 Cost.), senza un giusto procedimento, o in contrasto con i principi di proporzionalità ed affidamento e più in generale dei principi generali del diritto amministrativo diretti a garantire la c.d. legalità sostanziale. In altri termini, la cittadinanza amministrativa richiede che il rapporto tra diritti inviolabili e doveri inderogabili sia sempre in equilibrio, di modo che l'uno non fagociti l'altro (v. relazioni C. Corsi, C. Tubertini-M. D'Angelosante, N. Vettori)

In questo quadro è il principio di proporzionalità ad essere il punto che determina l'equilibrio: giova, difatti, rammentare che la proporzionalità imponendo, secondo gli insegnamenti di Romagnosi, la regola del minimo mezzo, impone che a parità di misure adeguate a curare l'interesse pubblico, il sacrificio per il privato deve essere il minore tra tutti i sacrifici possibili. Considerando che tutti i doveri impongono un sacrificio, la proporzionalità determina il punto di equilibrio.

Ma il legame fra doveri e diritti nella cittadinanza amministrativa segue anche altri itinerari. Come si è avuto modo di mettere in evidenza, la piena garanzia dei diritti mette la persona in grado di "fare" e le consente di entrare a pieno titolo a "far parte" della comunità in cui si svolge parte della sua vita, restituendo ad essa un contributo che migliora la qualità complessiva della società. Soltanto chi è stato posto in grado di realizzarsi pienamente anche attraverso il rapporto con l'amministrazione, che regola la convivenza attraverso il potere ed assicura la soddisfazione dei diritti sociali attraverso i servizi, potrà effettivamente adempiere al dovere di "di svolgere un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società".

I diritti all'istruzione e alla formazione professionale sono forse gli esempi più facili di diritto soddisfatto per il singolo che si traduce in vantaggio per la collettività. Ma gli studi su assistenza e

volontariato (Vettori, Gallerini), partecipazione (Bombardelli, Valastro) e sussidiarietà (Giglioni) dimostrano come il contributo alla società che realizza il dovere costituzionale appena richiamato, possa concretizzarsi in molti altri modi. Dall'apporto alle modalità di esercizio del potere pubblico, che accresce la sua capacità di intervento sulla realtà grazie all'interazione con i destinatari e gli interessati, all'aumento del tasso di democraticità del governo della cosa pubblica, all'arricchimento dei servizi di assistenza, fino alla cura del bene comune.

Una cittadinanza del "far parte" in cui il "fare" prescinde sempre di più dalla appartenenza: il diritto all'istruzione è garantito anche ai minori senza legittimo titolo di soggiorno e anche i diritti di relazione con l'amministrazione autorità, come trasparenza, partecipazione, accesso, ecc... sono assicurati, perlomeno formalmente, a chiunque si rapporti con il potere, anche quello di comminare l'espulsione dello straniero irregolare. Una cittadinanza dei doveri che nascono dai diritti e non si contrappongono ad essi, ma anzi ne consentono nel tempo lo sviluppo e la sostenibilità.

Nel quadro attuale in cui abbiamo visto combinarsi fattori opposti come quello dell'ispessimento del contenuto della cittadinanza amministrativa e dell'assottigliamento del contenitore della cittadinanza stessa, uniti alla sempre meno certa sostenibilità dei diritti di cui essa si nutre, la piena percezione della indissolubilità fra diritti e doveri deve infine essere intesa sotto un ulteriore profilo.

Mano a mano che i diritti vedono ampliarsi il panorama dei destinatari coerentemente con la trasformazione della cittadinanza amministrativa, si trasformano anche i doveri. Se tradizionalmente il contraltare doveroso dei diritti sociali era l'adempimento dell'obbligazione tributaria, con il venir meno progressivo della centralità dell'elemento dell'appartenenza territoriale, intorno a cui è costruito il sistema fiscale, acquista importanza il dovere del singolo di compartecipazione alla spesa per l'erogazione dei relativi servizi (Vettori). Così come prendono corpo altri doveri collegati al godimento dei diritti, come quello di utilizzare i servizi nel limite dei bisogni contribuendo con l'amministrazione alla definizione della prestazione più adeguata alle proprie specifiche esigenze (Carloni). Divengono così sempre più importanti i doveri il cui adempimento è contestuale al godimento dei diritti e che seguono il cittadino amministrativo insieme ai diritti di cui è portatore nei rapporti con l'amministrazione, indipendentemente dall'appartenenza territoriale. Se, quindi, l'adempimento dei doveri è essenziale perché si continuino a garantire i diritti è vero anche il contrario, cioè, che diminuendo i diritti o

restringendo il numero di coloro che ne sono titolari, si restringono anche i doveri e insieme ad essi si riduce il contributo che ritorna alla collettività.

Una simile inversione di prospettiva, o meglio la contemporanea percezione della duplice prospettiva del rapporto fra diritti e doveri, consente oggi di intravedere nuovi possibili percorsi di integrazione in una prospettiva nazionale e, forse, come più avanti si dirà, anche europea.

6. I DIRITTI DI CITTADINANZA AMMINISTRATIVA IN EUROPA: UNA CITTADINANZA SENZA DOVERI

La Corte di Giustizia UE ritiene che la cittadinanza europea sia lo *status* fondamentale del diritto comunitario (Corte giust. UE, 11 luglio 2002, C-224/98, *D'Hoop*).

La cittadinanza europea si acquista in via derivata, nel senso che sono cittadini dell'UE tutti coloro che sono tali negli stati membri: "è cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno stato membro" (art. 20, § 1, TFUE). I principali diritti riconosciuti in forza della cittadinanza europea sono il diritto alla circolazione e soggiorno nel territorio degli stati membri, il diritto alla non discriminazione in base alla nazionalità ed il diritto di voto attivo e passivo alle elezioni locali ed al Parlamento europeo. A questi si aggiunge l'art. 41 della Carte dei diritti fondamentali che attribuisce, come visto, il diritto ad una buona amministrazione.

Nella ricerca di Valentina Colcelli si è, peraltro, evidenziato che lo *status* di cittadino coesiste con una serie di *status* intermedi (non riferibili esclusivamente ai cittadini europei) quali quella di lavoratore, professionista, malato, etc. Ognuno di questi *status* è caratterizzato da una serie di diritti pro-concorrenziali che agevolano la libertà di stabilimento e di circolazione in un'ottica più competitiva, che sociale. *Status* che connotano sicuramente la cittadinanza amministrativa, in quanto sono diritti che il più delle volte possono essere fatti valere nei confronti delle pubbliche amministrazioni. Ne esce una figura di "*market citizenship*", in cui la cittadinanza è vista, tramite la circolazione dello *status*, come mezzo e non come fine dei diritti, strumento per realizzare le finalità pro-concorrenziali sottese al mercato unico. Paradigmatico è il caso della migrazione intracomunitaria dei malati (v. relazione Tubertini-D'Angelosante), dove la prestazione sanitaria tende ad essere considerata come un bene di mercato, piuttosto che come un diritto sociale.

Sempre le finalità pro-concorrenziali hanno portato la giurisprudenza, tramite la clausola di

non discriminazione, ad ampliare il novero dei soggetti portatori di tali *status*, di modo che non sono solo i cittadini europei, ma anche gli stranieri ad essere portatori di questi *status* intermedi (ma su questo v. *amplius infra* § 6). Tuttavia, sotto, questo profilo va segnalato il caso *Zambrano* (Corte giust. UE, 30 aprile 2011, C-34/09), dove, da ultimo, la Corte di giustizia sembra ispirata più a finalità sociali che pro-concorrenziali: il giudice comunitario, in questo caso, è stato chiamato a decidere se un padre extracomunitario, ma con figli cittadini comunitari in età minorile, possa vantare gli stessi diritti dei figli, laddove questi ultimi dipendano economicamente, per la propria sussistenza, dal lavoro del padre. La Corte, tramite un'interpretazione orientata del principio di cittadinanza ha ritenuto che "l'art. 20 TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso osta a che uno Stato membro, da un lato, neghi al cittadino di uno Stato terzo, che si faccia carico dei propri figli in tenera età, cittadini dell'Unione, il soggiorno nello Stato membro di residenza di questi ultimi, di cui essi abbiano la cittadinanza, e, dall'altro, neghi al medesimo cittadino di uno Stato terzo un permesso di lavoro, qualora decisioni siffatte possano privare detti figli del godimento reale ed effettivo dei diritti connessi allo status di cittadino dell'Unione". Quindi non è più il divieto di non discriminazione ad estendere le garanzie dei diritti europei ai cittadini stranieri, ma è lo stesso principio di cittadinanza a diventare strumento di garanzia anche per gli stranieri; inoltre, il cittadino europeo non è più un mezzo, ma il fine della tutela (l'esigenza sociale di salvaguardia del minore europeo è talmente preminente che consente di attribuire diritti anche agli stranieri legati da nessi familiari con il cittadino).

La cittadinanza amministrativa europea, inoltre, non è definita solo dal diritto comunitario ma anche da quello di fonte CEDU, ed in particolare dalla giurisprudenza EDU. Sotto questo profilo la cittadinanza amministrativa risulta sicuramente rafforzata, a scapito delle esigenze di utilità sociale e di interesse pubblico proprie della tradizione étatiste: difatti la Corte dei diritti dell'uomo tende a garantire i diritti fondamentali come diritti assoluti, non comprimibili da altri valori, *in primis* l'utilità sociale o la funzione sociale; non a caso, Alessandra Albanese, nella propria relazione, pur evidenziando come la Corte Edu non si sottragga al bilanciamento connesso al test di proporzionalità, ha sottolineato che essa tende comunque a garantire più spazio ai diritti fondamentali (come diritti dell'individuo) piuttosto che alla loro funzione sociale. Ciò, ad es., è di tutta evidenza nella giurisprudenza in materia di indennizzo di esproprio, dove la Corte Edu ha dato assoluta prevalenza alle esigenze dell'individuo (dirette ad ottenere il ristoro integrale del sacrificio), rispetto alla funzione sociale (che alla luce della nostra pregressa giurisprudenza

costituzionale consentiva un significativo abbattimento del valore di ristoro da corrispondere all'espropriato).

La tutela del cittadino non si ferma, tuttavia, solo alla materia degli espropri e delle procedure amministrative che toccano il diritto di proprietà, coinvolgendo anche i diritti partecipativi. E' noto infatti che la giurisprudenza estende le garanzie del giusto processo (e, quindi, non solo del giusto procedimento) ai procedimenti *quasi-judicial*, quali quelli sanzionatori curati dalle autorità indipendenti (Allena), con una trasformazione del procedimento amministrativo in senso accusatorio.

La dimensione europea, porta con sé un'ulteriore trasformazione (rispetto al modello dello stato post unitario), in quanto il cittadino non è più chiamato a confrontarsi solo con l'amministrazione statale, ma anche con quella europea. Sicchè i diritti di cittadinanza non sono fatti valere solo nei confronti degli Stati, ma anche degli organismi sovranazionali ed in ispecie dell'amministrazione europea (sia come amministrazione diretta sia come amministrazione che agisce in coamministrazione con le p.a. nazionali). E' questo, del resto, il campo elettivo dell'art. 41 della Carta dei diritti, in quanto il diritto ad una buona amministrazione è, *in primis*, è un diritto ad una buona amministrazione europea.

Sotto questo profilo, peraltro, la situazione non risulta pienamente soddisfacente, in quanto il diritto comunitario (per la logica sottesa all'effetto utile dell'integrazione europea) tende ad ampliare i diritti quando questi devono essere fatti valere nei confronti degli stati, mentre non è altrettanto convinto quando sono in gioco l'amministrazione e le istituzioni comunitarie: in questo caso abbiamo un rigurgito *étatiste* proprio della tradizione napoleonica piuttosto che di una moderna istituzione.

Valgano alcuni esempi:

In primo luogo si pensi alla partecipazione ed alla trasparenza: mentre in tutti gli ordinamenti nazionali i diritti partecipativi e di trasparenza si ampliano e moltiplicano in leggi dedicate *ad hoc* (leggi generali sul procedimento, Foia, etc.), nell'ordinamento europeo manca ancora una normativa generale sul procedimento e sulla trasparenza diretta ad attuare il diritto ad una buona amministrazione. Per ora, difatti, la Commissione si è limitata a fornire delle raccomandazioni (v. relazione di Marco Bombardelli), né risulta particolarmente avanzato il progetto di codificazione sul procedimento amministrativo, ancora oggi in una fase embrionale

(per lo stato dell'arte v. Clara Napolitano, 2014). Come, invece, sempre notato da Marco Bombardelli maggiori garanzie vengono dalla giurisprudenza che come noto ha elaborato principi non scritti quali quello del contraddittorio, della buona amministrazione, etc.

Ma anche la giurisprudenza presenta rigurgiti di carattere *étatiste*, mettendo al centro l'interesse pubblico piuttosto che la logica dei diritti: esemplare è la casistica in materia di condanne al risarcimento del danno delle istituzioni comunitarie che come noto è soggetta ad un *self restraint* della Corte europea.

Tuttavia, gli aspetti che più preoccupano sono altri, in quanto il vero tema che coinvolge la cittadinanza amministrativa è quello dell'assenza dei doveri da parte del cittadino europeo. A tal proposito, Weiler ha notato che "la cultura dei diritti che lo si voglia o no indebolisce alquanto la controcultura della responsabilità e del dovere" (J.H.H. Weiler, 2009). E non può nascondersi l' "accusa" proveniente da Papa Francesco che in occasione del suo discorso al Parlamento europeo, ha evidenziato come "al concetto di diritto non sembra più associato quello altrettanto essenziale di dovere, così che finisce per affermare i diritti del singolo senza tenere conto che ogni essere umano è legato a un contesto sociale, in cui i suoi diritti e doveri sono connessi a quelli degli altri e al bene comune della società stessa" (Papa Francesco, 2014).

In questo quadro, il Santo Padre mette il dito nella piaga della cittadinanza europea, che si profila come 'una cittadinanza senza doveri'. Difatti, se si scorre il Trattato l'unica volta in cui il termine dovere è richiamato è nell'art. 20, § 2, TFUE, dove si proclama che "i cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti nei Trattati". Solo che nei trattati non si parla mai di doveri, per cui efficacemente si è messo in evidenza che il termine dovere previsto dall'art. 20 "*is an empty word*" (D. Kochenov, 2014).

In questo contesto va, peraltro, notato che non tutti vedono con preoccupazione la mancanza nei trattati dei doveri, avendo evidenziato che non solo nell'ordinamento europeo, ma anche negli ordinamenti nazionali il tema dei doveri a carico dei cittadini risulta essere recessivo: il dovere, difatti, rifletterebbe una concezione ottocentesca di Stato, oggi ormai superata (sempre D. Kochenov, 2014). Altri hanno sottolineato che la mancanza dei doveri può essere sopperita ampliando i diritti sociali da riconoscere al cittadino (J. Shaw, 1997).

Queste analisi, peraltro, non si rendono conto che negli ordinamenti nazionali i doveri ottocenteschi sono stati sostituiti da doveri dinamici, riferibili al paradigma della solidarietà.

A questo proposito, il tema della solidarietà in Europa è stato ben avvertito da Stefano Rodotà (S. Rodotà, 2014), il quale ha evidenziato che nel Preambolo della Carta dei diritti dell'Unione europea, da un lato, è affermato che "l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà" e, dall'altro, che il godimento dei diritti garantiti dalla Carta "fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future".

In questo modo, secondo Stefano Rodotà verrebbe superata la visione mercatista di cittadinanza, in favore di una che considera il cittadino come una persona, con una sua dignità, aperta ai valori di responsabilità e solidarietà.

L'osservatore non può, peraltro, fare a meno di notare che i doveri di solidarietà e responsabilità non sono contenuti in una disposizione specifica del Trattato, ma solo nel preambolo: sicchè il riferimento ai doveri di solidarietà e responsabilità appare più in una dimensione programmatica, che in una giuridicamente precettiva.

Del resto è lo stesso Rodotà a lanciare segnali di allarme, evidenziando come in Europa sia in atto un ridimensionamento della logica della solidarietà a favore di quella di mercato (sempre S. Rodotà, 2014).

Risulta, pertanto, di tutta evidenza come in Europa manchi del tutto una vera e propria cittadinanza (stante l'assenza dei doveri), mentre risulta potenziata (rispetto all'esperienza statalista) la formula dei "diritti di cittadinanza". Quindi più che di fronte ad una 'cittadinanza europea', ci troviamo innanzi a dei "diritti di cittadinanza europei".

Resta, beninteso, che i diritti di cittadinanza europei non possono fare a meno dei doveri previsti dalle "cittadinanze amministrative nazionali". Difatti, come correttamente evidenziato nelle relazioni di Livia Mercati e Valentina Colcelli, senza il dovere imposto ai cittadini di adempiere ai propri obblighi tributari, verrebbero a mancare le risorse, assicurate dagli Stati, per il funzionamento della medesima Unione europea. Da qui l'interesse di quest'ultima, anche se in via mediata, a che questo tipo di dovere venga correttamente adempiuto dai cittadini nei confronti dei propri Stati.

Ciò, sta, peraltro, a dimostrare che nell'*ethos* dell'Unione europea non sia assente l'attenzione alla dimensione dei doveri. Tuttavia, quest'ultima ontologicamente non è in grado di imporre doveri nei confronti dei propri cittadini, per l'elementare considerazione che l'Unione

europea non è in grado di far rispettare direttamente i doveri dei cittadini. Come noto, la logica integrazionistica e cooperativa alla base dell'Unione, non prevede che quest'ultima possa impiegare direttamente l'uso della forza per garantire l'*enforcement* dei diritti e dei doveri.

E nel caso dei doveri non ci si può avvalere neanche della logica sottesa all'integrazione europea, dove sono i cittadini a far valere nei confronti degli stati i diritti loro riconosciuti dall'Unione: nel caso dei doveri, chiaramente, questa logica utilitaristica non può funzionare.

Non ci sembra neanche che *l'enforcement* possa avvenire in via giurisprudenziale, tramite la costruzione di una serie di doveri fondati sulle tradizioni giuridiche comuni: difatti, in forza del principio di legalità le prestazioni possono essere imposte solo in base alla legge. Sicchè per arrivare ad una vera e propria cittadinanza europea, fatta di diritti e doveri, l'unica strada che ci sembra possibile sia quella di proseguire sulla strada federalista tracciata a Ventotene.

7. QUALE CITTADINO AMMINISTRATIVO?

Dopo aver tratteggiato i diversi percorsi a partire dai quali è possibile ragionare sulla cittadinanza amministrativa (dei diritti sociali, dei diritti di buona amministrazione, dei doveri), può essere utile a questo punto interrogarsi sul modo in cui si vada delineando in questo quadro la figura del cittadino amministrativo.

Si è già considerato come l'appartenenza territoriale sia andata progressivamente perdendo la funzione esclusiva di identificazione dei cittadini amministrativi. E' indubbio al tempo stesso che alla perdita del tratto unificante e assorbente della appartenenza faccia da contraltare il moltiplicarsi dei "titoli" di accesso al rapporto con l'amministrazione che sta alla base della cittadinanza amministrativa. Se, quindi, viene meno la perfetta sovrapposizione fra cittadino politico e cittadino amministrativo, il cittadino "nazionale" diventa soltanto uno di coloro che, attraverso il rapporto con l'amministrazione, instaurano quei legami con le istituzioni e con la società e possono essere qualificati, quindi, come cittadini amministrativi.

Al cittadino nazionale si affianca innanzi tutto il cittadino europeo, i cui diritti, come è stato appena illustrato, sorgono a partire dal diritto alla libera circolazione, ma non si esauriscono in esso, estendendosi progressivamente alla possibilità di usufruire dei servizi essenziali negli Stati membri di destinazione.

I rapporti amministrativi a cui dà luogo la cittadinanza europea vengono prevalentemente

instaurati con le istituzioni nazionali, di modo che la prima risulta innervata dalle cittadinanze amministrative delle quali è possibile godere nei diversi Stati. Ma se, da un lato, la cittadinanza europea può essere anche guardata come una somma di cittadinanze amministrative nazionali, dall'altro, queste trovano una progressiva uniformazione proprio attraverso il diritto europeo che, anche per il tramite del principio di non discriminazione, impone che al cittadino dell'Unione sia concesso, in tutti gli Stati membri, lo stesso trattamento giuridico accordato ai cittadini del medesimo Stato che si trovino nella stessa situazione (così la Corte di Giustizia nel caso Lucy Stewart v. Secretary of State for Work and Pensions). E' attraverso questo processo che nelle cittadinanze amministrative nazionali gli elementi di *status* rilevanti nella costituzione del rapporto con l'amministrazione sono sottoposti ad una progressiva uniformazione che apparenta fra di loro i cittadini amministrativi europei. Ciò vale, in particolar modo, per gli aspetti della vita della persona connessi alle competenze di cui gode l'UE, funzionali alla realizzazione del suo mandato, quali quelli relativi allo status di "lavoratore" o di "consumatore", ma vale anche per quelli ad essi correlati: si pensi, in questo senso, alla nozione di "familiare". Ne discende un "effetto diretto e indiretto sullo stato giuridico di persona e sul rispetto dei diritti fondamentali e sociali all'interno della Unione Europea" (Colcelli).

Ai cittadini nazionali ed europei, si affiancano i cittadini stranieri ai quali, come è stato ampiamente ricordato (Corsi), è assicurato dal nostro ordinamento il godimento della gran parte dei diritti sociali che comportano una relazione con l'amministrazione. La cittadinanza amministrativa degli stranieri extracomunitari passa attraverso l'attribuzione di rilevanza ad elementi di status che concernono il legame della persona con la comunità (il "far parte") e prescindono dalla sua nazionalità. Divengono così rilevanti il titolo di soggiorno, il suo carattere episodico o di lunga durata, la residenza, l'abituale dimora, sino, in alcuni casi, la mera presenza. Quando quest'ultima viene presa in considerazione come unico requisito idoneo ad attivare il diritto verso l'amministrazione (si pensi al caso delle prestazioni sanitarie garantite anche agli immigrati irregolari o al diritto all'istruzione per i minori) il legame al quale si dà valore è quello con la comunità umana in quanto tale, nelle trame del quale si intravede una prospettiva di cittadinanza "intesa come l'insieme dei diritti che accompagnano la persona quale che sia il luogo ove essa si trova" (Rodotà, 2014).

La centralità della persona, che nel tempo ha determinato la estensione di molti diritti di agli stranieri, è alla base anche di quel capovolgimento della priorità dell'amministrazione rispetto

all'amministrato e ai suoi bisogni che si è ricostruita come tratto fondamentale dell'evoluzione dei caratteri della cittadinanza amministrativa. In questa prospettiva non deve apparire scontato includere fra le caratteristiche del cittadino amministrativo quella di essere persona. A ciò corrisponde infatti la necessaria considerazione per la pluralità e diversità dei bisogni di cui ciascuno è portatore alla luce delle proprie specifiche esigenze. Un cittadino amministrativo plurale, a cui corrisponde una amministrazione servente che ricostruisce il proprio modo di operare nell'erogazione delle prestazioni a tutela dei diritti alla luce dei bisogni e del loro concreto atteggiarsi. Le conseguenze sono diverse. Da un punto di vista operativo è evidente la non standardizzabilità della gran parte delle prestazioni, che debbono essere costruite a partire da e intorno ai bisogni del cittadino individuo.

Gli studi su assistenza sociale (Vettori) e istruzione (Carloni) hanno messo ben i evidenza la progressiva personalizzazione delle prestazioni e il modo in cui ciò cambia profondamente l'amministrazione. Ma un'altra, forse ancor più significativa conseguenza, riguarda il rapporto con coloro che ricevono il servizio. Il cittadino amministrativo acquista, infatti, un ruolo attivo nella definizione della prestazione che soddisfa concretamente il suo bisogno e, quindi, il suo diritto. Si pensi ai progetti sociali o ai piani educativi individuali, ma anche all'acquisizione del consenso informato in sanità. Si tratta in tutti i casi di percorsi di relazione, fatti di accoglimento, incontro, ascolto, comprensione e condivisione (Cons. Stato, Sez. VI, n. 4460/2014), attraverso i quali l'utente, la famiglia, le altre amministrazioni coinvolte contribuiscono insieme alla costruzione del servizio, affinché questo risponda effettivamente alla finalità di liberazione dell'individuo e pieno sviluppo della sua personalità.

Ma il processo di coinvolgimento del cittadino amministrativo non è limitato all'ambito delle prestazioni di servizio, anche nel rapporto con l'amministrazione che esprime il potere attraverso la decisione pubblica gli interessati sono chiamati a contribuire alla definizione dell'esercizio della funzione (Bombardelli).

Ci troviamo quindi di fronte ad un cittadino partecipante, attivo, militante, che sempre di più chiede di poter contribuire anche alle scelte pubbliche rilevanti per l'intera comunità a cui appartiene (Valastro) e che attraverso la propria azione dimostra di essere una fondamentale risorsa per lo sviluppo della collettività (Gallerini). Prende corpo così una cittadinanza amministrativa "praticata", in cui diritti e doveri si intersecano e si sostengono reciprocamente, nell'esercizio di una "libertà solidale con la quale le persone esprimono la propria identità specifica

e la ricerca del senso della propria vita" (Giglioni).

Ma la "militanza" del cittadino amministrativo oggi assume anche un'altra forma. Di fronte alla scarsità di risorse determinata dalla crisi economica e all'orientarsi dei tagli alla spesa pubblica proprio sulle prestazioni di servizio, il cittadino non di rado si trova a dover "espugnare" il proprio diritto. Nella relazione fra legge che riconosce il diritto, amministrazione che eroga la prestazione che lo soddisfa, e cittadino entra così sempre più intensamente il giudice, dando luogo a fenomeni in cui la funzione giurisdizionale non coincide più soltanto con la tutela-applicazione dei diritti, ma si confonde con il riconoscimento-definizione di questi ultimi. Sempre più spesso i giudici sono chiamati a indicare un diritto che la legge ha omesso di definire, a delimitarne il nucleo impenetrabile alla discrezionalità del legislatore, a specificare il modo in cui l'amministrazione deve organizzarsi per soddisfarlo, percorrendo vie che lambiscono il terreno proprio della politica e qualche volta sconfinano in esso.

Un simile fenomeno risulta amplificato dalla sempre maggiore articolazione di una cittadinanza amministrativa che si dispiega su più livelli e che, come abbiamo visto, è sottoposta alle pressioni unificanti determinate dalla riqualificazione degli status che ne definiscono il contenuto da parte dei giudici sovranazionali (Colcelli) .

Da ultimo, alcune considerazioni debbono essere riservate a chi non è cittadino amministrativo. Se, come si è ampiamente considerato, i processi di rafforzamento e personalizzazione dei diritti attenuano fino, in alcuni casi ad annullarla, la relazione fra appartenenza territoriale e cittadinanza amministrativa, la presenza sul territorio resta fondamentale per la costituzione di una cittadinanza che trova nelle amministrazioni nazionali i principali interlocutori. Ecco che allora il divieto di ingresso, il respingimento alle frontiere, il blocco anche fisico del flusso di umanità che viene da fuori dell'Europa ci appare in tutta la sua drammaticità come esclusione anche da quel minimo di prestazioni che, come si è detto, trovano la loro ragion d'essere nel riconoscimento della persona come facente parte della comunità umana. Diventa così insopportabilmente stridente la contraddizione fra un sistema civile e sociale in cui i diritti si sono progressivamente ispessiti, hanno consolidato un nucleo incomprimibile, radicando l'individuo come centro e fine di qualsiasi regolazione, e l'idea che la difesa di queste conquiste possa diventare un muro invalicabile, che, nel dividere i cittadini amministrativi da coloro che non lo sono, segna la frattura fra l'esistenza e l'assenza totale di diritti e in questo modo distingue fra "piena umanità" e altro da essa.

BIBLIOGRAFIA

U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, Cedam, 1991

G. ARENA, *La cittadinanza amministrativa. Una nuova prospettiva per la partecipazione*, in *Joacaba*, 2010, 522 ss.;

G. ARENA, *L'utente-sovrano*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, 1996.

S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004

F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994

F. BENVENUTI, *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italia*no, in F. Benvenuti, G. Miglio, *L'unificazione amministrativa e i suoi protagonisti*, Firenze 1969, 65 ss.

F. BILANCIA, *I diritti sociali ed il diritto alla salute nell'ordinamento dell'Unione europea. Un'introduzione*, in S. R. Martini, S. Bilancia (a cura di), *O direito à saùde na união europeia e no mercosul*, Porto Alegre, 2014, 29 ss.

E. CARLONI. *Lo Stato differenziato. Contributo allo studio dei principi di uniformità e differenziazione*. Torino: Giappichelli, 2004.

S. CASSESE, *L'Italia una società senza stato* ?, Bologna, 2011

R. CAVALLO PERIN, *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm*., 2004, 202 ss.

P. COSTA, *Alle origini dei diritti sociali: «Arbeitender Staat» e tradizione solidaristica*, in G. Gozzi (a cura di), *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Il Mulino, Bologna, 1997, 277 ss.

M. FIORAVANTI, *Vittorio Emanuele Orlando: il giurista*, in *Vittorio Emanuele Orlando : lo scienziato, il politico e lo statista (Senato della Repubblica, Convegno del 4 dicembre 2002)*, Roma, Soveria Mannelli, 2003.

E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza*, Padova, Cedam, 1997

E. GROSSO, *La cittadinanza: appartenenza, identità e partecipazione dallo Stato liberale alla democrazia contemporanea*, in L. Violante, con la collaborazione di L. Minervini, (a cura di), *Storia d'Italia, Annali 14, Legge Diritto Giustizia*, Torino, 1998, 107 ss.

S. GIUBBONI*, Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, Il Mulino, 2012;

S. GIUBBONI, A. PIOGGIA, *Lo stato del benessere: dalla redistribuzione al riconoscimento*, in *Rivista del diritto e della sicurezza sociale*, 2015, 297.

A. HEMERIJCK, *Changing Welfare State*s, Oxford University Press, Oxford 2013.

D. KOCHENOV, *EU Citizenship without Duties*, in *European law journal*, 2014, 482 ss.

N. LUHMANN, *Sociologia del diritto*, 1977

P.S MANCINI, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti, prelezione al corso di diritto internazionale e marittimo, pronunziata nella R. Università di Torino, dal professore Pasquale Stanislao Mancini il 21 gennaio 1851*, Torino, 1851.

A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, «Quaderni costituzionali», 2014, 79 ss.

C. NAPOLITANO, *EU Administrative Procedures. Presenting and discussing the Reneual drafting model rules. Resoconto del Convegno Reneual – Bruxelles*, in *Riv. It dir. pubbl. com*., 2014, 889 ss.

A. ORSI BATTAGLINI, «*L'astratta e infeconda idea». Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (a proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, «Quaderni fiorentini per la Storia del pensiero giuridico moderno», vol. XVII, 1988, 570 ss.

G. PASTORI, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in *Scritti Ottaviano*, Milano, 1993.

C. PINELLI, *Il discorso sui diritti sociali tra Costituzione e diritto europeo*, in C. Salvi (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Giappichelli, Torino, 2012, 121 ss.

PAPA FRANCESCO, Discorso al parlamento europeo, Strasburgo, 25 novembre 2014

A. PIOGGIA, *Giudice amministrativo e applicazione diretta della Costituzione: qualcosa sta cambiando*?, in Dir. Pubbl., 2012, 49

S. RODOTA', *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012

S. RODOTA', *Solidarietà*, Bari, 2014

J. SHAW, *Citizenship of the Union*:towards *post-national membership?*, in *Jean*

L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Torino, 2014, 2014.

J.H.H. WEILER, *'Europa'*: "Nous coalisons des etats, nous n'unissons pas des hommes, in M. CARTABIA, SIMONCINI (a cura di), *La sostenibilità della democrazia nel XXI secolo*, Bologna, 2009, 59 ss.

LEGITIMIDADE E RESPONSABILIDADE DAS ORGANIZAÇÕES MUNDIAIS DE GOVERNANÇA ECONÔMICA E EMPRESARIAL

Roberto Epifanio Tomaz[1]

Massimo Billi[2]

INTRODUÇÃO

Violações por empresas transnacionais de Direitos ainda se constitui tema novo e de abordagem complexa. De igual forma, aprimorar instrumentos que possibilitem atuação jurídica em esfera transnacional, além de se constituírem como novos desafios possuem abordagem complexa e polêmica devido à ausência de um contexto político efetivamente transnacional.

Este quadro pode ser observado quando se lança olhares para as atuais organizações ditas mundiais, sob as quais pesam a responsabilidade de gerir a economia e as atividades empresariais num mundo capitalista e globalizado o que se identifica com o objeto do presente trabalho. Com objetivo de, inicialmente, realizar uma breve análise sobre as estruturas das organizações criadas para dar certa direção às atividades econômicas e empresariais em nível mundial, e, posteriormente, avaliar a legitimidade e a responsabilidade imposta sobre estas organizações de governança (com ou sem governo) econômicas e empresariais, o trabalho tem como espoco final colaborar para a reflexão acerca da readequação ou do surgimento de novas formas de governança que sejam efetivamente transnacionais.

Para tanto, a pesquisa se organiza, basicamente, em dois momentos. No primeiro são apresentadas, em breve síntese, a estrutura das organizações ditas mundiais que foram instituídas com objetivo de dar certa regulação e controle às atividades econômicas e empresariais. No segundo momento a abordagem se volta ao questionamento norteador da pesquisa considerando

[1] Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, *Dottore di Ricerca in Diritto Pubblico* pela *Università degli Studi di Perugia*, tendo realizado doutorado sanduíche com bolsa CAPES mediante processo nº 18033-12-1. Professor de Direito Empresarial dos cursos de graduação e pós-graduação (*lato sensu)* em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí, onde também coordena os cursos de pós-graduação em Direito Empresarial e dos Negócios e em Direito Previdenciário e do Trabalho. Atua também como advogado (tomaz@univali.br).

[2] Professor Doutor titular da Cátedra de *Diritto Commerciale* da *Università degli Studi di Perugia*, Orientador convidado no Programa de Dupla Titulação de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí em convênio com a *Università degli Studi di Perugia* (massimo.billi@unipg.it).

a legitimidade e a responsabilidade dessas instituições; um olhar sobre seus usos e decisões leva à constatação se as práticas adotadas por essas organizações são em defesa de toda uma Sociedade mundial e, por fim, se possa, então, ser classificados como efetivas organizações transnacionais que possam dar origem a um Direito Transnacional que tutele e limite seu próprio poder.

Por fim, nas considerações finais são apresentados alguns pontos conclusivos que apontam para a necessidade da politização democrática da globalização e do surgimento de novos espaços de regulação e governança transnacionais que consistam na ampla proteção dos interesses de uma Sociedade mundial globalizada e no surgimento de um efetivo Direito Transnacional.

O método utilizado na fase de investigação foi o indutivo[3], no tratamento dos dados foi o cartesiano[4], e no relato dos resultados que se consiste neste ensaio, a base lógica é também, indutiva.

As técnicas empregadas foram a do referente[5], da categoria[6], do conceito operacional[7] e da pesquisa bibliográfica[8] e documental, esta última, pela via eletrônica.

1. ORGANIZAÇÕES MUNDIAIS DE GOVERNANÇA ECONÔMICA E EMPRESARIAL

De início, ainda que pareça desnecessário destacar, não se pode olvidar que a exploração econômica e empresarial objetiva claramente obter o máximo de lucro o que, por natureza, coloca em contraposição os interesses de uns, frente aos interesses de muitos ou de todos. Destarte, a primeira indagação a se fazer diz respeito à quais são as Organizações Mundiais que foram criadas para garantir certo controle/governança sobre a exploração econômica e empresarial.

---

[3] O método indutivo consiste em "[...] *pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral* [...]". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 86.

[4] O método cartesiano, segundo Cesar Luiz Pasold, pode ser sintetizado em quatro regras "[...] *1. duvidar; 2. decompor; 3. ordenar; 4. classificar e revisar. Em seguida, realizar o Juízo de Valor.*". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 204. Categorias grifadas em maiúscula no original.

[5] Denomina-se referente "[...] a explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa." PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 54. Negritos no original.

[6] Entende-se por categoria a "[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia." PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 25. Negritos no original.

[7] Por conceito operacional entende-se a "[...] definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias expostas". PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 198.

[8] Pesquisa bibliográfica é a "Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais". PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 207.

Numa perspectiva geral, segundo a lição de Cretella Neto[9], as organizações mundiais[10] surgiram timidamente, no início do século XIX, de modo bastante incipiente, limitado e despretensioso – dispunham, em regra, apenas de uma secretaria e reduzido pessoal de apoio administrativo e/ou técnico –, passaram por um processo de amadurecimento que durou mais de um século, e, a partir da criação da ONU, em 1945, aumentaram em número e consolidaram as já existentes. Por isso, é apropriado chamar o século XIX – o período entre 1815 e 1914 – de "era de preparação para as organizações mundiais"; o período entre 1914 e 1945, de "era de desenvolvimento"; e o período posterior a 1945, de "era de consolidação das organizações mundiais", o que mostra que as organizações são, efetivamente, um fenômeno do século XX.

Mais especificamente, quanto ao desenvolvimento das atividades econômicas e empresariais mundiais, idealizou-se uma organização que complementasse anteriores eventualmente já existentes, cuja criação foi tentada durante a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Emprego, que teve lugar em Cuba, entre 21.11.1947 e 24.03.1948. O documento final dessa Conferência, a denominada Carta de Havana, previa, efetivamente, a criação da Organização Internacional do Comércio – OIC, a qual jamais veio a estabelecer-se, em virtude, principalmente, da oposição do Congresso dos EUA que considerava a organização uma ameaça às suas pretensões comerciais globais. A Carta de Havana serviu apenas para subscrever-se o anterior *General Agreement on Tariffs and Trade* (Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio), o chamado GATT, instrumento que regeu o comércio mundial entre 1948 e 1994, dentro de uma ótica relativamente liberal[11], até o advento da Organização Mundial do Comércio – OMC que passou a funcional a partir de 01.01.1995.

Atualmente a OMC e a Corte Internacional de Arbitragem, mantida pela Câmara do Comércio Internacional, se constituem nas principais e nas mais importantes fontes de normas que regem a exploração econômica e empresarial mundial, somados a outras organizações de

---

9 CRETELLA NETO, José. **Teoria geral das organizações internacionais.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 77.

10 Originalmente o autor referido utiliza a expressão "organizações internacionais", entretanto, para os fins da presente pesquisa se utiliza a expressão "mundial" tendo em vista que a análise tem por escopo contribuir para a reflexão da readequação das instituições ditas mundiais ou para o surgimento de novos espaços de governança transnacionais que se entende vão além da expressão "inter" ainda muito ligada a ideia de um Estado soberano sobre determinado território, diferente das expressões "mundial" ou "trans" que permeia vários Estados independente de um território específico, ideia, esta última, que se considera melhor para caracterizar a realidade contemporânea.

11 Melhor se referindo ao "neoliberalismo" que segundo Cruz, é a doutrina econômica que "[...] propõe um sistema político que, de modo paradoxal, nega o político, sustentando que as condicionantes econômicas internacionais determinam o caminho a seguir, independente da orientação política governante, com a retirada progressiva do Estado das funções de bem estar, excessivamente expandido e ineficiente, levando-o para uma posição de não intervenção relativa, já que admite fazer algumas concessões às propostas de providência.". In CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. Florianópolis: Disciplina Legal, 2001, p. 207.

profunda importância destacadas abaixo.

1.1. Organizão Mundial do Comércio – OMC[12]

Após longas discussões que iniciaram em 1991 com a chamada Rodada do Uruguai, ratificando os princípios anteriormente definidos no âmbito do GATT e procurando ampliar sua aplicabilidade, a partir de 1º de janeiro de 1995, foi instituída a Organização Mundial do Comércio – OMC.

Segundo Déniz[13], a OMC possui os seguintes e principais objetivos:

> a) Criar uma organização supranacional, capaz de administrar e regulamentar o comércio internacional;
>
> b) Propiciar um maior e melhor acesso aos mercados, de modo a evitar as restrições protecionistas às importações;
>
> c) Combater o comércio desleal nas exportações, evitando o crescimento artificial e desmedido de produtos não competitivos ou de mercadorias falsificadas;
>
> d) Permitir aos países intervenientes o prévio conhecimento das normas regulamentares que afetem suas atividades;
>
> e) Abarcar e disciplinar todas as transações internacionais, alcançando uma vasta gama de produtos, inclusive com regras específicas em relação à prestação de serviços;
>
> f) Estabelecer um procedimento na solução de conflitos capaz de garantir aos seus membros o reconhecimento dos direitos negociados e o cumprimento das obrigações assumidas;
>
> g) Ser, em suma, um organismo de vocação universal.

Tendo em vista o cenário empresarial contemporâneo, a OMC celebrou novos acordos não abrangidos pelo GATT e que se revelam de fundamental importância como a questão dos serviços da propriedade intelectual e das medidas de investimento, passou também a administrar a estrutura jurídica e as negociais, entre seus membros, monitorar e acompanhar as respectivas políticas comerciais, promover assistência técnica aos países em desenvolvimento e trabalhar em cooperação com outros organismos mundiais e blocos econômicos.

Sediada em Genebra na Suíça, a OMC é administrada por mais de 600 funcionários, de múltiplas nacionalidades, coordenados por um Diretor-Geral que se manifesta em nome da organização. A autoridade máxima da OMC é a Conferência Ministerial, formada por

---

[12] Em inglês: WCO – World Trade Organization – home page: < http://www.wto.org >.

[13] DÉNIZ, Pedro Talavera. **La regulación del comercio internacional**: del GATT a la OMC. Barcelona: Universitat de Barcelona, 1995, p. 45,46.

representantes de todos os Estados[14] membros que representam a quase totalidade das operações internacionais em termos de representatividade econômica, se reúnem, pelo menos, a cada dois anos[15].

O sistema de decisão adotado pela OMC é a decisão por consenso, com direito a voto de todos os membros, que não se confunde com o mecanismo de solução de controvérsias criado para resolver questões entre países. Se não houver acordo, a questão pode se resolver por votação, sendo as decisões acolhidas por maioria de votos emitidos, ou seja, cada país representa um voto, mas apesar da possibilidade de votação o mecanismo ainda não ocorreu no âmbito da OMC, isto porque prevalece a ideia do consenso, já que as partes contratantes são dotadas de soberania, e tal prerrogativa não se coaduna com a noção democrática de se adotar decisões mediante maioria. Neste sentido, segundo a lição de Caparroz[16], bastaria apenas, a título de exercício, imaginarmos uma decisão tomada por ampla maioria de membros, mas com voto contrário de todos os membros do G20, grupo dos países de maior importância econômica no mundo. Teria tal decisão eficácia, de modo a condicionar a vontade de todos, inclusive à dos votos vencidos? Parece óbvio que não. Daí a importância do consenso, no qual todos os membros, mediante concessões recíprocas, buscam alcançar um denominador comum.

1.2. Câmara de Comércio Internacional - CCI[17]

Fundada em 1919 por um grupo de industriais, financeiras e comerciantes a Câmara de Comércio Internacional tem sua sede em Paris e é uma organização privada que detém grande respeito e influência no comércio internacional.

Um dos marcos da CCI, objetivando a unificação e a simplificação das normas de comércio internacional, foi à criação, em 1936, dos conhecidos *Incoterms* (*International Rules for Interpretation of Trade Terms*) que apesar de facultativos, atualmente estão presentes na quase totalidade dos contratos de importação e exportação.

---

[14] Trata-se do Estado-nação ou Estado Constitucional Moderno que na pesquisa são usados como sinônimos e entendidos, a luz dos ensinamentos de Cruz e Bodnar como "[...] aquele tipo de organização política surgida das revoluções burguesa e norte-americana nos séculos XVIII e XIX que tiveram como principais características a soberania assentada sobre um território, à tripartição dos poderes e a paulatina implantação da democracia representativa.". In CRUZ, Paulo Márcio e BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais. Itajaí, 2009, p. 5.

[15] Desde 26 de junho de 2014 a OMC conta com 160 países membros, conforme informações obtidas em < http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm >. Acesso em 15.02.2015.

[16] CAPARROZ, Roberto. **Comércio internacional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 140.

[17] Em inglês: *International Chamber of Commerce – ICC.* Home page: <http://www.iccwbo.org>.

A CCI mantém a mais importante Corte Internacional de Arbitragem que desempenha papel fundamental na padronização da jurisprudência ligada as questões do comércio mundial e é referencia em soluções alternativas de conflito para todo o mundo. O alcance universal da Corte Internacional de Arbitragem, vulgarmente conhecida como "a Corte", é evidenciado pelo fato de que a cada ano inúmeros árbitros e advogados de países de todo o sistema econômico, político e social estão presentes em arbitragens promovidas pela CCI. Na Corte diversas formações profissionais, legais e culturais dos membros traz uma riqueza de trabalho diário do Tribunal de Justiça e os processos de tomada de decisão.

O conjunto de decisões das Cortes de Arbitragem tem formado o que atualmente se tem denominado como *"nova lex mercatoria*[18]*"* ou outras expressões mais ou menos equivalentes, como "*direito autônomo do comércio internacional*", "*autonomous law of international trade*", "*new law merchant*", "*autonomes Recht des Welthandels*", etc, se costuma designar o conjunto de princípios e regras que se estabeleceram na prática do comércio transnacional e que tem sido chamado para garantir a regulação das relações de negócios individuais e que, possivelmente, se demonstram mais funcionais do que os direitos nacionais tradicionais[19].

1.3. Outras Organizações Mundiais relacionadas à exploração econômica e empresarial

Além da Organização Mundial do Comércio e da Câmara de Comércio Internacional, outras organizações possuem estreita relação com o desenvolvimento e a exploração das atividades econômicas e empresariais em escala global, cada qual voltada para áreas específicas, como abaixo se destaca:

INSTITUTO INTERNACIONAL PARA A UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO – UNIDROIT[20]

O Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado iniciou suas atividades como órgão auxiliar da Liga das Nações em 1926, sendo refundado por um tratado multilateral concluído em 15 de março de 1940, em Roma, Itália.

O UNIDROIT é uma organização intergovernamental independente, contando, atualmente,

---

[18] Sobre a *Lex Mercatoria* como possível ordenamento jurídico supranacional vide TOMAZ, Roberto Epifanio; MONTE, Mario João Ferreira; CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Nova *Lex Mercatoria*:** Ordenamento Jurídico Supranacional (?). Revista Síntese – Direito Empresarial. V. 8, p. 136-154. São Paulo: IOB, 2015.

[19] BONELL, Michael Joachim. ***Lex mercatoria***. Digesto Discipline Privatistiche. Sezione Commerciale IX. Torino: UTET, 1993. p. 11.

[20] Em inglês: *International Institute for the Unification of Private Law – UNIDROIT* – Home page: < http://www.unidroit.org >.

com 63 Estados membros[21], e tem como finalidade estudar os métodos de modernização, harmonização e coordenação do Direito Privado, notadamente o Direito Comercial/Empresarial, com ações que visam, principalmente, a padronização da legislação mundial referente ao Direito Privado, não tendo por objetivo nada diretamente que se refira ao âmbito público[22]. O Brasil ratificou o Estatuto do UNIDROIT por meio do Decreto Presidencial n.º 884, de 2 de agosto de 1993.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO – UNCTAD[23]

Criada em 1964 como órgão do sistema das Nações Unidas a UNCTAD foi encarregada de debater e promover o desenvolvimento econômico pelo incremento do comércio internacional. Funciona, na prática, como um foro intergovernamental com o objetivo de propiciar auxílio técnico e capacitação aos países em desenvolvimento. Segundo Caparroz[24], em síntese, possui três funções básicas:

> a) Funcionar como fórum para deliberações intergovernamentais e manter discussões e trocas de experiências com especialistas em comércio internacional voltadas a obtenção de consenso entre os membros;
>
> b) Realizar pesquisas, coletas de dados e análises das políticas comerciais, submetendo os resultados aos especialistas de cada país;
>
> c) Fornecer assistência técnica de acordo com as necessidades dos países, com especial ênfase para os menos desenvolvidos e as chamadas economias em transição (oriundas de regimes socialistas), inclusive em cooperação com outros organismos internacionais.

A entidade possui uma base de conhecimentos e experiências de sucesso no auxilio de economias em estágio embrionário, cuja função é colaborar na criação de políticas internas capazes de garantir desenvolvimento sustentável[25] para os membros, de forma coordenada com as disposições gerais do comércio mundial.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL –

---

21 Informação disponível em < http://www.unidroit.org/about-unidroit/membership >. Acesso em 15.01.2015.

22 CAMPOS, Diego Araujo; TÁVORA, Fabiano. **Direito internacional: público, privado e comercial**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 175, 176.

23 Em inglês: *United Nation Conference on Trade and Development – UNCTAD* – Home page: < http://unctad.org/en/Pages/Home.aspx >.

24 CAPARROZ, Roberto. **Comércio internacional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 187, 188.

25 Sobre um conceito operacional da categoria vide TOMAZ, Roberto Epifanio. Um novo paradigma jurídico a sustentabilidade: direito transnacional. *In* **Revista da Faculdade de Direito Centro Universitário Padre Anchieta Jundiaí/SP**. Ano 12, Número 18 (2012), páginas 48 a 65. Disponível em: <http://www.portal.anchieta.br/revistas-e-livros/direito/pdf/direito18.pdf>.

UNCITRAL[26]

Instituída pela Assembleia Geral das Nações Unidas em dezembro de 1966, devido ao reconhecimento das disparidades nas leis nacionais que tratam da regulamentação do comércio mundial, com o consequente impacto negativo da falta de padronização no fluxo de mercadorias. A UNCITRAL tem como objetivo maior promover a harmonização e a unificação das normas relativas ao direito do comércio mundial, para redução de obstáculos jurídicos ao comércio, normalmente relacionados à existência de normas internas, com viés protecionista, em diversos países. Na forma do previsto na Resolução 2.205, a UNCITRAL deve coordenar, sistematizar e acelerar os processos de uniformização e padronização por meio das seguintes iniciativas:

> a) Coordenar os trabalhos dos organismos internacionais relativos ao tema, encorajando a cooperação mútua;
>
> b) Promover maior participação nas convenções internacionais e defender a ampla aceitação dos modelos jurídicos então existentes;
>
> c) Promover a adoção de padrões e a condificação dos termos jurídicos, práticas recomendadas e procedimentos aduaneiros, em colaboração com as organizações especializadas;
>
> d) Promover mecanismos de interpretação uniforme das conveções relacionadas ao direto do comércio internacional;
>
> e) Coletar e disseminar informações sobre as legislações nacionais;
>
> f) Estabelecer e manter estreitas relações com a UNCTAD e outros organismos das Nações Unidas relacionados à questão comercial.

Por derradeiro cabe destacar que a UNCITRAL não faz parte da Organização Mundial do Comércio, até porque as entidades possuem objetivos distintos. Enquanto a OMC visa à liberação do comércio mundial por meio da redução de barreiras e do compromisso multilateral dos seus membros, a UNCITRAL tem por finalidade analisar as relações jurídicas privadas entre os participantes do comércio mundial (relações entre empresas e não relações entre empresas e consumidores). Em termos hierárquicos a UNCITRAL representa um órgão subsidiário da Assembleia Geral da ONU e seu secretário corresponde a Divisão de Direito do Comércio Internacional[27].

---

26 Em inglês: *United Nation Commission on International Trade Law – UNCITRAL* – Home page: < http://www.uncitral.org >.

27 CAPARROZ, Roberto. **Comércio internacional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 199.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE[28]

Posterior ao término 2.ª Guerra Mundial com objetivo de administrar o Plano Marshall para a reconstrução da economia europeia, em 1947 foi instituída a Organização Europeia de Cooperação Econômica (OECE), precursora da atual OCDE que veio substituí-la, com a assinatura de sua convenção constitutiva em Paris, em dezembro de 1960, com missão ampliada de promover esforços para o desenvolvimento da economia mundial e a ampliação do comércio entre os países, em base multilaterais e não discriminatórias. Os principais objetivos da OCDE incluem, atualmente, a promoção de políticas que busquem[29]:

> a) Alcançar um crescimento econômico sustentável e taxas crescentes de emprego, com a melhora do padrão de vida dos cidadãos dos países-membros e a manutenção de uma estabilidade financeira;
>
> b) Auxiliar economias em expansão de membros e outros países em processo de desenvolvimento;
>
> c) Contribuir para o crescimento do comércio internacional multilateral, a partir de princípios não discriminatórios.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DAS ADUANAS – OMA[30]

Criada em 1952 com o nome de Conselho de Cooperação Aduaneiro é um organismo internacional independente que tem por missão aumentar a eficiência das administrações aduaneiras membros que atualmente correspondem a mais de 98% das transações comerciais do planeta. Seus principais objetivos são[31]:

> a) Estabelecer, manter, auxiliar e promover instrumentos internacionais para a harmonização e a uniforme aplicação de sistemas aduaneiros simples e efetivos, além de procedimentos relativos à movimentação de commodities, pessoas, mercadorias e veículos por meio de fronteiras internacionais;
>
> b) Fortalecer esforços locais que busquem assegurar conformidade à legislação internacional, com intuito de maximizar o nível de eftividade na cooperação entre os membros, especialmente no que tange ao combate de ilícitos transnacionais;
>
> c) Auxiliar os membros a enfretarem os desafios do ambiente moderno das transações internacionais, por meio da promoção, da comunicação e da cooperação entre si e também com outros organismos internacionais, a partir de princípios como a integridade, desenvolvimento dos recursos humanos, transparência, melhora nos métodos de gerenciamento das administrações aduaneiras e compartilhamento de boas práticas.

---

28 Em inglês: *OECD – Organization for Economic Cooperation and Development – OECD.* Home page < http://www.oecd.org >.

29 Disponível em: < http://www.oecd.org/pages/0,3417,en_36734052_36734103_1_1_1_1_1,00.html >. Tradução livre. Acesso em: 15.02.2015.

30 Em inglês: *WCO – World Customs Organization*. Home page: < http://www.wcoomd.org .

31 Informações disponíveis em < http://www.wcoomd.org >. Tradução livre. Acesso em: 15.02.2015.

O FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL – FMI[32]

O Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial forma criados a partir da Conferência de Bretton Woods, realizada nos Estados Unidos em 1944[33]. A principal missão do FMI consiste em manter a estabilidade do sistema monetário internacional, a fim de prevenir grandes crises econômicas, além da facilitação do comércio internacional, a promoção de empregos e o crescimento econômico sustentável, fatores essenciais para a redução da pobreza. Com sede em Washington, conta com 187 membros, praticamente todos os integrantes do Sistema das Nações Unidas. Algumas das principais atividades de apoio prestadas pelo FMI aos seus membros são[34]:

> a) Assessoria a governos e bancos centrais com base na alalise das tendencias economicas mundiais e experiencias de outros países;
>
> b) Investigação, elaboração de estatisticas, previsoes e analises baseadas no monitoramente das economias globais, regionais e individuais, assim como seus respectivos mercados;
>
> c) Emprestimos para ajudar os paises a superar dificuldades economicas;
>
> d) Emprestimos preferenciais para ajudar a combater a pobreza nos paises em desenvolvimento;
>
> e) Assitencia tecnica e treinamento para ajudar os paises a melhorar a gestão das suas economias.

BANCO MUNDIAL[35]

Coirmão do FMI o Banco mundial foi criado a partir das decisões tomadas na Conferência de Bretton Woods em 1947. Sua missão evoluiu do processo de reconstrução da Europa pós Segunda Guerra para o combate à pobreza em escala global, portanto, possui vocação mais social do que outros organismos de índole financeira. Seus recursos devem ser destinados ao combate à pobreza e em projetos capazes de promover o desenvolvimento sustentável dos países que mais enfrentam dificuldades de adaptação e inclusão no atual cenário globalizado.

O Banco Mundial (*World Bank for Reconstruction and Development* - BIRD) não é um "banco" no sentido comum do termo, e sim uma das agências especializadas da ONU, da qual fazem parte 184 membros. O chamado Grupo Banco Mundial compreende, além do BIRD, também a *International Development Agency* – IDA (Agência para o Desenvolvimento Internacional – ADI), a *International Finance Corporation* – IRC (Sociedade Financeira Internacional

---

32 Em inglês: *IMF – International Monetary Fund.*

33 Segundo Frieden, o sistema de Bretton Woods governou as relações econômicas internacionais dos pises capitalistas avançados da Segunda Guerra Mundial ao início da década de 1970. As nações industrializadas se afastariam do nacionalismo econômico e dos conflitos, mas não retornaram ao laissez-faire de antes da Primeira Guerra Mundial, com base no pressuposto de que as exigências para o sucesso internacional alimentavam os problemas do desemprego e dos produtores agrícolas. In FRIEDEN, Jeffey A. **Capitalismo global: história econômica e política do século XX**. Rio de Janeiro: Jorge Zabar, 2008, p. 322.

34 Informações disponíveis em < http://www.imf.org/external/about.htm >. Tradução livre. Acesso em: 15.02.2015.

35 Em inglês: *The World Bank*.

– SFI), que promove o investimento do setor privado mediante apoio a segmentos e setores considerados com o alto risco, a *Multilateral Investment Guarantee Agency* – MIGA (Agência Multilateral de Garantia de Investimentos – AMGI), que fornece garantias, na forma de seguro de risco, a investidores baseados em países em desenvolvimento e a instituições financeiras que emprestam recursos a estes países, e o *International Centre for Sttlement of Investment Disputes* – ICSID (Centro Internacional para a Resolução de Controvérsias sobre Investimentos – CIRCI), que promove a solução de controvérsias acerca de investimentos entre investidores estrangeiros e os países que recebem os investimentos.

O rol apresentado alhures, inda que não contemple todas as organizações, interfere em maior ou menor grau nas decisões tomadas em nível mundial acerca da exploração das atividades econômicas e empresariais. Resta saber, entretanto, mesmo que sua prática pareça não deixar dúvidas, se ditas organizações podem ser consideradas legítimas e em que grau elas exercem suas autoridades a ponto de serem responsabilizadas pelos atos que praticam. Reflexão que se emprega no próximo item da pesquisa.

2. DA LEGITIMIDADE E DA RESPONSABILIDADE DAS ORGANIZAÇÕES MUNDIAIS ECONÔMICAS E EMPRESARIAIS

Diferentemente dos processos que se desenvolvem nos espaços internos dos atores, ou, em especial, no âmbito nacional dos Estados, a legitimidade da Sociedade [36] mundial contemporânea nos seus processos de governança é bastante problemática[37].

Segundo Karns e Mingst[38], a singularidade desta Sociedade, com suas múltiplas formas de governança, interligando atores distintos que exercem poderes também variados sobre destinatários dispersos pelo globo, constitui uma nova conformação para a política. Estas diversas, múltiplas e dispersas relações envolvem certa governança mundial o que provoca uma crise de legitimidade, de responsabilidade e da efetividade dessas relações.

---

[36] Conforme a lição de Cesar Luiz Pasold, a categoria Sociedade é grafada, neste trabalho, com a inicial em maiúscula por ser criadora e mantenedora do Estado. O Estado, por sua vez, é compreendido como sendo "[...] ***um instrumento que deve ser utilizado para servir a sua mantenedora, ou seja, a própria Sociedade***". PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo.** 3 ed. rev. atual. amp. Florianópolis: OAB/SC Editora co-edição Editora Diploma Legal. 2003. p. 21 e 44. Negritos no original.

[37] OLSON, Giovanni. **Poder político e sociedade internacional contemporânea: governança global com e sem governo e seus desafios e possibilidades**. Ijuí: Unijuí, 2007, p. 469.

[38] KARNS, Margaret P.; MINGST, Karen A. **International organizations: the politics and processes of global governance**. Boulder: Lynne Rienner Publishers, 2004, p. 514.

Para Lando[39], o vazio legislativo e o caráter esparso da jurisprudência não puderam fornecer o quadro necessário para acompanhar o desenvolvimento das relações econômicas e empresariais que se transnacionalizaram, principalmente, após a Primeira Guerra Mundial. Estas circunstâncias, somadas a diversidade dos sistemas legais e a participação dos Estados nos atos de comércio, convenceram e têm convencido juristas e empresarios de que as leis nacionais interferem negativamente no crescimento global do comércio e de que há necessidade de desenvolver regras que possam ser aplicadas indistintamente, seja onde for que ocorra uma transação de comércio e força reconhecer que uma autonomia empresarial que supostamente possa crescer independentemente dos sistemas nacionais e que o resultado disso seja um Direito que melhor regule a ativiade econômica mundial.

Estes desafios representam o denominado "déficit democrático" dos atuais atores globais representados por uma série de organizações privadas, bem como aquelas ditas públicas internacionais/mundiais, criadas para regerem as relações, não apenas, mas especialmente no que tange a exploração econômica e empresarial planetária[40].

Na lição de Kratochwil[41] a questão de responsabilidade e de legitimidade está no centro do debate necessário sobre globalização. De um lado, o mercado e mesmo seus mecanismos reguladores devem responder politicamente não apenas a acionistas e investidores, mas também ao público, embora já não se perceba com clareza quem é esse público na Sociedade contemporânea, devido à fragmentação das redes políticas. De outro lado, pergunta idêntica pode ser dirigida aos organismos não-governamentais, porque não se sabe quem escolheu essas entidades para a defesa dos direitos humanos ou do meio ambiente, a despeito de se concordar com os objetivos definidos por eles. Em síntese, assevera o autor, o que estranhamente está faltando no discurso da globalização em geral e nos debates sobre o alegado eclipse do Estado e ascensão do mercado, em especial, é pura e simples política.

Destarte, o conflito que parece emergir entre democracia e Sociedade mundial, no

---

39 LANDO, Ole. **The Law Applicable to the Merits of the Dispute**. Essays on International Commercial Arbitration. London: Petar Sarcevic, Graham & Trotman/Martins Mijhoff, 1989, p. 143.

40 Autores como HELD, David; KOENIG-ARCHIBUGI, Mathias. **Global governance and public accountability**. Oxford: Blackwell, 2005; BRAND, Ulrich et al. **Global governance**: alternative zur neoliberalen globalisterung. Münster: Westfällisches Dampfboot, 2004; OLSON, Giovanni. **Poder político e sociedade internacional contemporânea: governança global com e sem governo e seus desafios e possibilidades**. Ijuí: Unijuí, 2007; KARNS, Margaret P.; MINGST, Karen A. **Iternational organizations**: the politics and processes of global governance. Boulder: Lynne Rienner Publishers, 2004, apenas para mencionar alguns, tem denunciado o chamado "déficit democrático".

41 KRATOCHWIL, Friedrich. Globalization: what it is and what it is not: some critical refleccions on the discursive formations dealing with transformative change. In FUCHS, Doris A.; KRATOCHWIL, Friedrich (eds.). **Transfomative change and global order**: reflections on theory and practice. Münster: LIT, 2002, p. 41.

contexto contemporâneo, está diretamente relacionado com uma opção política pelas formas democráticas de constituição dos Estados que é ao mesmo tempo incapaz de atuar no mesmo padrão democrático no plano internacional/mundial, destaca Olson[42]. Para o autor, fatores como estes associados à multiplicidade de questões e interesses que povoam a arena global e à dinâmica singular do processo de globalização, configuram uma realidade muito complexa e desafiadora, notadamente por três problemas interconexos, o primeiro ligado a legitimidade dos atores que atuam em esfera global, o segundo que questiona a responsabilidade desses atores, e, por fim, a efetividade dessa governança.

Convergindo-se as opiniões, como alhures demonstrado, acerca da problematização, indaga-se acerca da legitimidade e responsabilidade das organizações mundiais de governança econômica e empresarial atuais.

2.1. Legitimidade

Segundo Clark[43] a legitimidade pode ser definida pela combinação de três categorias: o consenso, as normas internacionais e a distribuição de poder. A primeira vista, o consenso parece envolver uma ideia de acordo, mas ele é mais do que isso. De fato, ele pode ser pensado não apenas como um valor em si mesmo, mas como uma forma de validar outra ação, satisfazendo outras normas – de legalidade, moralidade e constitucionalidade. Seu papel mais decisivo para a legitimidade é na delimitação dos vínculos normativos entre essas três normas, mantendo-as "alinhadas", e a busca do consenso é esse processo constante. Em síntese, o consenso é visto ao mesmo tempo como a fonte de legitimidade e como um possível efeito e resultado dela.

Ocorre que o problema da legitimidade da Sociedade internacional contemporânea, destaca Clark[44], não condiz apenas com uma questão de puro e simples desiquilíbrio. A dificuldade reside no fato em que qualquer liderança que se pretenda hegemônica deve estar fundada na sua aceitação pelos demais atores. Isso quer dizer que precisa ser ao mesmo tempo uma liderança que é aceitável para a Sociedade mundial como um todo, e também para o Estado predominante que é chamado a realizar esse papel. Pode, destarte, existir hegemonia, mas falta o consenso moral para sustentar ela, ou, em outras palavras, um princípio de hegemonia baseado em amplo

---

42 OLSON, Giovanni. **Poder político e sociedade internacional contemporânea**: governança global com e sem governo e seus desafios e possibilidades. Ijuí: Unijuí, 2007, p. 468, 472.

43 CLARK, Ian. **Legitimacy in international society**. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 191, 193, 206.

44 CLARK, Ian. **Legitimacy in international society**. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 242,243.

consenso.

A prática demonstra que para alguns Estados por serem "parte legítima" da sociedade internacional, consideram que podem agir internacionalmente exercendo seu poder com base na legitimidade conferida pelos seus próprios nacionais e à vista de sua identidade e interesses próprios. Entretanto, a ausência de um Estado Mundial, lembra Olson[45], não confere a um Estado o poder de decidir os destinos do globo, exatamente porque, como Estado, sua legitimidade a priori é meramente interna, e não externa, e assim, os destinatários do seu exercício de poder e de governança não se sentem vinculados a essa decisão. Destarte, para o mesmo autor, a legitimidade internacional do Estado na governança mundial está diretamente conectada aos processos políticos da própria Sociedade internacional, notadamente no âmbito do seu maior fórum, o da Organização das Nações Unidas (ONU). Não se pode olvidar, entretanto, que malgrado os Estados membros desta organização dita mundial possuírem acentos e voto (ainda que se possa discutir o sistema de votação igual por Estado desconsiderando-se indicadores demográficos ou econômicos), há o poder de veto dos integrantes do Conselho de Segurança o que demonstra seu déficit democrático e, por conseguinte, a ausência de sua legitimidade.

Se o problema pode ser constatado no mais alto fórum de "representação" mundial que dirá daqueles onde as deliberações estão muito mais voltadas a interesses econômicos e empresariais. Não obstante ao fato, por exemplo, do Fundo Monetário Internacional (FMI) e do Banco Mundial, serem organizações instituídas por Estados o que poderia conferir certa legitimidade indireta das suas ações perante seus instituidores, de qualquer forma, elas podem tender a perseguir politicas cujos efeitos alcançam outros atores. Mais além, o fato de haver controle dos Estados, que, porém, são muito diferentes em capacidades e interesses e podem agir em colusão, é também uma parte do problema e não exatamente a solução. Para Koenig-Archibugi[46], o FMI, por exemplo, exige uma reformulação de tal maneira que alguns poucos Estados não sejam os seus exclusivos controladores, a ponto de permitir o exercício de poder institucional sobre os demais.

A situação não é diferente quanto às organizações não-governamentais, embora por vezes essas entidades intitulem-se representantes da Sociedade civil, nos seus mais variados segmentos, e propaguem as bandeiras da legitimidade ampla, essa afirmação não é nada pacífica. Segundo

---

45 OLSON, Giovanni. **Poder político e sociedade internacional contemporânea: governança global com e sem governo e seus desafios e possibilidades**. Ijuí: Unijuí, 2007, p. 477.

46 HELD, David; KOENIG-ARCHIBUGI, Mathias. **Global governance and public accountability**. Oxford: Blackwell, 2005, p. 2.

Olson[47], a possibilidade de mercantilização das atividades é um risco cada vez mais presente em organizações de grande porte, uma vez que necessitam manter sua estrutura e para tanto buscam contratos públicos e privados.

No âmbito das empresas transnacionais as dificuldades são ainda maiores e mais complexas na questão de legitimidade, pois, na media em que essas empresas têm objetivo a promoção de atividade econômica com vista ao lucro, a sua legitimidade não pode ser identificada mais além do que os limites dos interessados nesses resultados.

O problema é que essas empresas, destacam Hall e Biersteker[48], correspondem a uma autêntica autoridade privada na forma de mercado, na medida em que possuem poder inequívoco e uma legitimidade privada de dupla natureza. A legitimidade decorre, de um lado, da sua ocupação do espaço societal global porque até o ponto em que o seu poder não é desafiado, elas estão implicitamente legitimadas como autoritativas, e, de outro, lado, dos próprios Estados, porque eles não estão somente cedendo reclamos de autoridade para o mercado, eles estão criando a autoridade do mercado.

Esta mesma circunstância está presente nas demais organizações destinadas a defender em nível mundial o desenvolvimento e a exploração das atividades econômicas e empresariais. A grande questão que se impõe daí, leciona Olson[49], é como desenvolver uma legitimidade perante a Sociedade civil ou mesmo perante os demais atores no caso de instituições que são, por natureza, refratárias à transparência, mormente diante de um pretenso interesse privado em nome da livre disposição de suas ações e patrimônios, e que, por conseguinte, leva a discussão acerca de suas responsabilidades.

2.2. Responsabilidade

Para Held e Koenig-Archibugi[50], a ideia central em torno da responsabilidade contempla a

---

47 OLSON, Giovanni. **Poder político e sociedade internacional contemporânea: governança global com e sem governo e seus desafios e possibilidades**. Ijuí: Unijuí, 2007, p. 479.

48 HALL, Rodney Bruce; BIERSTEKER, Thomas J. The emergence of private authority in international system. *In* HALL, Rodney Bruce; BIERSTEKER, Thomas J. (eds.). **The emergence of private authority in global governance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 6.

49 OLSON, Giovanni. **Poder político e sociedade internacional contemporânea**: governança global com e sem governo e seus desafios e possibilidades. Ijuí: Unijuí, 2007, p. 485.

50 HELD, David; KOENIG-ARCHIBUGI, Mathias. **Global governance and public accountability**. Oxford: Blackwell, 2005, p. 3.

necessidade de restringir o exercício do poder por aqueles aos quais ele foi conferido em nome da coletividade. Isso significa que os detentores do poder sempre "possuem" ou "deveriam possuir" alguma forma de limitação no seu escopo, e "estão sujeitos" ou "deveriam estar" à avaliação e ao crivo daqueles que lhe conferiram tal poder.

No espaço transnacional exercer controle diante da pluralidade de atores, das complexidades de suas conformações e da multiplicidade dos destinatários não se coaduna com uma tarefa fácil. Do ponto de vista normativo, leciona Keohane[51], a face externa da responsabilidade é extremamente complexa, porque o desenvolvimento de uma teoria pressupõe primeiro uma definição das atribuições dos atores, o que é particularmente difícil em uma Sociedade global de baixa institucionalização e de atores que se pretendem independentes entre si e agem frequentemente por interesses egoísticos.

A responsabilidade pressupõe, outrossim, que a Sociedade tenha conhecimento das politicas dos atores de forma ágil e extensa, porque ela não pode avaliar as ações e cobrar a responsabilidade se não tiver conhecimento fidedigno da conduta do(s) exercente(s) do poder. Essa transparência deve considerar tanto os procedimentos da tomada de decisão quanto os argumentos utilizados pelos atores.

Ocorre que, malgrado o desenvolvimento das técnicas e dos instrumentos de comunicação, isso não significa que existe acesso às informações por parte da imprensa e dos atores interessados, pelo contrário, há exemplos de governança mundial, menciona Olson[52], que sugerem que a ausência de transparência faz-se acompanhar de baixa responsabilidade e baixa legitimidade, como os casos das decisões do Fundo Monetário Internacional, onde os debates e as decisões são tomadas sem publicidade e não propiciam conhecer as razões para a adoção de determinada medida, bem como as decisões tomadas pelos Membros do Conselho de Segurança das Nações Unidas, em que não há registros dos argumentos utilizados nos debates, e, na verdade, tornam-se desnecessários tendo em vista a prática do exercício do direito de veto. A legitimidade de ambos, portanto, é bastante limitada, considerando a baixíssima inclusividade dos seus membros, que, por conta da falta de transparência, tornam-se pouco responsáveis mesmo perante os nacionais dos respectivos Estados, embora exerçam governança global de forma

---

[51] KEOHANE, Robert O. Global governance and democratic accountability. *In* HELD, David; KOENIG-ARCHIBUGI, Mathias (eds.). **Taming globalization**: frontiers of governance. Polity: Cambridge, 2003, p. 140,141.

[52] OLSON, Giovanni. **Poder político e sociedade internacional contemporânea**: governança global com e sem governo e seus desafios e possibilidades. Ijuí: Unijuí, 2007, p. 485.

hegemônica.

Nas organizações não-governamentais a questão da responsabilidade também é delicada. Como já se mencionou alhures, embora haja certa percepção de que elas sejam mais responsáveis para as pessoas em geral, pelo fato de se apresentarem como representantes de grandes coletividades, são raras as organizações desse tipo que contam com mecanismos democráticos incorporados para a inclusão de membros e gestão de suas politicas e, assim, muitas delas podem ser mais bem vistas como grupos de elite do que como grupos representativos[53]. A sua transparência da mesma forma pode ser limitada, seja porque ela tende a prestar contas apenas internamente aos seus doadores ou financiadores, seja porque na Sociedade civil em geral muitas vezes não há destinatários específicos a quem elas devam se dirigir.

Contudo, o núcleo duro do debate está na análise das empresas transnacionais, devido à externalidade de sua produção (poluição ambiental, custos sociais do trabalho na perspectiva da saúde e da capacidade do trabalhador, etc.) levando, por conseguinte, a ruptura no conceito de interesse puramente "privado", e, compulsoriamente, incluindo em sua esfera de interesses dezenas de outros atores, na medida em que são atingidos ou de alguma forma alcançados pelos efeitos das suas ações, e, assim, deveriam sujeitar-se a debater isso com todos os envolvidos. Decisões como, por exemplo, a instalação ou deslocamento de uma unidade produtiva de grande porte ou a alteração de seus processos produtivos – envolvendo externalidades ambientais, sociais, econômicas, etc. – afetam não apenas o interesse privado da corporação, mas centenas ou milhares de outros indivíduos e mesmo atores globais, como Estados, apenas para mencionar um desses[54].

Considerando que se trata de atividades privadas e com interesses econômicos, a análise superficial do problema pode sugerir que a responsabilidade é limitada apenas a seus acionistas ou proprietários de uma forma geral e, pois, as corporações, não devam satisfação de suas práticas à Sociedade em geral. Isso, no entanto, está muito longe de sua responsabilidade mais ampla já que a produção de suas externalidades (econômicas, ambientais, sociais, etc.) envolvem interesses e identidades de terceiros no mesmo compasso da expansão das atividades econômicas

---

[53] KARNS, Margaret P.; MINGST, Karen **A. International organizations**: the politics and processes of global governance. Boulder: Lynne Rienner Publishers, 2004, p. 517.

[54] OLSON, Giovanni. **Poder político e sociedade internacional contemporânea**: governança global com e sem governo e seus desafios e possibilidades. Ijuí: Unijuí, 2007, p. 481.

exercidas. Sintetizando, se extrai da lição de Held e Koenig-Archibugi[55], "[...] a legislação privada é particularmente inclinada a excluir interessados importantes das decisões". O mesmo problema é recorrente nas organizações mundiais destinadas a representação dos interesses econômicos e empresariais.

Quanto à eficácia de suas decisões, segundo Cretella Neto[56], do ponto de vista doutrinário, confirmou-se a necessidade da evolução do principio da especialidade das Organizações internacionais, pelo qual as competências, dessas instituições deveriam ser exercidas em detrimento da exclusividade das soberanias nacionais e, em consequência, de uma revisão do conceito, ainda fortemente arraigado, da soberania estatal absoluta. Parece claro que até a metade do século XX os Estados se mostravam relutantes em autorizar essa evolução.

A sumária análise acima demonstra não apenas a crise de legitimidade das ditas organizações mundiais criadas para gestão dos interesses econômicos e empresariais, mas também o problema de autoridade e responsabilidade das mesmas seja devido à falta de transparência de suas gestões, seja pela expressa posição em defesa dos interesses privados excluindo de sua responsabilidade a gama de outros atores mundiais afetados por suas ações, o que leva concluir pela obsolescência dessas organizações, pelo menos na forma atual, a configurarem instrumento de uma governança que se destine a gerir problemas globais com o mínimo de legitimidade e que seja capaz de gerar um Direito Transnacional que represente a tutela e os limites deste próprio poder.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do cenário transnacionalizado atual as práticas ligadas ao desenvolvimento e exploração das atividades econômicas e empresariais são cada vez mais relevantes devido à externalidade de suas ações alcançarem uma multiplicidade de atores e efeitos também de caráter mundial.

Ocorre que a sumária análise das organizações mundiais destinadas a gerir estas práticas pontuadas, as principais, no primeiro item da pesquisa, revelam, entretanto, o baixo grau de sua legitimidade, bem como da responsabilidade dessas organizações num viés mais amplo, social, e

---

55 HELD, David; KOENIG-ARCHIBUGI, Mathias. **Global governance and public accountability**. Oxford: Blackwell, 2005, p. 5.

56 CRETELLA NETO, José. **Teoria geral das organizações internacionais**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 73.

leva, por conseguinte, a conclusão da obsolescência destas organizações, pelo menos na forma de sua atual configuração, como instituições de governança global em defesa da Sociedade mundial, como exposto no segundo item da pesquisa. Neste quadro se desconsidera as peculiaridades políticas e econômicas de cada grupo nacional, seu estágio de desenvolvimento, suas possibilidades e deficiências, e ficam em evidência apenas objetivos econômicos e financeiros, sem considerar os interesses nacionais (econômicos, sociais, culturais, ambientais, laborais, dentre outros) que devem ser protegidos, se tornando campo aberto para a especulação financeira mundial.

A problemática traz consigo o desafio de se pensar a gestão e o exercício do poder no âmbito transnacional e por sua vez o descolamento das categorias de governança e governo destinada a uma política mundial que, por muito tempo, constituíram um bloco sedimentado do Estado-nação.

É, portanto, necessário se empreender a tarefa de pensar e efetivar novas formas de organização do poder político para a criação de um novo modelo de governança que seja compatível ao espaço transnacional que forneça garantias efetivas em defesa dos interesses mundiais, principalmente no que condiz a exploração e o exercício das atividades econômicas e empresariais devido ao seu grande grau de externalidade.

Considerando que o exercício da autoridade no espaço global pressupõe a existência de um poder que seja considerado legítimo por seus destinatários, é preciso, haver forma de se responsabilizar os atores que exercem este poder e, para tanto, devem estar sujeitos a critica da Sociedade, então o grande desafio da responsabilidade na Sociedade global é exatamente desenvolver mecanismos para tornar os atores mais responsáveis pelo exercício do poder perante aqueles atingidos por seus efeitos, tendo na transparência de suas ações elemento essencial para esse propósito.

Levando em consideração estas constatações, o presente trabalho procura apontar alguns fatores que possam colaborar, sem a pretensão de ser exauriente, para reflexão necessária, devido às mudanças provocadas pela globalização, alterando o âmbito social, político e jurídico que não pode mais passar despercebido, que se pretende empreender no sentido de propor a reordenação ou a construção de novos espaços de governança transnacional que perpassa pela organização da Sociedade mundial de forma política e jurídica e que prevaleça sobre a atual razão econômica aplicada no espaço transnacional.

Neste sentido, imperativo lembrar a lição de Keohane[57], ao destacar que o debate contemporâneo não se dá entre os favoráveis e os opositores à globalização, mas sim entre uma "[...] globalização relativamente legitima com certa medida de responsabilidade externa democrática e pluralista sobre os atores poderosos, e globalização ilegítima sem tal responsabilidade".

Destarte, se faz urgente a politização da globalização que gere uma nova realidade de governança mundial de elevado nível de legitimidade que inclua os diversos atores envolvidos no atual cenário de uma Sociedade mundial e que seja perante ela responsável na tutela e defesa de seus interesses. Espera-se que as instituições já existentes – modificadas para atender aos anseios da comunidade transnacional –, bem como outras, que deverão ser criadas, tanto as de vocação universal quanto as de caráter regional, possam desincumbir essa tarefa, disciplinando o jogo de forças transnacionais e efetivando esta nova realidade política mundial mediante o estabelecimento de normas e de estruturas adequadas gerando para tanto, um Direito Transnacional, que configura também uma nova realidade jurídica transnacional.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BONELL, Michael Joachim. ***Lex mercatoria***. Digesto Discipline Privatistiche. Sezione Commerciale IX. Torino: UTET, 1993.

CAMPOS, Diego Araujo; TÁVORA, Fabiano. **Direito internacional**: público, privado e comercial. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPARROZ, Roberto. **Comércio internacional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CLARK, Ian. **Legitimacy in international society**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

CRETELLA NETO, José. **Teoria geral das organizações internacionais**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CRUZ, Paulo Márcio e BODNAR, Zenildo. **A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais**. Itajaí, 2009.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. Florianópolis: Disciplina

[57] KEOHANE, Robert O. Global governance and democratic accountability. *In* HELD, David; KOENIG-ARCHIBUGI, Mathias (eds.). **Taming globalization: frontiers of governance.** Polity: Cambridge, 2003, p. 152.

Legal, 2001.

DÉNIZ, Pedro Talavera. **La regulación del comercio internacional**: del GATT a la OMC. Barcelona: Universitat de Barcelona, 1995.

FRIEDEN, Jeffry A. **Capitalismo global**: história econômica e política do século XX. Rio de Janeiro: Jorge Zabar, 2008.

FUCHS, Doris A.; KRATOCHWIL, Friedrich (eds.). **Transfomative change and global order: reflections on theory and practice**. Münster: LIT, 2002.

HALL, Rodney Bruce; BIERSTEKER, Thomas J. (eds.). **The emergence of private authority in global governance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

HELD, David; KOENIG-ARCHIBUGI, Mathias (eds.). **Taming globalization**: frontiers of governance. Polity: Cambridge, 2003.

KARNS, Margaret P.; MINGST, Karen A. **International organizations:** the politics and processes of global governance. Boulder: Lynne Rienner Publishers, 2004.

LANDO, Ole. **The Law Applicable to the Merits of the Dispute**. Essays on International Commercial Arbitration. London: Petar Sarcevic, Graham & Trotman/Martins Mijhoff, 1989.

OLSON, Giovanni. **Poder político e sociedade internacional contemporânea**: governança global com e sem governo e seus desafios e possibilidades. Ijuí: Unijuí, 2007.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 3 ed. rev. atual. amp. Florianópolis: OAB/SC Editora co-edição Editora Diploma Legal. 2003.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

TOMAZ, Roberto Epifanio; MONTE, Mario João Ferreira; CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Nova *Lex Mercatoria***: Ordenamento Jurídico Supranacional (?). Revista Síntese – Direito Empresarial. V. 8, p. 136-154. São Paulo: IOB, 2015.

O MEIO AMBIENTE É UM DIREITO SUBJETIVO?

Zenildo Bodnar[1]

INTRODUÇÃO

O aporte de novas reflexões epistêmicas e hermenêuticas sobre a categoria meio ambiente na perspectiva da Ciência Jurídica é um labor científico que requer sensibilidade para a acolhida dos avanços teóricos e institucionais observados nas últimas décadas, especialmente após a convenção da Rio 92, apesar de crises de descontinuidade e retrocessos na implementação prática.

O advento de novos atores, públicos ou privados, representa apenas uma das facetas deste incessável e acelerado *network* de transformação, inovação e adaptação. As Constituições e os Estados não foram poupados. A todo tempo são provocados pela Sociedade, pela comunidade internacional e transnacional, pela tecnologia e pelo mercado para apresentarem propostas de evolução, tal qual defendera aos seres bióticos Charles Darwin no passado.

Os Estados encontraram, especialmente aqueles que gozaram dos benefícios do *welfare state*, nos processos de integração uma solução para os desafios sentidos depois do segundo pós-guerra. Ainda que algumas práticas ultranacionalistas possam ser elencadas, o processo de integração mostra-se como força motriz da atualidade. A ascendência declarada de especial influência do mercado e da especulação financeira encontra seu contraponto na defesa dos Direitos Humanos.

Novos marcos na teoria da Constituição, por sua vez, voltam-se com ampla atenção formal e material à tutela dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais. Eis o caso do neoconstitucionalismo, interessado precipuamente na preservação substancial da dignidade da pessoa humana como fundamento dos Estados. Na mesma toada, embora menos estudado segue o *cross-constitucionalismo*. Mas, a virada de Copérnico pode ser vislumbrada com o "novo constitucionalismo", surgido nas recentes Constituições da Bolívia e do Equador.

[1] Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Professor dos Programas de Doutorado e Mestrado na Universidade do Vale do Itajaí (SC) - UNIVALI (SC, Brasil). Juiz Federal em Santa Catarina. E-mail: zenildo@univali.br.

A edificação de um novo modelo de Estado, a partir do primado do *patchamama,* desloca a noção estatal antropocêntrica (gerada pela dignidade da pessoa humana) para as veredas do ecocentrismo (valorização dos bens ambientais e sua relação com os sujeitos). Com isso, há de se refletir sobre o atual estado d'arte da tutela do meio ambiente e sua exigibilidade judicial. Preliminarmente, pesa a necessidade de se reconhecer que não se opera somente a defesa de um microcosmo; a necessidade é transcendente, exige a defesa das instituições enquanto uma rede de interdependência.

Suplica-se ao leitor a compreensão e a pré-compreensão de que as linhas que se seguem não procuram dogmatizar argumentos de ampla fluidez. Objetivam criar um espaço de dialeticidade entre aqueles que se sentem incomodados com as práticas predominantemente formais com que se faz a tutela do ambiente. Para tanto, utilizou-se do método indutivo, operacionalizado pelas técnicas da pesquisa bibliográfica, fichamento e conceito operacional.

1. DEVER E DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

O conteúdo, a natureza jurídica e a amplitude da proteção jurídica do meio ambiente, dependem da forma de positivação do meio ambiente em cada ordem jurídica nacional, ou seja, da dogmática jurídica construída para articular a sua proteção e defesa.

Desde logo é possível concluir que, independente da forma de positivação estabelecida nas ordens jurídicas internas, o meio ambiente é um autêntico direito humano, tanto pela relação direta e até condicional da própria vida como também pela grande quantidade de outros direitos humanos que com ele estão diretamente relacionados, como por exemplo, a vida, a dignidade da pessoa humana, a saúde, dentre outros. Hoje, a grande quantidade de tratados e convenções que apresentam como objeto a proteção e a defesa do meio ambiente não deixam margem para qualquer dúvida acerca da caracterização deste como autêntico direito humano.

Também é possível caracterizá-lo como direito fundamental, haja vista, seus caracteres de indisponibilidade, universalidade, imprescritibilidade e inalienabilidade, isso pela forma de positivação do meio ambiente na maioria das Constituições que tratam dessa temática a partir dos anos setenta[2]. Contudo, se considerada as múltiplas variáveis de um ambiente ecologicamente

[2] Uma das pesquisas mais amplas sobre a forma pela qual o meio ambiente foi positivado nas constituições foi desenvolvido na parte final do livro clássico de Edith Brows Weis (WEIS, Edith Brows. *Un mundo Justo para las Futuras Generaciones:* Derecho

equilibrado, pode-se visualizar a preocupação com o ambiente no seio das revoluções sociais em busca de um ambiente de trabalho salubre. Também, na constante preocupação com o uso racional da agua, após o diagnóstico do risco de desabastecimento (vide o caso do Tribunal de Águas de Valencia, datado de 1200). Percebe-se, com isso, a alteração dos reflexos de um mesmo prisma.

Na compreensão de que o conteúdo do bem ambiental representa um *patrimônio comum ecológico* é de se acolher a ideia de Bosselmann[3] no sentido de que o direito ao ambiente pode ser tomado como direito humano e na perspectiva interna um direito fundamental, deste que ligado aos direitos do indivíduo (tais como a vida, a saúde, a dignidade), apenas com a cautela epistêmica que impor operar elos de ligação com os fundamentos filosóficos dos direitos humanos e dos princípios ecológicos, bem como suas respectivas racionalidades.

A avaliação de posições de subjetividade do bem ambiental, também em muito enriquece o debate as percepções teóricas de Fracois Ost[4] ao desenvolver e sistematiza categorias estratégicas como *natureza-projeto*, de *meio* e de *patrimônio ecológico* pois estas ampliam a espectro de análise da amplitude do bem ambiental que tente a polarização liderada por correntes ecocêntricas ou antropocêntricas.

Deve-se destacar que é tendência da atualidade, inclusive a partir a ordem jurídica específica interna, ou seja, no contexto da ordem jurídica interna, a atribuição de subjetividades. Ana Alice Carli[5], por exemplo, ao defender a água como sujeito de direitos.é enfática ao afirmar que faz-se mister reavaliar as relações jurídicas tradicionais triangulares, em que há, pelo menos, um indivíduo em cada paio e um objeto no meio que os vincula, com vistas a coadunar a ideia do Meio Ambiente natural e a água poderem ser tratadas como sujeito de direitos.

A Constituição da República Federativa do Brasil, por exemplo, dedicada um capítulo todo ao meio ambiente. Embora o tratamento dispensado ao tema não esteja topograficamente incluído no catálogo de direitos fundamentais (artigos 5º ao 7º), há entendimento pacífico, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, quanto à sua caracterização enquanto direito fundamental

---

Internacional, Patrimonio Común y Equidad Integeracional. Trad. Máximo E. Gowland. Madrid: United Nations, Mundi- Prensa, Madrid, 1999).

[3] BOSSELMANN, Klaus. Direito humanos, meio ambiente e sustentabilidade. *In*: SARLET, Ingo W. (Org.) **Estado socioambiental e direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 72.

[4] OST, François. **A natureza à margem da lei.** A ecologia à prova do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1995,

[5] CARLI, Ana Alice de. A água como sujeito de direitos. **Revista Internacional de Direito Ambiental** – vol III – no 09 - setembro-dezembro de 2014 p. 42

de terceira geração. Este enquadramento não ocorre apenas numa perspectiva formal, mas também material considerando a vinculação direta e de alta intensidade com o princípio da dignidade da pessoa humana e por ser o meio ambiente condição e garantia do próprio direito a vida.

Conforme explica Herman Benjamin[6] a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 instituiu uma verdadeira ordem pública ambiental, fato este que conduz o Estado de Direito Social e o modelo político-econômico a assumirem a forma de Estado de Direito Ambiental.

A atenção especial conferida pela Constituição de 1988 ao meio ambiente, levou a doutrina a defender até a existência de um verdadeiro Estado de Direito Ambiental ou como denominou J.J. Gomes Canotilho 'Estado Ecológico[7]'. Independente do acerto científico desta adjetivação, o importante não é o qualificativo que se agregue na caracterização do nosso Estado Democrático de Direito, mas sim os valores, princípios e deveres que norteiam a sua atuação.

A Constituição de 1988, seguindo as tendências das constituições brasileiras que a precederam, redimensiona o papel do Estado, conferindo-lhe um profundo colorido social e ambiental, circunstância esta que agrega um conteúdo marcadamente social aos institutos jurídicos como ocorre na função social e ambiental da propriedade.

Neste contexto, é de se reconhecer a importância desta construção teórica que possui o mérito de destacar que o Estado, incluído o Poder Judiciário, deve pautar o seu agir nos valores, princípios e deveres estatuídos pela Constituição para assegurar a higidez ambiental.

Deve-se registrar que a valorização excessiva do antropocentrismo levou a compreensão do meio ambiente apenas como um direito fundamental a conservar fontes naturais de riqueza para a exclusiva satisfação das necessidades humanas. Tal fato contribuiu para a consolidação de uma ética individual e egoísta na relação entre os seres humanos e a natureza. Nesse contexto, deve ser destacada a função transformadora do Estado de Direito Ambiental para que a tutela do meio ambiente reencontre o seu adequado fundamento no dever fundamental de solidariedade, religando assim os seres humanos com a teia da vida.

Não se pretende defender a construção de um modelo utópico de Estado como terapia

---

[6] BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira. *In* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. p. 121.

[7] CANOTILHO, J. J. Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. *In* FERREIRA, Helini Silvini. LEITE, José Rubens Morato. **Estado de direito ambiental***:* tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 03 e ss.

para o tratamento milagroso dos conflitos e crises da atual sociedade de risco, mas sim realizar uma reflexão crítica acerca dos novos papéis que este modelo redefinido de organização política deve assumir em parceria com a sociedade como articulador estratégico de novas ações e comportamentos as quais devem ser empreendidas não apenas no reconhecimento formal de direitos, mas principalmente na distribuição de deveres igualmente fundamentais, inclusive por intermédio da jurisdição.

A doutrina existente acerca dos direitos fundamentais no Brasil e no exterior é vasta, todavia há uma carência muito grande em relação ao tema dos deveres fundamentais, especialmente no que diz respeito ao dever fundamental de proteção do meio ambiente. No Brasil, ao contrário de outros países, a adoção de uma teoria de deveres fundamentais é incipiente; talvez em virtude dos precedentes sombrios dos anos de chumbo, nos quais construiu-se como máxima o lema "contra a pátria não há direitos!"

O objetivo desta rápida incursão no tema não é desenvolver ampla teorização acerca dos deveres fundamentais, mas apenas destacar os seus principais aspectos em função da importância da compreensão da proteção do ambiente na perspectiva dos deveres fundamentais, tendo em vista a sua repercussão direta na qualidade da jurisdição ambiental, tanto na perspectiva da prevenção e educação, como da restauração dos processos ecológicos essenciais.

Nesse contexto, destaca-se a importância da compreensão da higidez ambiental como um dever fundamental imposto a todos os cidadãos, aos entes públicos e ao próprio Poder Judiciário. Afinal, conforme lembra Kelsen, "a pessoa é um ser de direitos e de deveres[8]". Cordini também é enfático ao afirmar que a garantia e a defesa do direito ao meio ambiente se deve acompanhar da afirmação da responsabilidade e do cumprimento dos deveres[9].

O significado de um dever fundamental não pode ser confundido com a ideia simplória de que a todo direito corresponde um dever. Trata-se de uma posição jurídica autônoma na ordem jurídica constitucional, dotada de conteúdo e função própria. Conforme defende Canotilho *"os deveres fundamentais reconduzem-se a normas jurídico-constitucionais autônomas"*. [10]

Assim como é possível estabelecer o grau de fundamentalidade dos direitos fundamentais, também é possível estabelecer a respectiva gradação para os deveres fundamentais. O grau de

[8] KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 98.
[9] CORDINI, Giovanni. **Diritto Ambientale Comparato**. Padova, 1997, p.5.
[10] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 6a. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.532.

fundamentalidade de um dever, previsto implícita ou explicitamente na Constituição, dependerá da intensidade da sua vinculação com o princípio constitucional da solidariedade que no caso do Brasil está expressamente previsto no artigo 3º, inciso III, da Constituição e também da sua importância para a concretização do princípio da dignidade humana e da Justiça Social.

Michel Bachelet enfatiza a nota da indisponibilidade e da obrigatoriedade do dever de proteção do ambiente ao destacar em que medida o titular de um direito pode utilizá-lo ou não, destacando que o dever não pode ser descumprido ou negligenciado. O dever impõe-se por si mesmo e "faltar ao dever é um erro, ao passo que negligenciar um direito que temos é, em alguns casos, prova de magnanimidade e de generosidade[11]".

A solidariedade é o princípio constitucional que dá base de sustentação a todos os deveres fundamentais estabelecidos no texto constitucional e nas normas infraconstitucionais, especialmente em matéria de proteção e defesa do meio ambiente.

Ao analisar este princípio no contexto da Constituição italiana, Giorgio M. Lombardi destaca a solidariedade como um princípio fundamental, um dever inderrogável que fundamenta os deveres constitucionais nos planos: político econômico e social[12]. Frise-se que a aproximação do Direito ao primado da solidariedade não é um fim em si mesmo, pelo contrário, se vale da força coercitiva da norma para criar uma cultura humanista pautada pela solidariedade. Sem ela [a cultura], corre-se o risco de sua inexigibilidade. Conforme dizeres de Jürgen Habermas e Joseph Ratzinger, "qualquer solidariedade abstrata e juridicamente intermediada só pode surgir quando os princípios da justiça conseguem-se imiscuir na trama bem mais densa das orientações de valores culturais."[13]

Esse fenômeno da solidarização do Direito, no contexto do Estado de Direito Ambiental brasileiro, fez emergir funções e deveres fundamentais ao direito de propriedade. Este passa a ser muito mais um dever fundamental do que propriamente um direito, o qual é imposto a todos os titulares de uma relação jurídica de propriedade negativa de proteção jurídica cumulada com a observância de sua funcionalidade social.

O Estado de Direito Ambiental, consolidado também na ordem constitucional brasileira em 1988, estabelece como imperativo categórico geral, o dever fundamental de atendimento da

---

[11] BACHELET, Michel. **Ingerência Ecológica***:* Direito Ambiental em questão. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 38.
[12] LOMBARDI, Giorgio M. **Contributo Allo Studio Di Doveri Constitucionali**. Milano: Dott. A. Diuffrè Editore, 1967, p. 45 e 46
[13] HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. **Dialética da secularização**: sobre razão e religião. São Paulo: Ideias &Letras, 2007, p. 39.

função socioambiental da propriedade.

Ao contrário do que defendeu Locke, a propriedade não é apenas o resultado da exploração parasitária dos recursos naturais, mas sim a manifestação mais eloquente do dever que determinada pessoa possuiu de proteger e defender os bens ambientais com ela relacionados direta ou indiretamente.

Na atual ordem constitucional brasileira e de muitos outros países a exemplo da Itália e Espanha, o proprietário não pode mais ser um monarca absoluto de seu "sagrado" direito com atitudes parasitárias de comodismo, pois tem uma hipoteca social e ambiental importante que grava e onera a sua propriedade, a qual não pode ser um instrumento utilizado apenas para a satisfação de interesses egoísticos e excessivamente personalistas, mas sim, um direito com profundo espírito social e ambiental[14].

Ao escrever sobre os benefícios da constitucionalização da proteção do meio ambiente, Antônio Hermam Benjamin[15] destaca que um destes benefícios foi exatamente a "ecologização da propriedade e da sua função social", pois na atual Constituição "o direito de propriedade aparece ambientalmente qualificado", tudo "[...] no intuito de, a um só tempo, instituir um regime de exploração limitada e condicionada (=sustentável) da propriedade e agregar a função social da propriedade, tanto urbana como rural, um forte e explícito componente ambiental".

Ser proprietário é manifestar, de forma eloquente, plenas condições de prevenir e recuperar eventuais danos ao ambiente. Este é um norte a ser alcançado pela força expansiva da equidade na busca do ideal de que nenhuma lesão ou ameaça de lesão (situação de injustiça ambiental) pode ficar sem a devida reparação.

A partir destas reflexões não resta dúvida de que a proteção do meio ambiente é um dever fundamental imposto não apenas ao Estado, mas também a todos os cidadãos. Este dever fundamental exige de todos um agir solidário em prol da proteção da natureza, implica também o ônus imposto a todos de participar ativamente das decisões e encaminhamentos relacionados ao interesse geral de um meio ambiente sadio e equilibrado. Enquadra-se, portanto, o ambiente como Direito Fundamental de eficácia vertical e horizontal.

---

14 Na obra Il Teribile Diritto. Stefano Rodota faz uma crítica contundente à disciplina jurídica da propriedade a qual, segundo ele, facilita a exclusão social. Defende que a função social não pode ser identificada como sendo a face externa do direito reservada à coletividade mas sim, como elemento unificador dos pressupostos da qualificação jurídica e identificador do seu próprio conteúdo. (*IN* RODOTA*,* Stefano *Il terribilie diritto. Studi sulla proprietà privata*. Bolonha (Itália): Il Mulino. 1990. p. 241

15 BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira. *In* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. p. 72 e 73.

Ney Bello, defende que a dimensão objetiva das normas constitucionais ambientais, que estabelecem deveres fundamentais, também constrói instrumentos necessários para uma interpretação "mais amiga[16]" do ambiente. Defende também o Poder Judiciário é um dos destinatários do dever fundamental de preservar o meio ambiente e que nos casos de ponderação entre valores e direitos constitucionais deve adotar a opção "mais amiga" do meio ambiente[17].

Segundo Ney Bello *Caracterizar o Estado contemporâneo como Estado democrático de direitos ambientais significa dentre outras coisas, que este Estado, por intermédio dos seus poderes, considera positivamente os deveres fundamentais, os princípios ambientais e os direitos ambientais ao ponto de tomá-los em relevância quando da ponderação com outros deveres e outros direitos em um processo de colisão[18].*

A partir dessas ideias, conclui-se que o meio ambiente, considerando também a forma de positivação jurídica conferida pelas ordens jurídicas nacionais, pode ser caracterizado como um direito humano e também como um direito e dever fundamental.

2. NATUREZA JURÍDICA E TITULARIDADE DO BEM AMBIENTAL

Um dos temas mais complexos e polêmicos do Direito Ambiental é a caracterização da natureza jurídica do seu objeto de estudo, ou seja, do meio ambiente enquanto bem jurídico. Esse desafio é gerado principalmente pelas peculiares e especiais características desse novo e essencial bem jurídico reconhecido.

Uma análise inicial importante a ser feita é a diferença entre direito e interesse. Essa distinção é relevante principalmente quanto a categoria é analisada na perspectiva do sujeito, pois quando se trata de um direito este geralmente é associado à possibilidade de exigência coercitiva por alguém e a ideia de pertencimento.

Já o interesse apresenta inclusive conotação meta-jurídica. Etimologicamente é originário da expressão latina *inter est* cujo significado é o que esta entre. Historicamente o interesse sempre esteve vinculado a uma concepção exclusivamente antropocêntrica. A partir das lições históricas de Carnelutti é possível entender por interesse o liame entre uma necessidade humana

[16] Esta expressão é de Canotilho, utilizada na obra **Estudos sobre os direitos fundamentais** e referida neste livro.
[17] BELLO FILHO, Ney de Barros. **Pressupostos sociológicos e dogmáticos da fundamentalidade do Direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado**. Tese de Doutorado defendida junto à Universidade Federal de Santa Catarina, 2006. p. 377 e ss.
[18] BELLO FILHO, Ney de Barros. **Pressupostos sociológicos e dogmáticos da fundamentalidade do Direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado**. Tese de Doutorado defendida junto à Universidade Federal de Santa Catarina, 2006. p. 380.

e um bem idôneo para satisfazê-la[19]. Para a época em que esta ideia foi desenvolvida era perfeitamente compreensível a restrição, pois não havia que se falar em interesse das futuras gerações, de toda a comunidade de vida e dos elementos que a viabilizam[20].

Para os objetivos deste estudo jurídico apenas o interesse com repercussão no mundo do Direito é que apresenta relevância teórica, assim serão desconsiderados os interesses meramente altruístas, religiosos, dentre outros. A partir desse esclarecimento não há mais necessidade de qualificar o interesse como jurídico, juridicamente relevante ou legítimo, já que esses qualificativos serão pressupostos[21].

Considerando a amplitude do bem ambiental na sua perspectiva subjetiva, por incluir as futuras gerações e toda comunidade de vida, é mais adequado tecnicamente o uso da expressão interesse ao invés de direito. Pois apenas o interesse pode ser atribuído às futuras gerações e a toda comunidade de vida. Importante destacar a manutenção constante da proibição de retrocesso na proteção jurídico-ambiental, nos termos da defesa de Michel Prieur.

Todavia, não se julga equivocada a utilização já consagrada da expressão "direito" como signo de linguagem equivalente por já estar incorporada na tradição dos doutrinadores e nas decisões dos tribunais e também por ser operacionalmente até mais versátil no patamar de desenvolvimento da Direito atual, considerando a forma de instrumentação conferida pela dogmática jurídica[22], porém desde que este seja entendido como espécie de interesse, categoria mais ampla que contempla o interesse das futuras gerações, de toda comunidade de vida e dos elementos que a viabilizam.

Canotilho defende como principal razão para caracterizar o meio ambiente como direito, a necessidade de atribuição de subjetividade, pois, do contrário, a sua operatividade não seria suficiente para garantir posições jurídicas individuais[23]. Rodolfo Mancuso também afirmar que a percepção de um direito é sempre maior que a de um interesse, mesmo o interesse legítimo[24].

---

[19] CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di Diritto Processuale Civili**. Cedam: Pádua, 1926. p. 26 e ss.

[20] Os reconhecidos autores brasileiros: Kazuo Watanabe, Celso Ribeiro Bastos e Rodolfo Mancuso, também relacionam interesse apenas a pessoas.

[21] Rodolfo Mancuso diferencia interesse legítimo (protegidos juridicamente) de interesse simples, sendo este apenas as circunstâncias que reportam, anseios, aspirações não protegidas ou fomentadas pelo Estado. (*In:* MANCUSO, Rodolfo Camargo**. Interesses difusos***:* conceito e legitimação para agir. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 68).

[22] No Código de Proteção e Defesa do Consumidor brasileiro, por exemplo, encontra-se a expressão "direito", nos conceitos legais de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

[23] CANOTILHO. J. J. Gomes. **Estudos sobre os direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 184 e ss.

[24] MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Interesses difusos***:* conceito e legitimação para agir. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 68

Ainda muito se discute se o bem ambiental seria um direito ou interesse: coletivo, difuso, supraindividual, transindividual, ultrapersonal, ultraindividual multiparticular ou super público, dentre outras formas de adjetivação. Para a maioria dos autores o bem ambiental caracteriza-se como autônomo, de fruição coletiva, de interesse público ou institucional, gerador de direito subjetivo e que serve como princípio diretor da política social e econômica ou função pública.

Primeiramente deve-se afastar toda e qualquer forma de especializar qualificativos reducionistas, isso porque o bem ambiental definitivamente não pode ser reduzido apenas a ideias individualistas de atribuição de subjetividade à moda dos tradicionais direitos de tipo apropriativo. Assim, avalia-se como inadequado o uso de qualificativos como supraindividual, transindividual, ultrapersonal, ultraindividual e multiparticular.

De igual forma é limitada a caracterização de bem ambiental como coletivo, ainda que em sentido estrito. Isso porque quanto se atribuiu a qualidade de coletivo remete-se a ideia de algo que pertence à coletividade apenas de seres humanos o que não se coaduna com a amplitude da titularidade do bem ambiental.

Não é satisfatório atribuir à condição de bem super público, pois esta forma de adjetivação hipervaloriza a dimensão pública e pode induzir a falsa ideia de algo pertencente ao Estado, ao Poder Público ou ao público geral formado apenas por seres humanos. Ademais, na especial relação jurídica ambiental, o vínculo entre o Estado e a sociedade também é redefinido e acontece muito mais baseado na cooperação, no agir em conjunto, e na distribuição equitativa do que em qualquer tipo de hierarquia de prioridade no acesso aos bens ambientais.

O qualificativo que melhor se adéqua à ampla dimensão do bem ambiental é sem dúvida o difuso, pois a relação jurídica é super difusa tanto na perspectiva subjetiva como também na objetiva. Essa difusão, entretanto, não pode implicar numa hiperproteção ou hiperinflação da base de incidência na perspectiva do objeto, sob pena de fragilizar-se a efetividade.

Quanto ao objeto dessa relação jurídica especial (dimensão objetiva), também não há consenso quanto à abrangência do meio ambiente entendido como bem jurídico sujeito a regime jurídico especial de proteção.

No Brasil a controvérsia doutrinária maior na inclusão dos bens culturais e artificiais no âmbito de proteção jurídica reforçada e especial. Todavia, considerando a abrangência o texto constitucional não resta dúvida de que, observadas as peculiaridades de cada bem tutelado

(genético, cultural, artificial ou do trabalho), incide o mesmo regime jurídico constitucional e as mesmas diretrizes principiológicas e normativas. Esta constatação é reforçada pela dimensão global, holística, integrada, sistêmica, difusa e imaterial conferida ao meio ambiente pelas declarações internacionais.

Na doutrina estrangeira também não é pacífico o entendimento acerca da abrangência conceitual de meio ambiente. Na Espanha, Miguel Perales, por exemplo, propõe um conceito intermediário a partir da Convenção de Lugano, no qual exclui o patrimônio histórico e só inclui a paisagem quando esta é composta por elementos naturais (flora, fauna, dentre outros.)[25].

Na definição da natureza jurídica do bem jurídico, outra intensa controvérsia diz respeito à caracterização deste enquanto direito subjetivo quanto analisado na perspectiva do sujeito, ou seja, na posição jurídica que este assume na relação jurídica[26].

A polêmica acerca da existência de um autêntico Direito Subjetivo se deve principalmente: a) falta de um conceito unitário - objeto; confusão existente entre a existência de um direito e o seu regime de proteção; os diversos conteúdos que são agregados ao direito do ambiente (informação, participação; o debate sobre sua funcionalidade e eficácia para a tutela ambiental global[27].

Historicamente o Direito, operacionalizado principalmente como mera técnica de controle social, foi construído em torno da noção da relação jurídica. A relação jurídica possuiu como elementos constitutivos: pessoas (titulares), objeto (geralmente a propriedade) e o vínculo jurídico (lei ou contrato).

Toda a engenharia jurídica construída pela dogmática tradicional é operacionalizada tendo como referência apenas pessoa enquanto ser social contratante que atua individualmente no trânsito jurídico.

Ocorre que o Direito Ambiental desafia o desenvolvimento do significado da relação jurídica com outra dimensão, tanto no aspecto subjetivo e objetivo, sob pena de a sua

---

[25] MIGUEL PERALES, Carlos. **Derecho Espanhol del Medio Ambiente**. Madrid: Civitas, 2000. p. 24.

[26] Na Espanha é possível identificar duas correntes divergentes: a) não é direito subjetivo e sim interesse difuso (imprecisão subjetiva, objetiva e formal) - Farrido Falla, Cabanillas Sánchez, Martín Mateo, Moreno Trujillo e Garcia de Enterria; b) Defendem a natureza de direito subjetivo: Fernandez Rodirguez, Rodrigues Ramos, Serrano Moreno e Miguel Perales). Em Portugal também há fortes divergências na doutrina, conforme registra Vasco Pereira da Silva ao defender de forma contundente a natureza de direito público subjetivo do meio ambiente. SILVA, Vasco Pereira. *Verde Cor de Direito:* Lições de Direito do Ambiente. Coimbra: Almedina, 2005, p. 91 e ss.

[27] ALENZA GARCÌA, José Francisco. **Manual de Derecho Ambiental**. Navarra: Universidad Pública de Navarra, 2001. p. 93

funcionalidade ficar reduzida e excessivamente limitada.

A ideia sempre repetida até pelo senso comum teórico do jurista ambiental é no sentido de que o meio ambiente é direito de todas as pessoas ou interesse geral é manifestamente insuficiente e incompleta. Isso porque no plano subjetivo devem necessariamente ser incluídos os sujeitos que vão nascer (futuras gerações) e toda a comunidade de vida, inclusive os elementos abióticos que lhes dão sustentação.

Marx Weber, ao tratar do direito subjetivo numa perspectiva sociológica, destacava que cada direito subjetivo "é uma fonte de poder" segundo o qual o indivíduo pode ordenar, proibir ou permitir a outro determinado comportamento[28].

Essa ideia de fonte de poder-dever ou prerrogativa-função que não só atribui titularidade conjunta de um bem, mas gera um poder-dever efetivo de ação para proteger adequadamente um bem jurídico especial, continua plenamente válida, conforme será a seguir explicitado. O que deve ser revisto é a sua amplitude, a funcionalidade e a titularidade do bem objeto da relação jurídica. Isso porque hoje a relação jurídica não é mais apenas de tipo apropriativo, vinculada a um direito individual e geralmente com conotação patrimonialista.

Giovanni Cordini lembra a posição da Corte Constitucional Italiana, a qual já desde 1987, reconhece o bem ambiental como valor jurídico constitucional primário e absoluto e que não pode gerar situações subjetivas de tipo apropriativo, tendo em vista a sua natureza de bem imaterial[29].

Conforme explica Ney Bello, o interesse, oriundo da norma fundamental de eficácia objetiva, não gera posição jurídica subjetiva e a sua justiciabilidade se dá apenas de forma diferida quando se busca a tutela jurisdicional do direito difuso[30].

Ney Bello é enfático ao concluir que: Veja-se que proteger o ambiente através de um dever representa fazê-lo criando um interesse jurídico legítimo, o que é francamente inferior à proteção por intermédio de um direito de natureza subjetiva. [...]. Os direitos subjetivos são interesses mais dogmaticamente evoluídos[31].

O conceito clássico de direito subjetivo, enquanto poder da vontade na satisfação de um

---

[28] WEBER, Max. **Sociologia del Derecho**. Edición y Estudio preliminar "La racionalidad de Derecho em el pensamiento de Max Weber: teoría e Ideologia" a cargo de José Luis Monereo Pérez – Director José Luiz Monereo Pérez. Granada: Camares, 2001, p. 54.
[29] CORDINI, Giovanni. **Diritto Ambientale Comparato**. Padova, 1997, p.84
[30] BELLO FILHO, Ney de Barros. **Pressupostos sociológicos e dogáticos da fundamentalidade do Direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.** Tese de Doutorado defendida junto à Universidade Federal de Santa Catarina, 2006. p. 380 e ss.
[31] BELLO FILHO, Ney de Barros. **Pressupostos sociológicos e dogáticos da fundamentalidade do Direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado**. Tese de Doutorado defendida junto à Universidade Federal de Santa Catarina, 2006. p. 393 e 404.

interesse de conformidade com a norma (teoria eclética), desenvolvido a partir dos aportes conceituais de Ihering, Bachof, Jellinek, Zanobini, sempre relaciona esta prerrogativa com interesse individual juridicamente protegido. Isso porque toda a concepção histórica do instituto foi pensada numa perspectiva individualista, pois não havia dúvida quanto à titularidade dos direitos.

Ocorre que na atualidade, em especial quando o objeto da relação é o bem ambiental, não é mais possível reduzir a titularidade da relação jurídica especial nem mesmo à coletividade das pessoas, pois há imprecisão subjetiva considerando a grande difusão de beneficiários da proteção do ambiente[32].

Por isso é fundamental que seja conferida uma perspectiva ampliada à relação jurídica ambiental. Na qual o direito subjetivo aparece funcionalizado apenas como prerrogativa jurídica que a ordem pública ambiental outorgada ao sujeito para este exigir (poder coercitivo) o cumprimento dos deveres ambientais e a adoção de comportamentos não lesivos[33]. Porém, jamais relacionado com a titularidade de um direito ou de uma relação jurídica de tipo apropriativo ou perfil individual, pois revela um bem jurídico de dimensão ética e jurídica superior da coletividade.

Neste cenário, ganha relevância, primeiro, a superação da visão antropocêntrica do homem para com o ambiente, sendo que permanece em linhas gerais a visão de expropriação do sujeito em relação aos demais bens. Secundariamente, enquanto opção, há de se destacar as possibilidades existentes, pela valorização da dignidade da pessoa humana, a qual relega a noção de vida pela vida, mas aproxima-se de padrões existenciais dignos e éticos. Em aprimoramento, maior atenção ao que se passa novos Estados regidos pelo "novo constitucionalismo".

O "novo constitucionalismo", conforme chamado o movimento iniciado no Equador e na Bolívia, ao fundar-se na valorização das relações naturais, tradicionais e culturais, tem o condão de representar um novo paradigma ao modelo antropocêntrico ocidental. O balizamento pelo ideal da *patchamama*[34] (divindade que reconhece a Terra como matriz da existência de todas as coisas)

---

[32] Delton Winter de Carvalho defende que na *condição de público de uso comum do povo, o meio ambiente, pertence a todos, sendo indisponível e imprescritível In* CARVALHO, Delton Winter. A Formação Sistêmica do Sentido Jurídico de Meio Ambiente. *Direito e Ambiente.* **Revista do ILDA – Instituto Lusíada para o Direito do Ambiente**. Ano I, n.. 1 Out/Dez 2008. Universidade Lusíada Editora. p. 67.

[33] Esta prerrogativa é defendida por Branca Martins Cruz ao caracterizar o meio ambiente como Direito-funcional ou poder-dever. *In* CRUZ, Branca Martins da. Desenvolvimento Sustentável e Responsabilidade Ambiental. *Direito e Ambiente.* **Revista do ILDA – Instituto Lusíada para o Direito do Ambiente**. Ano I, n.. 1 Out/Dez 2008. Universidade Lusíada Editora. p. 31 e 32.

[34] Sobre este tema ver ZAFARONI, Eugenio Raúl. **La pachamama y el humano**. 1ª ed., Buenos Aires: Colihue; Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2011

conduz à instituição de uma ordem jurídico-estatal ecocentrista, na qual o homem deixa de ser o centro de gravidade ambiental para ser um dos elementos que compõem esta esfera existencial. Limita-se, nestes termos, a visão expropriatória do ambiente pelo homem, pois já não lhe pertence mais.

Mesmo que a prática possa mostrar circunstâncias diversas, a criação de um *ethos* de reconhecimento e proteção do ambiente como condição central existencial do Estado e do ordenamento jurídicos possibilita, de igual sorte, meios facilitadores para o intercâmbio de normas transnacionais. Indubitavelmente há se reconhecer o ambiente como norma de *jus cogens*, sob pena de relativizar, inclusive, o direito à vida. Em não sendo observada tal necessidade dar-se-á vazão para julgados à moda *Massachusetts vs. Environmental Protection Agency* (n. 05-1120/2007), no qual a Suprema Corte americana decidiu pela impossibilidade de tutela jurisdicional em razão de problemas de legitimidade e capacidade de dimensionar o dano ambiental, face o caráter difuso do bem jurídico.

Ao se adentrar na seara do sujeito, seu lugar nas relações ambientais e sua legitimidade para a satisfação dos direitos/deveres fundamentais há de se questionar sobre a possibilidade de confluência destas linhas em favor do ambiente. Reiteradas são as falas pejorativas que atribuem aos pobres a culpa pela degradação ambiental. Por outro lado, a experiência brasileira, equatoriana e boliviana mostra condições de legitimidade própria que rompe com o imaginário de imposição à preservação ambiental como nova forma de colonialismo, pois não tendo mais os países desenvolvidos o que proteger impedem aos países em desenvolvimento a ascensão pelo dever de proteção ambiental. O texto constitucional destes três Estados comunga das demandas provenientes dos anseios nacionais.

Entretanto, a questão da legitimidade estreita-se nas condições de exigibilidade das normas ambientais positivadas. Variadas são as razões que geram este ambiente pouco “ambientalizado”. Destaque-se, sobretudo as vicissitudes herdadas do modelo de processo adotado. Um modelo formal e substancialmente individualista, de matriz liberal abstencionista.

Conforme leciona Stefano Rodotá o problema da subjetividade e o problema da legitimação à tutela do ambiente se conjugam. O problema da subjetividade atinge a questão da capacidade e do interesse para estar em juízo. Com urgência, deve-se construir uma teoria de legitimação geral, uma ação popular destinada na tutela da biosfera, transcendendo o paradigma clássico que exige para estar em juízo a comprovação de interesse direto e atual. Em

complemento, reclama-se uma nova caracterização de sujeito. Sujeito que judicialmente não peticione por si; e sim por todos, que magnetize interesses coletivos e difusos em favor da humanidade toda. No fundo, trata-se de aprumar um novo direito para novos sujeitos que se faça além de qualquer categoria de consideração abstrata para a garantia concreta.[35]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Thomas Edison sempre que fracassava no intento de criar uma fonte artificial de luz, a popular lâmpada, exclamava com orgulho que não havia propriamente obtido sua obra prima, mas estava convencido de quais elementos não utilizar. Em síntese, sabia que a trilha para o sucesso passava necessariamente pelo reconhecimento das virtudes próprias do fracasso.

Extrai-se desta passagem uma lição que não pode ser preterida no propósito de se atribuir os caracteres fundamentais à natureza jurídica do meio ambiente: os ensinamentos latentes no amplo histórico de expropriação desenfreada dos recursos e bens ambientais. Ainda que a existência humana seja vinculada a constituição de impactos ambientais e criadora de uma sociedade de risco, não se pode a partir deste diagnóstico deitar-se em berço esplendido.

O decurso dos anos, séculos e milênios é retrato fidedigno da baixa preocupação ambiental, salvo raras e esparsas exceções. Ainda que se possa observar determinados períodos e culturas interessadas na preservação ambiental, não há como se fugir da índole preservacionista voltada às necessidades humanas, de tal forma que a preservação ambiental sempre foi vista como preservação do *status quo* humano.

De tal forma, antes de qualquer tentativa precipitada de se dogmatizar arbitrariamente sobre a natureza jurídica do meio ambiente, deve-se fixar o entendimento de que mesmo possui atributos próprios e específicos, que o faz avesso aos modelos tradicionais de classificação. Transcende o meio ambiente a linha entre direito subjetivo e/ou objetivo; está alheio à distinção direito público e/ou direito privado; supera as classificações de direito individual e/ou coletivo, com isso, automaticamente resitua todas as réguas de atribuição de titularidade; é um movimento dinâmico de reconhecimento de direitos, deveres e interesses.

Ademais, observa-se na preocupação com a atribuição da natureza jurídica do ambiente algo peculiar: a moldura para enquadramento, como diria Hans Kelsen, é muito maior, parte da

[35] RODOTÁ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Roma: Laterza, 2012, p. 175-177.

caracterização do Estado, antes mesmo de ser objeto do ordenamento jurídico.

Logo, há se de valorizar a noção de que a natureza jurídica do meio ambiente não depende unicamente da Ciência Jurídica. Evidente que ela possui uma função deveras importante, mas que não é um fim em si mesma. Muito mais importante é a condição que ambiente fornecerá para o Estado e seu modelo de atuação. Visto deste prisma, a natureza do ambiente e sua efetividade parte da compreensão talhada em cada sujeito e do diálogo que se estabelece em suas relações intersubjetivas. Ou seja, a natureza jurídica dada ao meio ambiente necessita se bases populares de legitimidade. Não se mostra prudente o Direito, verticalmente, atribuir o sentido sócio-normativo para a proteção e tutela jurídica ambiental. Mostra-se mais condizente a recepção e a conscientização empreitada nas bases, sob pena da norma converter-se em texto seu sentido prático, distanciado da realidade, tal qual assevera Eros Roberto Grau[36].

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALENZA GARCÌA, José Francisco. **Manual de Derecho Ambiental**. Navarra: Universidad Pública de Navarra, 2001.

BACHELET, Michel. **Ingerência Ecológica**: Direito Ambiental em questão. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Pressupostos sociológicos e dogmáticos da fundamentalidade do Direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado**. Tese de Doutorado defendida junto à Universidade Federal de Santa Catarina, 2006.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOSSELMANN, Klaus. Direito humanos, meio ambiente e sustentabilidade. *In*: SARLET, Ingo W. (Org.) **Estado socioambiental e diteitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 72.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. In FERREIRA, Helini Silvini. LEITE, José Rubens Morato. **Estado de direito ambiental:** tendências: aspectos

[36] GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7 ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2008.

constitucionais e diagnósticos. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

CANOTILHO. J. J. Gomes. **Estudos sobre os direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CANOTINLHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6a. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONELL, Miguel. La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli. In: _____; SALAZAR, Pedro. Garantismo. **Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005.

CARLI, Ana Alice de. A água como sujeito de direitos. **Revista Internacional de Direito Ambiental** – vol. III – no 09 - setembro-dezembro de 2014 p. 42

CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di Diritto Processuale Civili**. Cedam: Pádua, 1926.

CARVALHO, Delton Winter. A Formação Sistêmica do Sentido Jurídico de Meio Ambiente. Direito e Ambiente. **Revista do ILDA – Instituto Lusíada para o Direito do Ambiente**. Ano I, n.. 1 Out/Dez 2008. Universidade Lusíada Editora.

CORDINI, Giovanni. **Diritto Ambientale Comparato**. Padova, 1997.

CRUZ, Branca Martins da. Desenvolvimento Sustentável e Responsabilidade Ambiental. Direito e Ambiente. **Revista do ILDA – Instituto Lusíada para o Direito do Ambiente**. Ano I, n.. 1 Out/Dez 2008. Universidade Lusíada Editora.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7 ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2008.

HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. **Dialética da secularização:** sobre razão e religião. São Paulo: Ideias &Letras, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOMBARDI, Giorgio M. **Contributo Allo Studio Di Doveri Constitucionali**. Milano: Dott. A. Diuffrè Editore, 1967.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Interesses difusos:** conceito e legitimação para agir. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MIGUEL PERALES, Carlos. **Derecho Espanhol del Medio Ambiente**. Madrid: Civitas, 2000.

OST, François. **A natureza à margem da lei**. A ecologia à prova do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1995,

RODOTA, Stefano **Il terribilie diritto.** Studi sulla proprietà privata. Bolonha (Itália): Il Mulino. 1990.

RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di averre diritti**. Roma: Laterza, 2012.

SILVA, Vasco Pereira. **Verde Cor de Direito***:* Lições de Direito do Ambiente. Coimbra: Almedina, 2005.

WEBER, Max. **Sociologia del Derecho**. Edición y Estudio preliminar "La racionalidad de Derecho em el pensamiento de Max Weber: teoría e Ideologia" a cargo de José Luis Monereo Pérez – Director José Luiz Monereo Pérez. Granada: Camares, 2001.

WEIS, Edith Brows. **Un mundo Justo para las Futuras Generaciones:** Derecho Internacional, Patrimonio Común y Equidad Integeracional. Trad. Máximo E. Gowland. Madrid: United Nations, Mundi- Prensa, Madrid, 1999.

ZAFARONI, Eugenio Raúl. **La pachamama y el humano**. 1ª ed., Buenos Aires: Colihue; Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2011.

JUSTIÇA AMBIENTAL E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SOCIOAMBIENTAIS: DESAFIOS DA SUSTENTABILIDADE NA ERA DO DESENVOLVIMENTISMO

Ricardo Stanziola Vieira[1]

INTRODUÇÃO

Uma vez conscientes da opção brasileira e da maioria dos Estados do mundo pelo desenvolvimentismo e consequentemente pelo difícil acesso à informação, participação e controle social cidadão em temas socioambientais, temos as consequências certas deste processo. Situações de conflitos socioambientais ou de injustiça ambiental (violação de direitos humanos socioambientais) como as descritas neste breve artigo vêm sendo debatidas, apresentadas e de certa forma enfrentadas por lideranças, alguns intelectuais e setores mais organizados da sociedade civil organizada em diversos contextos nacionais e internacionais.

No entanto trata-se de uma luta ainda em grande disparidade. De um lado a sociedade civil e suas lideranças que a partir de movimentos críticos como a justiça ambiental começam a se dar conta da mencionada disparidade e violência estrutural gerada pelo modelo de desenvolvimento em curso (aqui designado por desenvolvimentismo). De outro lado temos todo o sistema de mercado globalizado e o setor público que o ampara formal e financeiramente cada vez mais. A questão socioambiental tem sido o palco principal destes conflitos. Em grande parte pelo fato de que o sistema econômico globalizado (especulativo ou produtivo) cada vez mais necessita de recursos naturais e territórios "virgens" e novos mercados consumidores – critério essencial de expansão e sobrevivência do sistema em si mesmo. Aliás, em que pese conquistas sociais importantes, disso é que se trata a essência de políticas de "inclusão social" tão bem propagandeadas e midiatizadas pelos últimos governos no Brasil. Se endividamento e dependência ao consumo de bens supérfluos e descartáveis constitui "inclusão social" e desenvolvimento como se apresenta, então é necessário repensar todo o sentido do que seja o presente Estado de Direito Brasileiro.

Nestes termos seria uma grande ingenuidade esperar das instituições estatais (com

[1] Professor Programa de Pós Graduação em Ciência Jurídica (mestrado e doutorado) e Programa de Mestrado em Políticas Públicas – UNIVALI. Pós-doutorado em Direito Ambiental, Urbanismo e gestão do território pela Universidade de Limoges.

exceção de secretarias e ministérios menos importantes estrategicamente) que façam um enfrentamento deste modelo.

Ainda para não cair na armadilha fácil e linear do pessimismo ou, o que é pior, do ceticismo e apatia, lembramos a estratégia adotada por alguns setores da sociedade civil organizada: trata-se da chamada "estratégia de enxameamento"[2]. Em linhas gerais consiste em fazer um enfrentamento temático em varias frentes simultâneas de forma a confundir o adversário que tradicionalmente espera o ataque (previsível), linear e "racionalizado", "institucionalizado" em apenas uma frente.[3]

Com relação à juventude brasileira e mundial é auspicioso perceber que muitos têm naturalmente percebido este dilema. Pedir aos jovens para se resignar ou desistir de "mudar o mundo" é tarefa quase impossível, felizmente. Mas é relativamente fácil canalizar seus "impulsos" ainda pouco carregados de consciência crítica para o sistema de consumo e assim fortalecer ainda mais a engrenagem desenvolvimentista que causa tantas injustiças ambientais. Este trabalho ardiloso tem sido bem feito (de forma cada vez mais sofisticada e intensiva) desde a mais tenra idade, já na educação infantil.[4] Talvez essa seja uma das maiores injustiças ambientais de nossos tempos.

Tendo em vista todo este contexto é uma alegria acompanhar movimentos (marcadamente jovens), ainda que um pouco ingênuos talvez, com pautas desafiadoras como mídia livre, acesso a recursos naturais, bens comuns, territórios, ecologia, multiculturalismo, entre tantos outros.

Não podemos ignorar a morte de Aron Schwartz e os esforços de criminalização e prisão de Julian Assange, entre tantos e tantos exemplos dos riscos que o enfrentamento sério e consciente

---

[2] Não é o momento de aprofundar a "estratégia de enxameamento", mas basta dizer que diversas lideranças já fizeram uso dela ao longo da historia. É o caso de Luiz Carlos Prestes (que nunca enfrentava seus adversários "linearmente"), Gandhi (que fazia uso de diversas "armas pacíficas" para sua luta: identidade nacional, modelo de desenvolvimento, religiosidade, modo de vida – tecelagem, nacionalismo, desobediência civil, manifestações variadas, luta por direitos humanos, acesso a recursos naturais – bens comuns, como o sal marinho, entre outros). Por sua vez resistências e movimentos marcados pela estratégia linear e de enfrentamento raramente tiveram sucesso e em geral foram massacrados, rendidos ou cooptados e "integrados" institucionalmente.

[3] Assim por exemplo, o combate aos alimentos transgênicos não se limitaria apenas a esfera institucional da CTNBIO (marcada pelo discurso sofisticado e tecnicista do governo e setor privado), como querem o governo e indústria da biotecnologia. É certo que o debate se dá aí, mas pode se estender para os mais amplos espaços imaginados: donas de casa, consumidores, ecologistas (profundos ou não...), especialistas de saúde publica, zoneamento ambiental, debate sobre recursos hídricos, judiciário, pescadores, populações tradicionais, gestão da biodiversidade, comissões internacionais de direitos humanos, OIT, etc.

[4] Sobre isso é interessante notar o desmantelamento de qualquer sistema de limites públicos que impediam publicidade para crianças nos EUA. Uma vez quebrada esta barreira jurídico-estatal neste Estado, muitos outros Estados do planeta seguiram o modelo Norte Americano.

Neste sentido recomendamos analisar o trabalho realizado pelo Instituto Alana, organização que atua em defesa dos direitos das crianças no Brasil. In: http://alana.org.br/. Acesso em 12 de Fevereiro de 2014.

implica.

Em se tratando de Aaron Schwartz vale citar recente texto de Eliane Brum[5].

> Aaron Swartz tinha 22 anos quando explicou por que fazia o que fazia, era quem era. Aos 26, ele está morto. Foi encontrado enforcado em seu apartamento de Nova York na sexta-feira, 11 de janeiro. Provável suicídio. Talvez a maioria não o conheça, mas Aaron está presente na nossa vida cotidiana há bastante tempo. Desde os 14 anos, ele trabalha criando ferramentas, programas e organizações na internet. E, de algum modo, em algum momento, quem usa a rede foi beneficiado por algo que ele fez. Isso significa que, aos 26 anos, Aaron já tinha trabalhado praticamente metade da sua vida. E, nesta metade ele participou da criação do RSS (que nos permite receber atualizações do conteúdo de sites e blogs de que gostamos), do Reddit (plataforma aberta em que se pode votar em histórias e discussões importantes), e do Creative Commons (licença que libera conteúdos sem a cobrança de alguns direitos por parte dos autores). Mas não só. A grande luta de Aaron, como fica explícito no depoimento que abre esta coluna, era uma luta política: ele queria mudar o mundo e acreditava que era possível. [...]
>
> Havia, porém, um processo penal: Aaron foi enquadrado nos crimes de fraude eletrônica e obtenção ilegal de informações, entre outros delitos. "Roubo é roubo, não interessa se você usa um computador ou um pé-de-cabra, e se você rouba documentos, dados ou dólares", afirmou a procuradora dos Estados Unidos em Massachusetts, Carmen Ortiz (United States Attorney). Aaron seria julgado em abril. E, se fosse acatado o pedido da acusação, esta seria a sua punição: 35 anos de prisão e uma multa de 01 milhão de dólares. [...]

Não diferente do controle e pressão sobre o acesso à livre informação existente internacionalmente, o mesmo acontece também em terras brasileiras. Um dos casos recentes e mais emblemáticos que cumpre aqui mencionar e divulgar foi o ataque covarde de hackers ao site da Campanha *Justiça nos Trilhos* que exerce papel fundamental de controle social e transparência sobre as atividades muitas vezes insustentáveis daquela que se apresenta como a 2ª maior mineradora do mundo – VALE, e se apresenta à luz de indicadores, no mínimo, "questionáveis" como uma das empresas mais "sustentáveis" do Brasil[6]. Isso prejudicou as atividades desta rede por um período de dois meses, justamente em um período de operações bastante impactantes e

[5] BRUM, Eliane. Perdão, Aaron Swartz. Disponível em: http://goo.gl/2vWkbF. Acesso em 04 de Abril de 2014.

[6] Em seu sitio na internet a empresa Vale anuncia-se como uma das 5 mais sustentáveis do Brasil e uma das mais sustentáveis do mundo, segundo critérios e indicadores de uma consultoria canadense. In: http://goo.gl/NFpk0j. Por outro lado a mesma empresa Vale ganhou inglório título de pior empresa por uma premiação criada desde 2000 pelas ONGs Greenpeace e declaração de Bernia, a "Public Eye People's". O prêmio, também conhecido como o "Oscar da Vergonha" foi anunciado durante o Fórum Econômico Mundial de Davos, na Suíça em 2012. In: http://goo.gl/lQtsfv. Isto revela o quanto conceitos como desenvolvimento e sustentabilidade sem sido manipulados (por todos os lados, diga-se) a ponto de perder sua objetividade e significância, passando a ser muito mais uma categoria de marketing do que critério para politicas publicas sérias. Aliás, é interessante (e admirável) perceber o esforço (e certo sucesso junto a públicos sem muita consciência crítica) em apresentar setores ligados à exploração de combustíveis fósseis, mineração, papel e celulose, monocultura transgênica, biopirataria, como "sustentáveis" em nosso país. Assim também temos sido bombardeados com a ideia de que consumo e aumento do PIB são sinônimos de inclusão social. Isso revela o quanto os grandes nomes da propaganda nos tempos de nazismo, holocausto e 2ª guerra mundial teriam a aprender nos dias de hoje...

questionáveis pela empresa.[7]

> Além de casos emblemáticos como os acima mencionados, as situações de conflitos socioambientais e injustiça ambiental, de mais a mais, vem ocorrendo de forma difusa em decorrência de fenômenos, de um lado, como aumento da pobreza e das desigualdades econômico-sociais e consequente vulnerabilidade, e de outro lado pelas alterações climáticas, naturais ou causadas pelo homem (aumento de eventos extremos, desastres naturais) e o avanço do modelo desenvolvimentista.

Destaque para temas como desastres ambientais (e seus atingidos mais frequentes), violação dos direitos socioambientais de grupos vulneráveis como as crianças e adolescentes, modelo de desenvolvimento do agronegócio (muitas vezes caracterizado pelo forte êxodo rural de pequenos produtores ou quando não, pela sua submissão sistemática ao que se denomina, pomposamente, de "contratos de integração" e por fim a dramática situação do reconhecimento de territórios das populações e comunidades tradicionais.[8]

---

[7] Foram necessários dois meses de trabalho para recuperar os estragos decorrentes de uma agressão violenta de hackers ao site "Justiça nos Trilhos". Em todo esse tempo o site ficou fora do ar e as *newsletters* não puderam ser mandadas a seus seguidores. Esse veículo de comunicação tem procurado, ao longo dos últimos quatro anos, apresentar o lado perverso dos empreendimentos da cadeia de mineração e de siderurgia no Brasil e no mundo e em especial daqueles levados a cabo pela empresa Vale S.A., que investe anualmente dezenas de milhões de reais somente em ações de propaganda. O site "JnT" é expressão de uma rede de movimentos sociais, pesquisadores universitários, organizações sindicais, pastorais da igreja católica e lideranças comunitárias que se consideram atingidas pelos negócios da Vale S.A. nos Estados do Maranhão e do Pará. Justiça nos Trilhos faz parte de redes mais amplas, como a Rede Brasileira de Justiça Ambiental, a Rede Internacional dos Atingidos pela Vale e o Observatorio de Conflictos Mineros de América Latina. Tem servido como fonte de informação para meios de imprensa de prestígio no Brasil e no mundo.
Ao longo desses anos o site "JnT" tem divulgado denúncias, pesquisas e reportagens sobre os impactos da mineração e sua cadeia de produção e escoamento, focando em especial sobre o corredor de Carajás (onde a Vale S.A. está mais investindo recentemente), mas dando ressonância a vários outros conflitos no Brasil e no mundo.
O ataque dos hackers aconteceu poucos dias depois de um encontro tenso que envolveu integrantes da Rede Internacional de Atingidos pela Vale e o presidente da companhia, Murilo Ferreira. Os representantes dos atingidos evidenciaram, na presença do presidente da Vale S.A., numerosas contradições da empresa, documentadas e aprofundadas no recém publicado 'Relatório de Insustentabilidade da Vale'.
Na ocasião, houve também a entrega oficial a Murilo Ferreira do prêmio de 'Pior empresa do mundo', reconhecimento-denúncia conferido à Vale no processo de voto popular internacional "Public Eye", organizado em sua 12ª edição pelas entidades Berne Declaration e Greenpeace Suisse.
A ação dos hackers contra o site "JnT" coincidiu também com a campanha midiática em torno do processo de reformulação do site oficial da empresa Vale S.A., para, nas palavras dela, "reposicionar sua marca na web". Este teria sido um processo que contou com um total de 60 profissionais ligados a sua gerência de Relacionamento com a Imprensa, Conteúdo Estratégico e Mídias Digitais.
Nessas semanas em que o site esteve fora do ar, não foi possível aos integrantes e colaboradores de JnT divulgarem suas considerações sobre a polêmica e nefasta concessão pelo IBAMA da licença ambiental de instalação para a duplicação da Estrada de Ferro Carajás. Também foi impossível dar ressonância através desse meio às seis matérias da reportagem especial sobre Carajás realizada pela Agência Pública de Reportagem e Jornalismo Investigativo, bem como outros trabalhos jornalísticos relevantes. In. "Após dois meses de 'censura', volta no ar o site da Justiça nos Trilhos 'hackeado'", In: *Justiça nos Trilhos*, Disponível em: http://goo.gl/pfco4H. Acesso em 23 de janeiro de 2013.

[8] Se por um lado a agenda da Reforma Agrária vem aos poucos desaparecendo do horizonte do governo, a questão indígena sequer entrou na agenda da esquerda brasileira no poder. "Retrocedemos muito neste período. Se antes lutávamos pelo cumprimento dos nossos direitos, hoje lutamos para não perder esses direitos reconhecidos na Constituição", lamenta Sônia Guajajara, coordenadora da Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (Coiab).
Em média, os governos dos presidentes Lula e Dilma homologaram menos terras, em número e extensão, do que os antecessores José Sarney, Fernando Collor de Melo, Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso, destaca reportagem do Brasil de Fato.
Na avaliação dos defensores dos direitos indígenas, a razão para este retrocesso está na opção de modelo desenvolvimentista para o campo e para as florestas adotado pelos governos nesta última década. "Pela origem do governo ligado aos movimentos sociais, o movimento indígena criou muita expectativa, mas ele fez uma aliança com os latifundiários e as mineradoras, deixando os nossos interesses de lado", lembra Rildo Kaingang, coordenador da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil. (Cenários para 2013. Povos indígenas, 'entraves' ao modelo de desenvolvimento. Publicado em janeiro 24, 2013 por HC. In. http://goo.gl/SNquTq. Acesso em 14 de Fevereiro de 2014.

A questão territorial merece destaque no cenário de injustiça ambiental decorrentes direta ou indiretamente do modelo desenvolvimentista. Sem pretensão de enunciar todos os casos conhecidos[9] ou de aprofundá-los mencionamos alguns que tem chamado a atenção no Brasil dos últimos tempos: o caso dos povos indígenas (caso de Belo Monte[10], Aldeia Maracanã, Kaiowaa Guarani, Ticuna, entre outros)[11]; territórios quilombolas (o exemplo de Alcântara – MA é um dos mais citados por apresentar às claras a postura do Estado Brasileiro); caso das caiçaras e pescadores artesanais (como nos enfrentamentos de grandes grupos transnacionais – em parceria com o Estado – como no caso de CSA e Thyssenkrupp Sepetiba – RJ e do complexo petroquímico do Rio de Janeiro – COMPERJ - na Baia da Guanabara, grandes obras de infraestrutura como os portos de Pecém- CE, Suape – PE entre tantos outros grandes projetos quase "inquestionáveis" do PAC - Plano de Aceleração do Crescimento)[12].

Após discorrer sobre origem, contexto e tensões envolvendo conceitos como Justiça ambiental, desenvolvimentismo e sustentabilidade, o artigo analisa a abordagem das questões ambientais em relação com variáveis como a exclusão social e ambiental, as diferenças na distribuição de poder nos processos decisórios e a condição de fragilidade daqueles que arcam com parcelas desproporcionais de custos ambientais e enfrentam dificuldades de acessar os

---

[9] Algumas referências neste sentido são o site da Rede Brasileira de Justiça ambiental, www.justicaambiental.org.br, o Blog "Combate ao Racismo ambiental" - http://racismoambiental.net.br/, e o "Mapa de conflitos envolvendo a justiça ambiental e saúde no Brasio - http://www.conflitoambiental.icict.fiocruz.br/.

[10] A construção da Hidrelétrica de Belo Monte, na barragem do Rio Xingu, no Pará, também é emblemático nessa questão. Considerada a maior obra do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), do governo federal, a construção além de ter sérios impactos ambientais (ver na matéria publicada no site da EPSJV), deve deslocar 14 diferentes povos indígenas, totalizando milhares de famílias, de suas terras originárias. O estudo de viabilidade técnica vem sendo executado desde 1980, mas foi em 2009, momento em que foi apresentado o novo Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e logo após, no início de 2010, quando o Ministério de Meio Ambiente concedeu a licença ambiental prévia para sua construção, que os conflitos ficaram mais tensos. Até agora grande parte das condicionantes propostas no estudo não foram cumpridas, no entanto, o projeto está sendo realizado em meio a grandes entraves e tensões.

[11] Trata-se do espaço do antigo Museu do Índio, no Rio de Janeiro. Instalado em um antigo casarão de 1862, o local abrigava a chamada "Aldeia Maracanã", na qual conviviam índios de diversas etnias como Puris, Botocudos, Tapajós, Guajajara, pataxós, tukanos, fulni-o e apurinãs, Potiguaras, Guarani, Kaingáng, Krikati, Pankararu, Xavante, Ashaninkas, entre outras. O espaço fica nas proximidades do Estádio Mário Filho, o Maracanã – que esteve em reforma desde 2010 por conta das exigências da Fifa ara abrigar jogos da Copa do Mundo a ser realizada em 2014.

[12] Cite-se a entrevista com Alexandre Anderson da ONG AHOMAR concedida à EPSJV: "Os pescadores artesanais, que trazem sua cultura de várias gerações e têm o cordão umbilical diretamente ligado com os ecossistemas também estão sofrendo violações de direitos humanos. Eles estão sendo expulsos dos seus territórios porque as baias estão perdendo a finalidade de ecossistemas e de bens comuns. Dentre as suas reivindicações está o reconhecimento dessas comunidades como tradicionais, o direito à pesca e aos seus territórios, a exemplo do Movimento Pescadores e Pescadoras artesanais (MPP)", Jô Brandão, secretária especial sobre populações e comunidades tradicionais (Governo Federal) explica que desde o Decreto 6040/07 as comunidades caiçaras e os pescadores artesanais já são consideradas comunidades tradicionais e também têm representantes na Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (CNPCT), que atua com apoio do Ministério do Desenvolvimento Social no fortalecimento social, econômico, cultural e ambiental dos povos e comunidades tradicionais. "O caso dos caiçaras que vivem de pesca artesanal ainda é mais complicado porque esbarra também na questão ambiental, como é vivido pela comunidade da região da Jureia, em São Paulo, que se encontram agora em uma área de preservação ambiental. Dependendo do formato e do modelo desta área de preservação, ela não permite a presença das pessoas no local, que é o caso de lá, e isso tem gerado muito conflito porque os caiçaras estão ficando desamparados", lembra. Disponível em: http://goo.gl/QsklLE. Acesso em: 07 de Outubro de 2013.

recursos ambientais, afetando a sua própria condição de exercício da cidadania. O processo e algumas possibilidades decorrentes da última Conferência da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio+20) também são avaliadas.

O trabalho analisa por fim, no sentido algumas contribuições e propostas, a atual conjunta institucional (acesso à justiça), princípios relevantes de direito ambiental – destaque para o princípio de não-retrocesso e as possibilidades de um "direito da sustentabilidade", marcado pelo paradigma jurídico do socioambientalismo e a concepção de justiça ambiental, face à complexidade inerente aos conflitos ambientais que ultrapassam a mera análise de questões técnicas de caráter científico e estritamente jurídico.

1. DESENVOLVIMENTISMO X SUSTENTABILIDADE – CONTEXTO DA JUSTIÇA AMBIENTAL, E SOCIOAMBIENTALISMO

1.1. Desenvolvimentismo: Conceituação e Críticas

Na ótica do modelo econômico desenvolvimentista - que deu o tom às políticas de expansão econômica do pós-guerra -, a superação da pobreza extrema, da fome e da marginalização social das maiorias viria naturalmente como resultado dos investimentos em grandes obras de infraestrutura, tais como rodovias, hidrelétricas e projetos de irrigação. Salvaguardas ambientais eram vistas como entraves ao progresso, concebido como resultado de taxas elevadas de crescimento do Produto Interno Bruto (PIB).

No Brasil, em vez de serem privilegiadas a distribuição de renda, uma economia mais autônoma e a proteção ambiental, o que vingou foram os incentivos públicos - que levaram ao desmatamento do Cerrado, da Mata Atlântica e da Amazônia e a instalação do parque automobilístico em detrimento das ferrovias. Importava remover obstáculos naturais para o progresso avançar, como foi o caso da chamada Revolução Verde, iniciada na década de 1940. A expressão, cunhada em 1966, refere-se a um programa para aumentar a produção agrícola no mundo e assim acabar com a fome, por meio de sementes geneticamente melhoradas, uso de agrotóxicos, fertilizantes e maquinário.[13]

[13] No Brasil, além da expansão do agronegócio em regiões antes não intensamente ocupadas pelo ser humano, houve rápida urbanização, e em consequência da falta de preocupação com o bem-estar das pessoas, ampliaram-se favelas e moradias insalubres e cresceu a poluição ambiental (também resultante do déficit em saneamento). Por outro lado, demandas por mais "desenvolvimento", sobretudo no setor industrial, para ofertar empregos à população urbana, passaram a povoar o imaginário de progresso de pequenas, médias e grandes cidades brasileiras.

Além do agravamento dos problemas sociais e da herança econômica – hiperinflação, elevado endividamento externo e arrocho salarial, as políticas convencionais de desenvolvimento afetaram profundamente o meio ambiente. Tornaram-se corriqueiros os desastres ecológicos, por conta de acidentes químicos e derramamento de petróleo; a poluição do ar e dos recursos hídricos; o desmatamento; a devastação de mangues e as áreas úmidas; a contaminação por agrotóxicos e outras substâncias e uma montanha de lixo que se esparrama por cidades, mares, rios e lagos.

Apesar da prevalência do desenvolvimentismo, ambientalistas, movimentos sociais e cientistas que pesquisavam os efeitos do modelo de produção e consumo vigentes na saúde humana e no meio ambiente, gradualmente aumentavam sua influência sobre a opinião pública.

O primeiro grande encontro internacional a questionar a ótica economicista e perdulária do conceito de desenvolvimento vigente no pós-guerra foi a Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, Suécia, em junho de 1972. Em que pese seu relativo insucesso, foi a primeira vez que a comunidade internacional reuniu-se para considerar conjuntamente as necessidades globais do desenvolvimento e do meio ambiente[14].

Uma crítica interessante que tem sido feita ao "desenvolvimentismo" e ao "consumerismo" de nossos dias provém de diversos trabalhos acadêmicos, ou não, como o estudo do Clube de Roma – Limites ao crescimento –, e mais recentemente a revisão de indicadores sobre capacidade de suporte dos ecossistemas planetários. Um autor de destaque na atualidade é o sociólogo francês Serge Latouche[15]. Este pesquisador apresenta a tese provocadora: "Um certo modelo de sociedade de consumo acabou. Agora, o único caminho para a abundância é a frugalidade, pois permite satisfazer todas as necessidades sem criar pobreza e infelicidade". Serge Latouche é professor emérito de ciências econômicas da Universidade de Paris-Sud e universalmente conhecido como o profeta do decrescimento feliz ou da teoria do decrescimento.

Entenda-se que o "decrescimento" aqui não significa apologia à recessão. Ao contrário, visa

---

[14] Em tempos de Guerra Fria, a conferência foi boicotada pela União Soviética e aliados no Leste Europeu, em protesto contra a ausência da Alemanha Oriental, que não integrava a ONU na ocasião. O boicote abriu espaço para emergir a principal polêmica da cúpula, o embate entre os países desenvolvidos do Hemisfério Norte com as nações em desenvolvimento do Hemisfério Sul, que defenderam seu direito à industrialização e ao desenvolvimento econômico. Criticaram abertamente o que entendiam como tentativas dos países desenvolvidos em frear seu desenvolvimento com políticas ambientais restritivas à atividade econômica. No lado dos países ricos, a maior preocupação foi apoiar políticas rigorosas de controle da poluição, sem aludir à revisão de padrões de produção, de consumo e de estilo de vida. Pode-se consultar o documento: "Por dentro das Conferencia das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável" In: Radar Rio+20. www.radarrio20.org.br. Acesso em 23 de janeiro de 2014.

[15] Serge Latouche é professor emérito de ciências econômicas da Universidade de Paris-Sud, universalmente conhecido como o profeta do decrescimento feliz.

justamente questionar as bases do atual modelo de "crescimento" que agride tanto o equilíbrio ecossistêmico, os bens difusos, como também a qualidade de vida e saúde da população.

Trata-se de produzir um novo ou verdadeiro tipo de abundância, ou como bem explica de forma didática o próprio Latouche[16]:

> Eu falo de "abundância" no sentido atribuído à palavra pelo grande antropólogo norte-americano Marshall Sahlins no seu livro Economia da Idade da Pedra. Sahlins demonstra que a única sociedade da abundância da história humana foi a do paleolítico, porque então os homens tinham poucas necessidades e podiam satisfazer todas elas com apenas duas ou três horas de atividade por dia. O resto do tempo era dedicado ao jogo, à festa, ao estar juntos.
>
> Quer dizer que não é o consumo que faz a abundância?
>
> Na realidade, precisamente por ser uma sociedade de consumo, a nossa sociedade não pode ser uma sociedade de abundância. Para consumir, deve-se criar uma insatisfação permanente. E a publicidade serve justamente para nos deixar descontentes com o que temos para nos fazer desejar o que não temos. A sua missão é nos fazer sentir perenemente frustrados. Os grandes publicitários gostam de repetir que uma sociedade feliz não consome. Eu acredito que pode haver modelos diferentes. Por exemplo, eu não defendo a austeridade, mas sim a solidariedade, esse é o meu conceito-chave. Que também prevê o controle dos mercados e o crescimento do bem-estar.

1.2. O Socioambientalismo e a Justiça Ambiental: uma nova perspectiva para a dicotomia Desenvolvimentismo X Sutentatibilidade

Para além de um debate mais técnico e econômico acima apresentando entre desenvolvimentismo x sustentabilidade¸ o socioambientalismo e o conceito de justiça ambiental apresentam-se como novas concepções na abordagem da questão ambiental, que visam à conjugação dos fatores estritamente ambientais e de caráter técnico, com o seu contexto social, econômico, cultural, étnico e político. Reconhecem os saberes, os fazeres populares, as suas construções culturais sobre o seu ambiente como fatores determinantes no trato jurídico dos conflitos incidentes sobre bens socioambientais e como fontes de renovação do Direito Ambiental rumo a um "Direito da Sustentabilidade". Como bem coloca Santilli[17], "o novo paradigma de desenvolvimento preconizado pelo socioambientalismo deve promover e valorizar a diversidade cultural e a consolidação do processo democrático no país, com ampla participação social na gestão ambiental".

---

[16] LATOUCHE, Serge. **Pensar diferente.** Por um ecologia da civilização planetária. Unisinos. http://www.ecodebate.com.br/2012/01/20/pensar-diferentemente-por-uma-ecologia-da-civilizacao-planetaria-entrevista-com-serge-latouche/. Publicado em : 20 de janeiro de 2012. Acesso em dezembro de 2012.

[17] SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos** – proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Peirópolis.2004. p. 34.

Esta abordagem tem, portanto, uma estreita relação com a criação de condições estruturais mais favoráveis ao exercício da cidadania, por meio da criação e da consolidação de espaços públicos decisórios, entendendo-se que as decisões em matéria ambiental devem ser construídas coletivamente. Assim, propugna o desenvolvimento de uma democracia ambiental, capaz de fortalecer a cidadania ambiental e o exercício dos direitos ambientais essenciais que integram seu núcleo: acesso à informação, participação pública nos processos decisórios e acesso à justiça.

A concepção de Justiça Ambiental, desenvolvida pelo movimento internacional – E*nvironmental Justice*, tem como foco central a distribuição equitativa de riscos, custos e benefícios ambientais, independentemente de fatores não justificáveis racionalmente, tais como etnia, renda, posição social e poder; o igual acesso aos recursos ambientais e aos processos decisórios de caráter ambiental, traduzindo-se em sua democratização. Para tanto, faz-se necessária a criação de condições estruturais favoráveis à organização e ao empoderamento da sociedade como sujeitos ativos do processo de gestão ambiental. Parte da constatação de que grupos fragilizados em sua condição socioeconômica, étnica e informacional, que afetam a sua aptidão para o exercício da cidadania, arcam com uma parcela desproporcional de custos ambientais e enfrentam maiores dificuldades de participação nos processos decisórios ambientais.[18]

Como conceito objetivo de Justiça Ambiental, adotado neste trabalho, destaca-se aquele firmado durante o Colóquio Internacional sobre Justiça Ambiental, Trabalho e Cidadania, realizado em Niterói, Rio de Janeiro, em 2001 e consolidado na Declaração de Princípios da Rede Brasileira de Justiça Ambiental[19]:

> Por justiça ambiental [...] designamos o conjunto de princípios e práticas que:
>
> a) Asseguram que nenhum grupo social, seja ele étnico, racial ou de classe, suporte uma parcela desproporcional das consequências ambientais negativas de operações econômicas, de decisões de

[18] O Termo justiça ambiental, entendido como reação à planejada desigualdade na distribuição de custos e benefícios do no decorrer do processo de crescimento/ desenvolvimento, surge nas décadas de 70/80 a partir de ações do movimento negro (especialmente nos EUA e África Sul), que percebeu as novas formas de violência e discriminação, agora através do cenário ambiental, de que vinham sendo vítimas. A partir deste momento nasce o conceito de "racismo ambiental" e posteriormente de "justiça ambiental" uma vez que tais discriminações e violências decorrentes do modelo de crescimento adotado vitimizava igualmente outros grupos fragilizados étnicos, social, cultural e politicamente.

[19] Sobre Justiça ambiental ver: ACSELRAD, Henri (Org.). **Conflitos Ambientais no Brasil**. Rio de Janeiro: Relume Dumará; Fundação Heinrich Böll, 2004; ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (Orgs.). **Justiça Ambiental e Cidadania**. Rio de Janeiro: Relume Dumará; Fundação Ford, 2004. ALONSO, Ângela; COSTA, Valeriano. **Por uma sociologia dos conflitos ambientais no Brasil**. In: ALIMONDA, Héctor (Org.). **Ecología Política. Naturaleza, Sociedad y Utopia**. Buenos Aires: CLACSO, 2002.

políticas e de programas federais, estaduais, locais, assim como da ausência ou omissão de tais políticas;

b) Asseguram acesso justo e equitativo, direto e indireto, aos recursos ambientais do país;

c) Asseguram amplo acesso às informações relevantes sobre o uso dos recursos ambientais e a destinação de rejeitos e localização de fontes de riscos ambientais, bem como processos democráticos e participativos na definição de políticas, planos, programas e projetos que lhes dizem respeito;

d) Favorecem a constituição de sujeitos coletivos de direitos, movimentos sociais e organizações populares para serem protagonistas na construção de modelos alternativos de desenvolvimento, que assegurem a democratização do acesso aos recursos ambientais e a sustentabilidade do seu uso.

2. TEMAS SOCIOAMBIENTAIS EMERGENTES: ALGUMAS PERSPECTIVAS PARA O DIREITO E A JUSTIÇA AMBIENTAL NO CONTEXTO PÓS RIO+20

Em relação a um último e menos mencionado objetivo da Conferência Rio+20, os temas emergentes, procurou-se aqui trazer uma perspectiva crítica socioambiental ou pautada pela Justiça ambiental.

Alguns pontos podem ser mais destacados: A relação mudança climática/desastres/vulnerabilidade; a importância de proteção dos processos ecológicos essenciais e sua relação com o princípio de não retrocesso; a incorporação e a prática dos princípios da justiça ambiental e o correspondente papel do Poder Judiciário.

2.1. A proteção dos processos ecológicos essenciais e o Princípio da Proibição de Retrocesso em matéria socioambiental

A garantia dos processos ecológicos essenciais ou, por assim dizer, dos serviços ecossistêmicos, já vem sendo discutida no meio científico há muito tempo. Contudo os limites ao atual modelo dito de desenvolvimento da sociedade globalizada trouxeram este debate para a ordem do dia.

Segundo a Avaliação Ecossistêmica do Milênio (AEM), estudo realizado a pedido da Organização das Nações Unidas (ONU) entre 2001 e 2005 envolvendo mais de 1.360 especialistas de 95 países, cerca de 60% (15 entre 24) dos serviços dos ecossistemas examinados (incluindo 70% dos serviços reguladores e culturais) vêm sendo degradados ou utilizados de forma não sustentável. A AEM resultou de solicitações governamentais por informações provenientes de

quatro convenções internacionais - Convenção sobre Diversidade Biológica, Convenção das Nações Unidas de Combate à Desertificação, Convenção Ramsar sobre Zonas Úmidas e Convenção sobre Espécies Migratórias, visando suprir também as necessidades de outros grupos de interesse, incluindo comunidade empresarial, setor de saúde, organizações não governamentais e povos nativos.

Caso se mantenha o atual ritmo de crescimento, a humanidade precisará de pelo menos dois outros planetas Terra no final do século XXI para manter os padrões correntes de consumo. Para atenuar e reverter esses inúmeros problemas, esperava-se que na Conferência Rio+20 os líderes globais definissem um caminho para a transição rápida e justa ao desenvolvimento sustentável, que assegurasse um padrão de vida razoável para a população mundial e interrompesse a destruição dos ecossistemas.

Daí decorre justamente a ideia de defesa do princípio de não retrocesso em matéria socioambiental. Este princípio vem da pauta de direitos humanos e terá grande repercussão na pauta do debate jurídico ambiental no nosso país. Da mesma forma que não aceitamos retrocesso das garantias individuais, também não há que se falar em retrocesso nas garantias coletivas e difusas. Um exemplo simples é a proteção dos recursos naturais das cidades: as cidades já não podem perder espaços verdes, que não dizem respeito apenas à extinção de espécies, mas à sobrevivência e à qualidade de vida das pessoas. Neste sentido também é o pensamento de Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer[20], ao associar os preceitos constitucionais de direitos e deveres do artigo 225, com o princípio do não retrocesso:

> [...] A CF 88 (art. 225, *caput,* e art. 5º par. 2º) atribuiu ao direito ao ambiente o *status* de direito fundamental do individuo e da coletividade, bem como consagrou a proteção ambiental como um dos objetivos ou tarefas fundamentais do Estado – Socioambiental – de Direito Brasileiro, o que conduz ao reconhecimento, pela ordem constitucional, da *dupla funcionalidade* da proteção ambiental no ordenamento jurídico brasileiro, a qual toma a forma simultaneamente de um *objeto e tarefa estatal* e de um *direito* (*e dever*) *fundamental* do individuo e da coletividade, implicando todo um complexo de direitos e deveres fundamentais de cunho ecológico. A partir das considerações, resulta caracterizada a obrigação do Estado de adotar medidas – legislativas e administrativas – atinentes à tutela ecológica, capazes de assegurar o desfrute adequado do direito fundamental em questão. [...] Nesse sentido, uma vez que a proteção do ambiente é alçada ao *status* constitucional de direito fundamental (além de tarefa e dever do Estado e da sociedade) e o desfrute da qualidade ambiental passa a ser identificado como elemento indispensável ao pleno desenvolvimento da

[20] Outros importantes autores do Direito Ambiental, como CANOTILHO e LEME MACHADO, têm seguido a mesma linha. Paulo Affonso Leme Machado (2008), por exemplo, traz a ideia de que o Poder Público passa a figura como gestor e não como proprietário de bens ambientais. Como gestor de bens que não são seus, o Poder Público deve explicar convincentemente sua gestão, e, para tanto, deve lançar mão de todas as medidas necessárias para a consecução de tal objetivo.

pessoa humana, qualquer "óbice' que interfira na concretização do direito em questão deve ser afastado pelo Estado, seja tal conduta (ou omissão) obra de particulares, seja ela oriunda do próprio Poder Público.[21]

2.2. Vulnerabilidade Ambiental e Pobreza - Desastres Ecológicos, Deslocados Socioeconômico-Ambientais e Justiça Ambiental

Muito se tem discutido a respeito das mudanças globais, mais especialmente das mudanças climáticas, sobretudo após as divulgaçoes dos relatórios do IPCC, desde a década de 1990. O que não se tem discutido em profundidade e mais uma vez o processo decorrente da Conferência Rio+20 poderia ter sido uma oportunidade, são as relações destas mudanças climáticas (e seus termos de referência: mitigação, adaptação e resiliência) com a populações afetadas. Estas últimas muitas vezes estão em condições de absoluta fragilidade/vulnerabilidade e acabam, sem ironia ou coincidência, sendo "vítimas preferenciais" das mudanças globais. Trata-se de uma nova espécie (muito indireta) de injustiça ambiental, ou já dito na introduçao de injustiça climática. Neste sentido, é que nos propomos aqui a debater temas como desastres ecológicos e suas implicações para os Direitos Humanos e as Políticas Públicas (governança).

Uma primeira aproximação ao significado do termo "desastre ecológico" é necessária para estabelecer sua relação com a vulnerabilidade ambiental ante os seus efeitos, especialmente aquela gerada pela pobreza. É um ponto complexo estabelecer um conceito, já que o desastre pode ser entendido a partir de diferentes perspectivas, sejam elas social, ambiental, econômica, etc. Mas, em linhas gerais, se pode dizer que se tem como característica principal a sua dimensão coletiva. Como destaca Lienhard[22], é um evento que leva da passagem de um incidente, natural ou tecnológico, a um acidente de dimensões coletivas.

Nesse sentido, o desastre ecológico pode ter como causa estritamente a ação humana, decorrente do desenvolvimento de atividades e tecnologias ditas perigosas e que envolvem certo nível de risco ou ser produto de fenômenos naturais, nos quais também incidem fatores humanos, a exemplo do agravamento de fenômenos climáticos decorrentes do aquecimento global, em grande medida provocado pela ação humana. Em muitos documentos originados de organismos internacionais, verifica-se a predominância da referência a desastres naturais, em detrimento dos

[21] SARLET, Ingo W.; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 181-182.
[22] LIENHARD, C. **Pour un droit des catastrophes**. Paris: Recueil Le Dalloz, 1995. p. 91.

tecnológicos, mas é importante ressaltar que intrínsecas à concepção de desastre natural estão as ações humanas que contribuem ou intensificam os efeitos do desastre. Nesse sentido, o "Guia operacional sobre direitos humanos e desastres naturais", elaborado pelo *Inter-Agency Standing Committee* (IASC) [23], ressalta a utilização do termo "naturais" por ser mais simples, sem desconsiderar que a magnitude das consequências de um desastre natural é determinada pela ação humana ou falta dela. Nesse documento, assim como no Manual que o acompanha, designado "Direitos humanos e desastres naturais: linhas diretrizes operacionais e manual sobre o respeito aos direitos humanos em situações de desastres naturais", os desastres naturais são entendidos como consequências de eventos decorrentes de perigos naturais que ultrapassam a capacidade local de resposta e afetam seriamente o desenvolvimento econômico e social de uma região, gerando perdas humanas, materiais, econômicas e/ou ambientais e excedendo a habilidade dos afetados de fazer frente a elas por seus próprios meios. Este conceito se coaduna ao adotado pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA)[24], em seu documento intitulado "Meio ambiente e riscos de desastres: perspectivas emergentes", que entende por desastre:

> [...] uma séria perturbação no funcionamento de uma comunidade ou sociedade causando geralmente perdas humanas, materiais, econômicas ou ambientais que excedem a capacidade das comunidades ou sociedades afetadas para enfrentá-la usando seus próprios recursos. Um desastre é uma função do processo de risco. Ele resulta da combinação de perigos, condições de vulnerabilidade e capacidade ou meios insuficientes para reduzir as consequências negativas potenciais do risco. (PNUMA, 2008, p. 6).[25]

Considerando o aspecto da vulnerabilidade, se verifica que os desastres ecológicos não atingem a todos indistintamente. Determinados fatores podem gerar maior vulnerabilidade para a prevenção e para o enfrentamento dos seus efeitos. Dessa forma, a própria Declaração do Milênio, adotada pelas Nações Unidas em 2000, prevê como meta a proteção dos vulneráveis, entre os quais se encontram as populações que sofrem de maneira desproporcional com as

---

[23] IASC é um fórum de interagências único, de coordenação, desenvolvimento de políticas e processos decisórios, envolvendo parceiros humanitários tanto do sistema das Nações Unidas quanto externos. Foi criado em 1992, em consequência da Resolução 46/182 da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre o fortalecimento da assistência humanitária e seu papel como primeiro mecanismo de cooperação interagências para a assistência humanitária foi afirmado pela Resolução 48/57 da Assembleia Geral das Nações Unidas.

[24] Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA). **Environment and disaster risk***:* emerging perspectives. 2008. Disponível em: http://goo.gl/42QZUU. Acesso em: 02 de Maio de 2014. p.12

[25] Pode-se extrair dessa aproximação da ideia de desastre ecológico três elementos: 1 - dimensão coletiva; 2 - incapacidade das vítimas para enfrentar a situação de desastre sem auxílio externo; 3 - resultado de uma combinação de fatores ambientais, socioeconômicos e institucionais, destacando-se, entre eles, a vulnerabilidade. É nesse sentido que Lienhard (1995) se refere à causalidade complexa das catástrofes, ou seja, à dificuldade de estabelecer uma só causa para o evento, que é resultado de diversas interações entre fatores humanos e naturais e distintas formas de vulnerabilidade.

consequências dos desastres naturais. Entre os fatores que podem gerar maior vulnerabilidade ambiental aos desastres, destaca-se a pobreza, que afeta a capacidade de determinados indivíduos e comunidades de se prevenir e proteger dos desastres ecológicos. A maior dificuldade em acessar determinadas informações e mesmo de mobilidade, a necessidade de ocupar áreas de risco e de grande fragilidade ambiental, ou mesmo de superexplorar os recursos naturais de seu ambiente para garantir a sobrevivência, fazem dos mais pobres as vítimas preferenciais dos desastres. Essa relação entre pobreza, degradação ambiental e desastres é bem explicitada pelo PNUMA[26]:

> [...] os pobres são os mais vulneráveis aos desastres porque eles são frequentemente forçados a se estabelecer nas áreas marginais e têm menos acesso à prevenção, preparo e pronta advertência. Além disso, os pobres são os menos resilientes na recuperação dos desastres porque eles não dispõem de redes de suporte, seguros e opções alternativas de subsistência.[27]

O tema aqui debatido, profundamente relacionado a questões como os deslocados ou refugiados ecológicos e os impactos socioambientais das mudanças globais (climáticas, tecnológicas, resultantes do modelo de desenvolvimento) deverão constituir algumas das maiores preocupações no que se refere à governança ambiental global. Revelam a insuficiência dos atuais instrumentos de gestão e governança, da falta de credibilidade dos indicadores (inclusive de sustentabilidade) e apontam para a necessidade de um novo paradigma de governança, mais solidário e participativo. Eis por que o conceito de justiça ambiental, antes periférico no contexto ambientalista, tem sido amplamente debatido e reconhecido.

3. PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA AMBIENTAL (INFORMAÇÃO, PARTICIPAÇÃO E ACESSO À JUSTIÇA EM MATÉRIA AMBIENTAL) E PAPEL ESTRATÉGICO DO PODER JUDICIÁRIO

O respeito do acesso à justiça em matéria ambiental já está consagrado em diversos diplomas. Citamos alguns: - Previsão inicial no Princípio 10 da Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento; 1998 – Convenção de Aarhus (sobre informação, participação e

[26] De outro lado, o PNUMA reforça a relação entre desastres ecológicos e degradação ambiental, demonstrando que áreas degradas estão mais expostas ao risco de desastres. Em consequência, os indivíduos e as comunidades que ocupam áreas degradadas são, por sua vez, mais vulneráveis aos desastres ecológicos. Também a Declaração de Hyogo (Conferência Mundial Sobre Redução De Desastres, 2005), adotada durante a Conferência Mundial para a Redução de Desastres, enfatiza as relações entre pobreza, vulnerabilidade ambiental e desastres.

[27] Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA). **Environment and disaster risk***:* emerging perspectives. 2008. Disponível em: http://goo.gl/42QZUU. Acesso em: 02 de Maio de 2014. p. 25.

acesso à justiça em matéria ambiental). Embora esta última tenha sido adotada no contexto regional europeu, ela está aberta a todos os Estados que integram o Sistema das Nações Unidas; 2002 – África do Sul, antes da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio+10): encontro de cúpula de representantes do Poder Judiciário de diversos países para tratar do acesso à justiça, pela via do judiciário.

Sobretudo por sua interface com o tema da governança, que por sua vez implica o tema do acesso à justiça (ao poder judiciário). O fortalecimento do acesso à justiça em matéria ambiental, sobretudo em realidades como a brasileira, pode ajudar a superar as omissões e a ineficiência do Poder Público no controle de atividades degradadoras e em implementar e executar os programas de ação e políticas públicas ambientais (o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado).

Neste sentido, o poder judiciário atuante e aberto ao acesso do cidadão poderia questionar o evidente retrocesso na legislação e na ação governamental em matéria ambiental, como nos casos de revisão do código florestal e da não consideração da variável ambiental nas grandes obras de infraestrutura nos últimos anos (barragens, portos, estradas).[28]

E neste quesito, o Brasil situa-se em condição privilegiada. Nossa legislação avança ao estender a titularidade de agir em juízo aos indivíduos (no caso de Ações Populares) e aos entes intermediários habilitados a agir na defesa do meio ambiente. Assim, além de associações, também possuem legitimidade o Ministério Público e a Defensoria Pública. Difere do sistema da Convenção de Aarhus em que esta abertura se refere aos indivíduos e às associações e não aos órgãos como o Ministério Público e a Defensoria.[29]

Desta forma, a tarefa de fazer o controle social de planejamento, execução e, não raro, omissão de políticas públicas, acaba sendo direcionada cada vez mais aos chamados "entes intermediários", como o Ministério Público e a Defesa civil. Estes órgãos deveriam inclusive acompanhar a disponibilidade financeira do poder executivo para executar essa tarefa.

---

[28] Esta situação agravou-se com as obras para a Copa de 2014, uma vez que simplificaram-se os procedimentos de concessão/licitação, bem como de licenças. A via judicial apresenta-se como importante e em alguns casos como última via de recurso e também como única via possível para que a sociedade civil realize o controle do poder público. Eis por que é tão importante o tema do acesso à justiça em matéria ambiental, que deve ser neste caso invariavelmente participativo.

[29] Isto é importante, na medida em que existe um esforço de aumentar o número de Estados partes na Convenção de Aarhus. Devemos ficar atentos, contudo, a essa limitação quanto aos entes intermediários. É sabido que a maior parte das ações coletivas (especialmente as Ações Civis Públicas) tem no Ministério Público e mais recentemente na Defensoria Pública seus principais protagonistas. É muito difícil, e não raro ato de coragem, a atuação de associações da sociedade civil neste sentido, especialmente em tempos de crise de financiamento, carência técnica e aproximação com o Estado (isso é notório no Brasil, tendo em vista o financiamento público e a proximidade com o governo, de muitas organizações da sociedade civil, as quais inclusive passaram a ter designação específica: OSCIPs).

Em meio a este cenário, o poder judiciário se destaca como espaço privilegiado, por meio do qual a sociedade civil (direta ou indiretamente) pode fazer controle social. Para tanto, há que se efetuar uma sensibilização dos juízes; maior especialização dos magistrados com cortes especializadas em matéria ambiental; criação de um Tribunal Ambiental Internacional ou 'Corte Internacional Ambiental', não apenas para disputas entre Estados, mas que possam ser também provocadas por indivíduos, Ministério Público e entes intermediários, como a exemplo da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), a qual permite acesso de indivíduos e entes intermediários.[30]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Élargir la démocratie à la taille de la cité mondial, tout en ménageant le sort des générations futures, constitue l'enjeux les plus considerable du droit post moderne.[31]

Todo o processo envolvido nas Conferências das Nações Unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento (e também outros envolvendo outros temas de interesse planetário como habitação e urbanismo, gênero, direitos sociais) tem levado a um repensar da essência do Direito Ambiental. A realização da Rio+20 constituiu, assim, como visto anteriormente, mais uma "janela de oportunidade" para se avançar no sentido do que se pode chamar didaticamente de Direito da Sustentabilidade, por sua vez incorporado pela reinvindicações e alertas trazidos pelo movimento da justiça ambiental e mais especificamente, no Brasil, pelo chamado socioambientalismo.

Para que o Direito Ambiental possa cumprir esta função, faz-se necessária uma ampliação do seu escopo para uma perspectiva socioambiental. É nesta direção que tem se desenvolvido e consolidado, no caso brasileiro, especialmente a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988[32], um novo paradigma para o entendimento e a análise das inter-relações entre

---

[30] São estas mesmas instituições (Ministério Público, Defensoria Pública – da União ou dos Estados, bem como organizações da sociedade civil) que tem tido atitude constitucionalmente condizente na defesa de bens e direitos socioambientais no Brasil. Casos como os mencionados na introdução deste trabalho (Belo Monte, Adeias indígenas, territórios quilombola, lutas de caiçaras, pescadores, entre tantos outros) revelam que apesar destes importantes esforços a postura desenvolvimentista intransigente do Estado associada a interesses privados e particulares ainda tem pautado a prática das políticas públicas no Brasil. Convém destacar instrumentos de participação e controle social (nacionais e internacionais) como os mencionados neste trabalho.

[31] OST, François. **O tempo do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 241.

[32] Marés aponta a natureza essencialmente coletiva dos direitos constitucionais reconhecidos aos povos indígenas, aos quilombolas e às outras populações tradicionais, e a quebra do paradigma constitucional individualista, reafirmando a "quase impossibilidade" de sobrevivência do multiculturalismo em um mundo no qual o Estado reconheça apenas os direitos individuais. Cf. MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico. Multiculturalismo e Direitos Coletivos. *In:* SOUSA SANTOS, Boaventura de (Org.). **Reconhecer para libertar***:* os caminhos do cosmopolitismo cultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 93 e ss. (série Reiventar a emancipação social: para novos manifestos, 3).

ambiente e sociedade, sugerindo até mesmo que o modelo de Estado no Brasil possa ser denominado, por alguns autores como "Estado Ambiental de Direito".[33]

Neste sentido, experiências jurídicas pioneiras, como as que vêm sendo desenvolvidas no Direito Comunitário Europeu, no Direito Ambiental Internacional, bem como no Direito Interno Brasileiro (um dos casos de maior avanço do Direito Ambiental Interno), merecem estudo mais aprofundado. A isso se nos propomos denominar de uma perspectiva de emergência de um "novo Direito Socioambiental". O socioambientalismo brasileiro se aproxima do movimento de Justiça Ambiental e de certas tendências e experiências europeias e internacionais.

Um dos aspectos mais inovadores deste debate é a renovação do conjunto do Direito Ambiental, aqui entendido em suas dimensões internacionais, comunitárias e estatais, sendo que esse Direito, por sua vez, representa um grande fator de renovação do Direito como um todo. Sobre esta "tendência" inovadora do Direito e do Direito Ambiental mais especificamente, têm se dedicado pensadores, como Gérard Monediaire, François Ost, Mireille Delmas Marty, Charles Albert Morin, entre outros.

Resta claro que as inovações do socioambientalismo têm sido acompanhadas de experiências semelhantes. É o caso do movimento de Justiça Ambiental de significativas inovações do sistema jurídico internacional e comunitário europeu, com destaque para a consagração dos princípios do acesso à informação e à participação em matéria ambiental. O princípio já consagrado do desenvolvimento sustentável também representa um dos ícones deste esforço renovatório. Este princípio foi originalmente apresentado na forma de três pilares: eficácia econômica, proteção do meio ambiente, equidade social. Atualmente, insere-se ainda um quarto pilar: o respeito pelas culturas.[34]

Este novo "Direito do Desenvolvimento Sustentável", mais versátil e flexível, seria a forma mais adequada para dar conta da complexidade e das grandes transformações que assolam o mundo contemporâneo.

Se a Rio-92 mostrou que a segurança econômica e o bem-estar humano dependem

---

[33] Cf. LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

[34] Monediaire (2005) atenta para a importância e os desafios quanto ao reconhecimento do desenvolvimento sustentável como um princípio jurídico. Para o autor, o Tratado que institui a Comunidade Europeia, por exemplo, não apresenta jamais o desenvolvimento sustentável em condição de um princípio jurídico autônomo. Por outro lado, o autor entende que o Desenvolvimento Sustentável vem sendo reconhecido em diversos outros âmbitos do direito, sobretudo o Direito Internacional. Apresenta-se, portanto, a hipótese de que a consagração destes novos princípios e valores deverá exigir uma nova conformação e percepção do direito. A isso Monediaire (2005, p. 146–167) tem denominado "Direito Pós-moderno mundializado".

umbilicalmente de ecossistemas saudáveis e fortaleceu a noção da necessidade de acordos políticos globais para promover a transição rumo ao desenvolvimento sustentável, de outro lado o progresso tem sido lento e insuficiente na materialização de tais acordos em ações concretas de proteção ao ambiente planetário nos últimos vinte anos. O vigor econômico das economias ricas provou, porém, ser pouco sustentável. Desde 2007, o mundo tem testemunhado uma grande crise global dos alimentos, volatilidade nos preços do petróleo, crescente instabilidade climática e a pior crise financeira mundial desde a grande depressão causada pela queda na Bolsa de Nova Iorque em 1929. Após anos de declínio, a pobreza, a fome e a desnutrição voltaram a aumentar e a esperança de realizar os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio até 2015 está ameaçada.

O alcance da sustentabilidade ultrapassa a mera preservação e conservação de bens ambientais e a análise técnico-jurídica dos dilemas ambientais da humanidade. Requer a promoção da qualidade de vida em toda a sua amplitude, que inclui geração de emprego e renda; desenvolvimento humano e econômico equitativo; acesso à educação e, em especial, à informação; possibilidade de exercício da cidadania e democratização dos processos decisórios; promoção do multiculturalismo; superação da desigualdade; exclusão social e ambiental; bem como o respeito a todas as etnias. Este, portanto, é o objeto do "Direito da Sustentabilidade", mais amplo do que aquilo que se tem entendido como objeto do Direito Ambiental. Tem como meta a integração entre as questões ambiental *stricto sensu*, social, econômica, política e cultural na análise e no tratamento dos dilemas de sustentabilidade enfrentados pela sociedade contemporânea. Portanto o socioambientalismo e a Justiça Ambiental, ao preconizarem uma maior interface entre o social e o ambiental e a consideração de variáveis mais amplas do que o conhecimento técnico e científico na abordagem da questão ambiental, podem se apresentar como suportes teóricos e práticos para o Direito da Sustentabilidade e a consequente proteção aos Direitos Humanos Socioambientais.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto. A justiça ambiental e a dinâmica das lutas socioambientais no Brasil – uma introdução. In: **Justiça Ambiental e Cidadania**. Rio de Janeiro: Relume Dumará; Fundação Ford, 2004.

ALONSO, Ângela; COSTA, Valeriano. Por uma sociologia dos conflitos ambientais no Brasil. In: ALIMONDA, Héctor (Org.). **Ecología Política**. Naturaleza, Sociedad y Utopia. Buenos Aires: CLACSO, 2002.

ANTYPAS, A. et. al. **Linking environmental protection, health, and human rights in the European Union***:* an argument in favour of environmental justice policy. New York: Environmental Law & Management, 2008.

BROWN, Lester. **Plano B 4.0 Mobilização para salvar a civilização**. São Paulo: New Content Editora e Produtora, 2009.

BRUM, Eliane. **"Perdão, Aaron Schwartz**- A morte de um gênio da internet, aos 26 anos, é um marco trágico do nosso tempo. É hora de pensar sobre nossas ações – ou omissões", Revista Época, 21 de janeiro de 2013, in. http://revistaepoca.globo.com/Sociedade/eliane-brum/noticia/2013/01/perdao-aaron-swartz.html; acesso em 21 de janeiro de 2013).

CIDCE/CRIDEAU. Projeto de Convenção sobre o Estatuto Internacional dos Deslocados Ambientais*.* **Revue Européenne du Droit de L'Environnement**, Paris, n. 4, p. 381-393, 2008.

COMISSÃO PARA OS DIREITOS HUMANOS DA ONU. **Direitos humanos e meio ambiente como parte do desenvolvimento sustentável** (UNDoc/ACNUDH/Res 2003/71).

CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU. **Resolução 7/23 Direitos Humanos e Mudanças Climáticas.**

DELMAS-MARTY, Mireille. **Le Pluralisme Ordonné** – Les forces imaginantes du droit (II). Paris: Seuil, 2006.

DOBSON, Andrew. **Justice and the environment** – conceptions of environmental sustainability and dimensions of social justice. Oxford: Oxford University Press, 1998.

GOULD, Kenneth. A. Clase social, justice ambiental e conflito político*.* In: ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto. **Justiça Ambiental e Cidadania**. Rio de Janeiro: Relume Dumará; Fundação Ford, 2004.

LATOUCHE, Serge. **Pensar diferentemente***.* Por uma ecologia da civilização planetária, entrevista com Serge Latouche. In Ecodebate- Cidadania e Meio Ambiente. Disponível em: http://goo.gl/pUm7vJ. Acesso em 23 de abril de 2014.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na sociedade de risco.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

LIENHARD, C***. Pour un droit des catastrophes***.* Paris: Recueil Le Dalloz, 1995.

MARÉS, Carlos Frederico. Introdução ao Direito Socioambiental. In: LIMA, André (Org.). **O Direito para o Brasil Socioambiental**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

MARÉS, Carlos Frederico. Multiculturalismo e Direitos Coletivos. In: SOUSA SANTOS, Boaventura de (Org.). **Reconhecer para libertar***:* os caminhos do cosmopolitismo cultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 93 e ss. (série Reiventar a emancipação social: para novos manifestos, 3).

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação Civil Pública e a reparação do dano ao meio ambiente.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 244.

MONEDIAIRE, Gérard. L'hypothèse d'un droit du développement durable. In: MATAGNE, Patrick. **Les Enjeux du Développment Durable**. Paris: L' Harmattan, 2005, p. 146 – 167.

MORAND, Charles-Albert. Le droit néo-moderne des politiques publiques. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999. Coleção Droit et Société. ----- (direction.) **Le Droit Saisi par la mondialisation**. Bruxeles: Bruyant, 2001.

OST, François. Júpiter, Hercule, Hermes: trois modele du juge. In: BOURETZ, Pierre. **La force du droit** – Panorama des débats contemporains. France: Éditions Esprit, 1991. p. 241 to 272.

PNUMA, 2011. **Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável e a Erradicação da Pobreza** – Síntese para Tomadores de Decisão. Disponível em: www.unep.org/greeneconomy. Acesso em: 08 de novembro de 2013.

PORTO, Marcelo Firpo; ALIER, Joan Martinez. **Ecologia política, economia ecológica e saúde coletiva**: interfaces para a sustentabilidade do desenvolvimento e para a promoção da saúde. Caderno Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 23, 2007.

PETRELLA, Ricardo. **Désir D'Humanité** – Le Droit de rêver. Bruxelles: Editions Labor, 2004.

SACHS, Ignacy. Qual desenvolvimento para o século XXI? *In:* Barrère M. **Terra, patrimônio comum:** A ciência a serviço do meio ambiente e do desenvolvimento. São Paulo: Nobel, 1992.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos** – proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Peirópolis, 2004.

SICHES, Recasens. **Nueva filosofia de la interpretacion del derecho**. México: Porrúa, 1973.

PROTEÇÃO JURÍDICO AMBIENTAL NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: UM PARALELO COM O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E AS NOVAS TECNOLOGIAS

Liton Lanes Pilau Sobrinho[1]

INTRODUÇÃO

O presente artigo demonstra a discussão referente à proteção constitucional do meio ambiente, fazendo um paralelo das Constituições latino-americanas, entre elas: Brasil, Equador e Bolívia. Referidas discussões se dão no uso equilibrado dos recursos naturais, para que as presentes e futuras gerações possam usufruir de uma vida ecologicamente sã. Isso, através de um uso sustentável da tecnologia a favor da humanidade e não do uso indiscriminado do mercado de invenções, que agridam a natureza e os seres humanos.

1. PROTEÇÃO JURÍDICO CONSTITUCIONAL

A importância do tema elencado, faz-se necessária diante da insignificante e frágil presença dos seres (ir)racionais neste planeta. Grandes são as discussões e temáticas que abordam o meio ambiente, porém, porque ainda há degradação ambiental? Nesse sentido, há a necessidade de uma intervenção na liberdade que o ser humano possui no ambiente. Diante dos desrespeitos que geram a degradação ambiental, cabe ao Direito regular a questão a qual o direito ambiental se caracterizou como novo direito, que para Paulo Afonso Leme Machado o

> [...] Direito Ambiental é um direito sistematizador, que faz articulação da legislação, da doutrina e da jurisprudência, concernentes aos elementos que integram o ambiente. Procura evitar o isolamento dos temas ambientais e sua abordagem antagônica. Não se trata mais de construir um direito das águas, um direito da atmosfera, um direito do solo, um direito florestal, um direito da fauna ou um direito da biodiversidade. O Direito Ambiental não ignora o que cada matéria tem de especifico, mas

[1] Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS; Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Professor do Programa *Stricto Sensu*, Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídicas da Universidade do Vale do Itajaí-UNIVALI. Professor da Universidade de Passo Fundo e Coordenador do Balcão do Consumidor. E-mail: liton@univali.br

> busca interligar estes temas com a argamassa da identidade dos instrumentos jurídicos de prevenção e reparação, de informação, de monitoramento e de participação[2].

O sistema jurídico por si só não é capaz de solucionar o problema, porém é um instrumento que possibilita prevenir, reparar o dano, desde que ele seja mensurável, pois nem sempre o risco da degradação ambiental é previsto com antecedência, no entendimento de Ulrick Beck[3],

> Os riscos de caráter ambiental se manifestam sob duas formas, segundo o nível observado de conhecimento científico conjugado com o nível de incerteza: (a) risco concreto ou potencial, quando visível e previsível pelo conhecimento técnico-científico, e (b) risco abstrato, quando invisível e imprevisível pelo conhecimento técnico-científico. Dessa forma o risco concreto se prescreve a prevenção e para o risco abstrato resta o remédio da precaução.

Entende-se que para o risco concreto existe a prevenção, ou seja, onde ele estiver presente pode-se prevenir que o desastre aconteça. Por outro lado, para o risco abstrato nos resta a precaução, que é um dos principais princípios do direito ambiental. Nesse sentido, a precaução, para Garcia e Thomé[4] "é a garantia contra os riscos potenciais que, de acordo com o estado atual do conhecimento, não podem ser ainda identificados". Logo, nem tudo pode ser previsível, porém quando a tragédia ocorre pode ser tarde demais. No entanto, é possível punir o poluidor, que para o referido autor:

> O princípio do poluidor-pagador, considerado como fundamental na política ambiental, pode ser entendido como um instrumento econômico que exige do poluidor, uma vez identificado, suportar as despesas de prevenção, reparação e repressão dos danos ambientais[5].

Diante da complexidade de proteção conseguida ao direito ambiental, não se pode descuidar de determinados avanços que poderiam ser caracterizados como retrocesso, como pode exemplificar o caso do Código Florestal Brasileiro. Sobre o tema do não retrocesso ambiental, cujo criador foi o doutrinador Michael Prieur[6], ele assim define:

> Tendo em vista sua forma genérica, o princípio de não regressão é, além de um princípio, a expressão de um dever de não regressão que se impõe à Administração. Uma fórmula positiva, como um "princípio de progressão", não foi por nós escolhida por ser demasiado vaga e pelo fato de

---

[2] MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 22- edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros. 2014. P.67

[3] BECK, Ulrich. **A Reinvenção da política**: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Ed. Universidade Estadual Paulista, 1997. p. 39.

[4] GARCIA, Leonardo de Medeiros; THOMÉ, Romeu. **Direito ambiental**. 2º Ed. Revisada, ampliada, e atualizada, Salvador: JUSPODIVM. 2010. P.33

[5] GARCIA, Leonardo de Medeiros; THOMÉ, Romeu. **Direito ambiental**. 2º Ed. Revisada, ampliada, e atualizada, Salvador: JUSPODIVM. 2010. P.41

[6] Prieur, Michael. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambienta**. In O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL. Senado Federal: Brasília. Disponível em http://www.mp.ma.gov.br/arquivos/CAUMA/Proibicao%20de%20Retrocesso.pdf. Na data de 05 de setembro de 2014.

> se aplicar, de fato, a toda norma enquanto instrumento, funcionando a serviço dos fins da sociedade. Ao nos servirmos da expressão "não regressão", especificamente na seara do meio ambiente, entendemos que há distintos graus de proteção ambiental e que os avanços da legislação consistem em garantir, progressivamente, uma proteção a mais elevada possível, no interesse coletivo da humanidade.

Assim, no dilema da proteção ambiental surge o paradigma da sustentabilidade que, para Juarez Freitas, o princípio da sustentabilidade significa pensar em referências arrojadas, com respeito consciente e pleno à titularidade dos direitos daqueles que ainda não nasceram e à ligação de todo os seres, acima das coisas [7]. Sobre a temática, o autor traz as dimensões da sustentabilidade, que num primeiro sentido é:

> A dimensão social da Sustentabilidade, ocorre no sentido de que não se pode admitir um modelo excludente, pois de nada serve cogitar da sobrevivência de poucos ou do estilo oligárquico relapso e indiferente, que nega a conexão de todos os seres e a ligação de tudo, e desse modo, a própria natureza imaterial do desenvolvimento[8].

Ainda o autor traz a perspectiva de uma [...] Sustentabilidade ética: "de fato a atitude eticamente sustentável é aquela que consiste em ir de modo tal que possa ser universalizado a produção do bem-estar duradouro, no íntimo e na interação com a natureza" [9].

Para Juarez Freitas, a sustentabilidade ambiental é um meio, um caminho de garantir a plena dignidade do ambiente, como garantia às gerações futuras, previstas em nossa Carta Magna de 1988 em seu artigo 225[10],[11].Nessa ótica, Neves[12],diz que a Sustentabilidade econômica se clareia através "da atuação dos entes públicos e privados, regularização do fluxo dos investimentos destes, compatibilidade entre padrões de produção e consumo, equilíbrio de balanço de pagamento, acesso à ciência e Tecnologia." A intervenção do poder econômico frente ao Estado como instrumento de pressão à proteção ambiental.

Sob este prisma, Freitas[13] alude que a dimensão jurídico-política da Sustentabilidade não serve apenas como direito, mas também como dever inalienável e intangível, previamente previsto e exposto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ainda, para Gabriel

---

[7] FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: Direito ao Futuro. São Paulo: Editora Fórum, 2009, p. 34.
[8] FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: Direito ao Futuro. São Paulo: Editora Fórum, 2009. p. 55
[9] FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: Direito ao Futuro. São Paulo: Editora Fórum, 2009. p. 58
[10] BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil.** Artigo: 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações
[11] FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: Direito ao Futuro. São Paulo: Editora Fórum, 2009.
[12] NEVES, Lafaiete Santos. **Sustentabilidade:** anais de textos selecionados do 5º seminário sobre sustentabilidade. Curitiba; Juruá. 2011. P. 17
[13] FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: Direito ao Futuro. São Paulo: Editora Fórum, 2009.

Ferrer, pode-se utilizar uma dimensão da Tecnologia sustentável como:

> Desta forma, inúmeras Tecnologias sustentáveis têm sido apresentadas em eventos recentes onde são descritas pelos organizadores como "metodologias, técnicas, sistemas, equipamentos ou processos economicamente viáveis, passíveis de serem produzidos e aplicados de forma a minimizar os impactos negativos e a promover impactos positivos no meio ambiente, na qualidade de vida das pessoas e no desenvolvimento socioambientalmente sustentável[14]".

Diante de todo desenvolvimento sobre o tema, o de maior relevância foi em 1992, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – CNUMAD, mais conhecida como Rio 92 ou Eco 92. Adotou-se na Rio 92 e na Agenda 21[15] o Desenvolvimento Sustentável como meta a ser buscada e respeitada por todos os países"[16]. O maior avanço no campo legislativo da proteção ambiental ocorreu neste período, trazendo o paradigma do Desenvolvimento Sustentável que tem com características, segundo Barbieri[17],

> Considerando que o conceito de Desenvolvimento Sustentável surge de um legado permanente de uma geração para outra, para que todos possam prover suas necessidades, a Sustentabilidade, ou seja, a qualidade daquilo que é sustentável, passa a incorporar o significado de manutenção e conservação dos recursos naturais. Isto exige avanços científicos e tecnológicos que ampliem permanentemente a capacidade de utilizar, recuperar e conservar esses recursos, bem como novos conceitos e necessidades humanas para aliviar as pressões sobre eles.

Mas até que ponto o homem deve avançar? Chegamos a um ponto que nem sempre o novo é o melhor, porém o mercado cria na sociedade desejos e hoje o ecologicamente correto é o melhor, será que o mercado criou consciência ambiental? Ou somente se interessa porque é mercado, o que mais cresce: a Economia verde.

2. NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Diante deste paradigma, o novo constitucionalismo latino-americano traz algumas perspectivas de inovação na proteção ambiental, que para Moraes e Coelho, se faz necessária

---

[14] FERRER, Gabriel Real. **La construcción del derecho ambienta**l. Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, Pamplona-España, n. 1, 2002.

[15] A Agenda 21 pode ser definida como um instrumento de planejamento para a construção de sociedades sustentáveis, em diferentes bases geográficas, que concilia métodos de proteção ambiental, justiça social e eficiência econômica. A Agenda 21 Brasileira é um instrumento de planejamento participativo para o desenvolvimento sustentável do país, resultado de uma vasta consulta à população brasileira. Foi coordenado pela Comissão de Políticas de Desenvolvimento Sustentável e Agenda 21 (CPDS); construído a partir das diretrizes da Agenda 21 Global; e entregue à sociedade, por fim, em 2002. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, **Agenda 21.** Brasília, 2015. Disponível em: http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21. Na data de 14 de janeiro de 2015.

[16] MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente:** a gestão ambiental em foco, doutrina, jurisprudência e glossário. 5 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007. P. 62

[17] BARBIERI, José Carlos. **Desenvolvimento e meio ambiente**: as estratégias de mudanças da Agenda 21. 3. Ed. Petrópolis: Vozes, 2000. P.32

ouvir e escutar que a

> [...] voz dos povos originários permitiu que sua alma se expressasse na Constituição, e pela via democrática, seus sentimentos mais profundos e seu modo de viver ganham forma com a constitucionalização do Bem Viver no Equador (*Sumak Kawsay)* e na Bolívia (*Suma qamaña*), inclusive com o reconhecimento dos direitos de Pachamama (da natureza), marco a partir do qual se inaugura no mundo, no âmbito jurídico, o giro ecocêntrico.[18]

Entende-se que há uma necessidade de ouvir as vozes dos povos originários da América Latina, que no entendimento de Leite Garcia, Marquês Júnior e Pilau Sobrinho[19]:

> Devido a uma história política infelizmente abundante em exemplos de ditaduras e do que Marcelo Neves chama de constitucionalismo simbólico[20], os Estados sul-americanos viveram recentes processos constituintes, ou seja, exerceram diretamente o Poder Constituinte ou passaram por importantes reformas constitucionais. Experiências constitucionais vividas relativamente há pouco tempo ou mesmo muito recentemente em alguns casos. Por isso as constituições dos países sul-americanos são modernos e atuais documentos nos quais já estão previstas a proteção dos novos direitos fundamentais. Os exemplos são as atuais Constituições da Bolívia de 2009, do Equador de 2008, da Venezuela de 1999, do Brasil de 1988, da Colômbia de 1991[21]. Todas as constituições (como é o caso da brasileira) nas quais estão previstas a proteção do meio ambiente, do direito do consumidor, dos povos originários, da criança e do adolescente, da mulher, do convívio pacífico entre os povos, entre outras demandas transnacionais, além da previsão da formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Observa-se assim, a atualidade da discussão de estudar o Constitucionalismo Latino-americano, que na perspectiva de Leite Garcia, Marquês Júnior e Pilau Sobrinho[22]:

> O Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano é uma corrente complementária do movimento do neoconstitucionalismo do pós-guerra[23], porém é inovador e voltado para a solução

---

[18] MORAES, Germana e COELHO, Raquel. O Novo Constitucionalismo Latino-americano e o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: os direitos de Pachamama e o Bem Viver (*Sumak Kawsay*). IN: WOLKMER, Antônio Carlos; PETTERS MELO, Milena (organizadores). **Tendências Contemporâneas do Constitucionalismo latino americano**. Curitiba, Juruá, 2013.

[19] LEITE GARCIA, Marcos; MARQUES JÚNIOR, Willian Paiva; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. Constitucionalismo democrático latino-americano e da unasul para os direitos fundamentais: os direitos ambientais como demandas transnacionais e o tratamento prioritário da sustentabilidade. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, Vol. 19 - n. 3 - set-dez 2014, pg 965.

[20] Seria o Novo Constitucionalismo Democrático Latino Americano uma nova aposta para diminuir o problema de constitucionalização do *faz de conta* dos direitos fundamentais do cidadão sul-americano, problema tão bem explicado por Marcelo Neves na tese do livro *A Constitucionalização simbólica* (São Paulo: Martins Fontes, 2007) e irreverentemente sintetizada como as promessas (a constitucionalização dos direitos fundamentais) do amante (o Estado) à suposta amada (representada pelo povo) na interessante explicação do professor Luís Alberto Warat sobre o exercício da atividade jurisdicional do Estado nacional com relação à aplicação das regras jurídicas relativas aos direitos fundamentais previstos na Constituição: "[...] como promessas de amor, aquelas que os amantes formulam quando sabem que não poderão cumpri-las" (WARAT, 2002. p. 13).

[21] AGUIAR DE LUQUE, Luis; LOPEZ GUERRA, Luis. **Las Constituciones de Iberoamérica**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2009. p. 125.175.

[22] LEITE GARCIA, Marcos; MARQUES JÚNIOR, Willian Paiva; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. Constitucionalismo democrático latino-americano e da unasul para os direitos fundamentais: os direitos ambientais como demandas transnacionais e o tratamento prioritário da sustentabilidade**.** In: **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, Vol. 19 - n. 3 - set-dez 2014, pg 967-968.

[23] VICIANO PASTOR, Roberto; MARTINEZ DALMAU, Rubén. Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: VICIANO PASTOR, Roberto. **Estudios sobre el Nuevo Constitucionalismo latinoamericano**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012. p. 22.

> das questões da região[24]. Desta forma, podem-se destacar aqui cinco novidades no Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano: primeira, nova forma de exercício do Poder Constituinte superando a tradicional de cunho liberal; segunda, nova forma de democracia com ampla participação popular a partir da chamada democracia participativa e da introdução de novos mecanismos políticos de controle do parlamento; terceira, introdução de uma visão pluralista do Direito com a inclusão de outras jurisdições como a indígena; quarta, preocupação com a superação de uma cidadania meramente formal com a introdução de uma verdadeira e substancial democracia social que tem como objetivo diminuir as desigualdades sociais; e por último e em quinto lugar a mudança de paradigma do novo constitucionalismo no que se refere ao tratamento jurídico do meio ambiente no qual também deverá incluir uma jurisdição transnacional[25].

Segundo o entendimento dos autores supra citados, um novo caminho é possível desde que haja uma interação no entendimento dos interesses da sociedade, que não pode somente ficar a mercê do mercado. A população pode e deve participar do processo de tomada de decisões para construirmos uma sociedade melhor, que respeite os direitos do ambiente em que vivemos, para que a preservação para as gerações presentes e futuras não seja uma mera utopia.

As constituições do Equador e da Bolívia avançaram significativamente na proteção ambiental. Assim, observa-se que a Constituição Boliviana inovou ao trazer a proteção ambiental vinculada aos direitos das nações e povos indígenas campesinos originários[26], a viver em meio ambiente ecologicamente sadio com uso equilibrado. Nesse sentido, também ocorreu o reconhecimento do direito ao meio ambiente nos artigos número 33[27] e 34[28], cabe ressaltar que dos referidos textos legais reconhecem o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não só aos seres humanos, mas aos seres vivos. Outro destaque fundamental para a proteção ambiental nesta constituição foi a redação do artigo 114[29] que prevê os crimes contra a humanidade e os crimes ambientais como imprescritíveis.

Observa-se que a Constituição do Equador também veio a estabelecer a proteção

---

[24] VICIANO PASTOR, Roberto; MARTINEZ DALMAU, Rubén. Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: VICIANO PASTOR, Roberto. **Estudios sobre el Nuevo Constitucionalismo latinoamericano**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012. p. 25.

[25] GARCIA, Marcos Leite. "Novos" Direitos Fundamentais, transnacionalidade e UNASUL: desafios para o século XXI. *In*: CADEMARTORI, Daniela; CADEMARTORI, Sérgio; MORAES, Germana de Oliveira; COELHO, Raquel. **A construção jurídica da UNASUL**. Florianópolis. Fundação José Arthur Boiteux/Editora da UFSC, 2011. p. 141-183. p. 152-174.

[26]BOLÍVIA. **Constituición Politica del Estado**, 24 de noviembre de 2007. Artículo 30. II.Las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los derechos: 10. A vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecossistemas.

[27]BOLÍVIA. **Constituición Politica del Estado**, 24 de noviembre de 2007. Artículo 33. Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente.

[28]BOLÍVIA. **Constituición Politica del Estado**, 24 de noviembre de 2007. Artículo 34. Sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de perseguir de oficio los atentados contra el medio ambiente, cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, está legitimada para ejercitar las acciones oportunas en defensa de este derecho.

[29]BOLÍVIA. **Constituición Politica del Estado**, 24 de noviembre de 2007. Artículo 114.Los delitos de lesa humanidad, de traición a la patria, de crímenes de guerra y los delitos contra el medioambiente son imprescriptibles.

ambiental em seu texto, que no entendimento de Martín Pallín:

> En la Constitución de 2008, los ecuatorianos dicen: dejemos el pasado atrás. Ése es el lema que está en la carátula del texto constitucional.Hemos dejado el pasado atrás y queremos nunca más volverlo a pisar. Las posibles penurias del camino no deben hacernos desistir porque sabemos que estamos en buen camino. El Estado de derecho constitucional, de la Pachamama, es vital para la convivencia y el respetoa la dignidad de todas las personas[30].

Com as palavras estabelecidas na Carta Constitucional Equatoriana, que estabelece que "deixamos o passado pra trás", significa arriscarmos a dizer que a proteção ambiental estabelecida neste texto não deixa saudades do passado, e sim um avanço para o futuro. Percebe-se que a garantia de proteção ao meio ambiente ecologicamente saudável e equilibrado está presente no artigo 14[31]. As constituições do Brasil, Bolívia e Equador, estabelecem uma proteção jurídico ambiental que garante um meio ambiente ecologicamente equilibrado para garantia das presentes e futuras gerações. Diante desta segurança, cabe atentar à necessidade do uso adequado da tecnologia em favor da segurança ambiental.

3. O ADVENTO TECNOLÓGICO

O grande paradoxo existente em relação ao uso racional do meio ambiente é a utilização de tecnologias renováveis, para que ocorra uma relação de equilíbrio entre o homem e a natureza, que para Pérez Luño,

> La revolución tecnológica ha redimensionado las relaciones del hombre como los demás hombres, las relaciones entre el hombre y la naturaleza, así como las relaciones del ser humano para consigo mismo.[…] La plurisecular tensión entre naturaleza y sociedad corre hoy el riesgo de resolverse en términos de abierta contradicción, cuando las nuevas tecnologías conciben el dominio y la explotación sin límites de la naturaleza como la empresa más significativa del desarrollo. Los resultados de tal planteamiento constituyen ahora motivo de preocupación cotidiana. El expolio acelerado de las fuentes de energía, así como la contaminación y degradación del medio ambiente, han tenido su puntual repercusión en el hábitat humano y en el propio equilibrio psicosomático de los individuos.[32]

Faz-se necessário vislumbrar uma relação harmoniosa entre homem, natureza e as novas

---

[30] MARTÍN PALLÍN, José Antonio **Neoconstitucionalismo y uso alternativo del derecho.** Pg. 66. In:Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición. El nuevo constitucionalismo en América Latina. 1 ed. Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010. 96 p.

[31] EQUADOR. **Constituición del Equador**. **Art. 14. -** Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, sumak kawsay. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.

[32] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los derechos humanos en la sociedad tecnológica.** Madrid: Editorial Universitas, 2012, pgs.107-108.

tecnologias, onde devemos estabelecer quais são os limites de exploração das novas tecnologias em relação ao meio ambiente e acima de tudo possibilitar que toda sociedade tenha seu acesso e não ficar condicionada a questão da mercantilização da vida humana buscando seu equilíbrio sustentável. Estamos vivenciando um novo ciclo que se estabelece como, segundo Rifkin, "o século da biotecnologia"[33]. Em relação a isso, o entendimento de Moser é de que "a biotecnologia leva uma grande vantagem sobre outras tecnologias, pois ela é baseada na biologia, e com uma atuação muito precisa, tanto na produção quanto na solução de problemas ecológicos existentes."[34]

Precisamos ficar atentos à proteção jurídica estabelecida aos futuros consumidores, pois é extremamente relevante que na relação de consumo seja observado o princípio da informação. Para Stepke,

> A tarefa de informar aos consumidores e usuários potencialmente afetados, por motivos de saúde ou de segurança, os riscos ou as irregularidades existentes, a identificação do produto e, se for o caso, as medidas adotadas, assim como as precauções procedentes, tanto para que possam se proteger do risco, como para que colaborem na eliminação de suas causas. É evidente que o dever de informar aos cidadãos deve ser conciliado com o também dever de confidencialidade relativo aos segredos industriais e comerciais. [...] Um dos procedimentos que atendem este dever de informação é a obrigação de rotulagem dos produtos destinados ao consumo humano por parte das pessoas ou empresas responsáveis pela sua comercialização ("operadores", em termos comunitários). Durante os últimos anos, vem ocorrendo uma crescente insistência na exigência de tal medida em relação aos produtos alimentares que contenham OGMs ou que neles consistam, apesar de esse requisito não constituir, como tal, uma novidade, por ser prática obrigatória utilizada há anos (cf. Diretiva 79/112/CEE[35]).[36]

No Brasil também existe essa obrigação, que é legalmente estabelecida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA através do Decreto n° 4.680/2003, Portaria n° 2.658/2003 e Instrução Normativa n° 01/2004[37]. Necessitamos que a norma seja colocada em

---

[33] RIFKIN, Jeremy. **O século da biotecnologia** – a valorização dos genes e a reconstrução do mundo. São Paulo: Makron Books, 1999, pg.16.

[34] MOSER, Antônio. **Biotecnologia e bioética** – Para onde vamos? Petrópolis: Vozes, 2004, pg. 129.

[35] UNIÃO EUROPEIA. Disponível na: http://eur -lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=DD:13:09:31979L0112:PT:PDF, acessado no dia 28/02/2012.

[36] STEPKE, Fernando Lolas. In:ROMEO-CASABONA, Carlos María. FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. **Desafios jurídicos da Biotecnologia.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, pg. 58-59.

[37] BRASIL, Decreto n° 4.680/2003**. Regulamenta o direito à informação, assegurado pela Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990,** quanto aos alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, sem prejuízo do cumprimento das demais normas aplicáveis. **Portaria n° 2.658/2003. Define o símbolo de que trata o art. 2º, § 1º, do Decreto 4.680, de 24 de abril de 2003. Instrução Normativa n° 01/2004.** Define os procedimentos complementares para aplicação do Decreto no 4.680, de 24 de abril de 2003, que dispõe sobre o direito à informação, assegurado pela Lei n o 8.078, de 11 de setembro de 1990, quanto aos alimentos e ingredientes alimentares, destinados ao consumo humano ou animal, que contenham ou sejam produzidos a partir de Organismos Geneticamente Modificados. Disponível na

prática, efetivamente, cabendo a denúncia da sociedade e a fiscalização dos órgãos públicos responsáveis, bem como das associações de defesa dos consumidores.

A Constituição do Equador, também estabelece uma obrigação ao Estado para a utilização e uso de tecnologias limpas em seu artigo 15[38], proibindo-se a utilização de substâncias que podem afetar ou contaminar a biodiversidade e meio ambiente, nesse sentido o artigo 57[39] protege o conhecimento tradicional dos povos indígenas proibindo a apropriação desses conhecimentos. É importante destacar que no artigo 281[40], está protegida a soberania alimentar com a produção de alimentos saudáveis inovando para o fortalecimento de produção tecnológica de alimentos orgânicos.

Na contramão do uso adequado da tecnologia aliada a proteção ambiental, temos o uso indiscriminado de agrotóxicos, no qual devemos nos envergonhar de sermos o campeão mundial na utilização de venenos que segundo Séralini, "[…] Francia es el primer consumidor europeo y el cuarto a nivel mundial, después de Brasil, Estados Unidos y Japón. Cada año, alrededor de 76.000 toneladas de pesticidas se esparcen en todo el territorio francés" [41], o referido autor afirma que:

> Esas sustancias, aun siendo utilizadas mucho tiempo antes de la cosecha, permanecen impregnadas en las plantas -e incluso dentro de ellas-, y sus residuos subsisten en los forrajes, en los productos alimentarias derivados de cosechas y carnes, en las grasas y en produc-tos como la mantequilla, la

---

http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/Anvisa+Portal/Anvisa/Inicio/Alimentos/Assuntos+de+Interesse/Alimentos+Geneticamente+Modificados. Acessado no dia 28/02/2013.

[38] EQUADOR. **Constituición del Equador**. Art. 15 El Estado promoverá, en el sector público y privado, el uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes y de bajo impacto. La soberanía energética no se alcanzará en detrimento de la soberanía alimentaria, ni afectará el derecho al agua. Se prohíbe el desarrollo, producción, tenencia, comercialización, importación, transporte, almacenamiento y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, de contaminantes orgánicos persistentes altamente tóxicos, agroquímicos internacionalmente prohibidos, y las tecnologías y agentes biológicos experimentales nocivos y organismos genéticamente modificados perjudiciales para la salud humana o que atenten contra la soberanía alimentaria o los ecosistemas, así como la introducción de residuos nucleares y desechos tóxicos al territorio nacional.

[39] EQUADOR. **Constituición del Equador**. Art. 5 7 Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales dederechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 12. Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; susciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora. Se prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas.

[40] EQUADOR. **Constituición del Equador**. Art. 281. - La soberanía alimentaria constituye un objetivo estratégico y una obligación del Estado para garantizar que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos y culturalmente apropiado de forma permanente. Para ello, será responsabilidad del Estado: 3. Fortalecer la diversificación y la introducción de tecnologías ecológicas y orgánicas en la producción agropecuaria.

[41] **SÉRALINI**, Gilles-Éric. ¿**Nos Envenenan**? Transgénicos, pesticidas y otros tóxicos. Cómo afectan a nuestras vidas y cómo se ocultan sus consecuencias**.** Barcelona: NED ediciones, 2013.pg 33.

> leche, el queso y los huevos, derivados de los animales que los consumen. También se diseminan en el medio ambiente, sobre todo, en el agua[42].

As novas tecnologias somente deveriam ser utilizadas para promover o bem comum. Por outro lado, observa-se que diante da complexidade: mercado x lucro, temos a sociedade que fica refém do uso indiscriminado de veneno. Por isso, cabe ao Estado estabelecer os limites da atuação humana, que na maioria das vezes ultrapassa o livre arbítrio do que é bom ou ruim para a humanidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muitos avanços tivemos em relação à proteção jurídica ambiental com o passar dos anos, em decorrências dos riscos ambientais que vimos sofrendo. De nada adianta evoluirmos tecnologicamente se continuarmos a usar de forma irracional os recursos da mãe natureza. As convenções internacionais não criam efeitos práticos, pois dependem de aplicação no âmbito interno dos Estados. Assim, essa mudança de hábito depende dos próprios seres humanos "racionais", que na maioria das vezes poderiam ser chamados de irracionais. O grande avanço encontrado recentemente foi o advento do constitucionalismo latino-americano, que trouxe proteção a todos os seres, quer sejam racionais ou irracionais. Um futuro melhor é possível, mas será que nossas gerações futuras irão usufruir de um meio ambiente saudável? Esperamos que o homem não mude somente quando o desastre ocorrer, pois esta mudança depende de todos nós, antes que não haja mais o que fazer.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARBIERI, José Carlos. **Desenvolvimento e meio ambiente**: as estratégias de mudanças da Agenda 21. 3. Ed. Petrópolis: Vozes, 2000. P.32

BECK, Ulrich. A Reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Ed. Universidade Estadual Paulista, 1997. p. 39.

BOLÍVIA. **Constituición Politica del Estado**, 24 de noviembre de 2007.

[42] **SÉRALINI**, Gilles-Éric. ¿**Nos Envenenan**? Transgénicos, pesticidas y otros tóxicos. Cómo afectan a nuestras vidas y cómo se ocultan sus consecuencias**.** Barcelona: NED ediciones, 2013.pg 33.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil.**

BRASIL, Decreto n° 4.680/2003**. Regulamenta o direito à informação, assegurado pela Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990.**

_____. **Portaria n° 2.658/2003. Define o símbolo de que trata o art. 2º, § 1º, do Decreto 4.680, de 24 de abril de 2003.**

_____. **Instrução Normativa n° 01/2004.**

EQUADOR. **Constituición del Equador**.

FERRER, Gabriel Real. **La construcción del derecho ambienta**l. Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*,* Pamplona-España, n. 1, 2002.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: Direito ao Futuro. São Paulo: Editora Fórum, 2009, p. 34, 55, 58.

GARCIA, Leonardo de Medeiros; THOMÉ, Romeu. **Direito ambiental**. 2º Ed. Revisada, ampliada, e atualizada, Salvador: JUSPODIVM. 2010. P.33, 41.

GARCIA, Marcos Leite. "Novos" Direitos Fundamentais, transnacionalidade e UNASUL: desafios para o século XXI. *In*: CADEMARTORI, Daniela; CADEMARTORI, Sérgio; MORAES, Germana de Oliveira; COELHO, Raquel. **A construção jurídica da UNASUL**. Florianópolis. Fundação José Arthur Boiteux/Editora da UFSC, 2011. p. 141-183. p. 152-174.

LEITE GARCIA, Marcos; MARQUES JÚNIOR, Willian Paiva; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. Constitucionalismo democrático latino-americano e da unasul para os direitos fundamentais: os direitos ambientais como demandas transnacionais e o tratamento prioritário da sustentabilidade**.** In: **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, Vol. 19 - n. 3 - set-dez 2014, pg 965.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los derechos humanos en la sociedad tecnológica.** Madrid: Editorial Universitas, 2012, pgs.107-108.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 22- edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros. 2014. P.67

MARTÍN PALLÍN, José Antonio Neoconstitucionalismo y uso alternativo del derecho. Pg. 66. In: Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición. **El nuevo constitucionalismo en América Latina**. 1 ed. Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010. 96 p.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente:** a gestão ambiental em foco, doutrina, jurisprudência e glossário. 5 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007. P. 62

MORAES, Germana e COELHO, Raquel. O Novo Constitucionalismo Latino-americano e o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: os direitos de Pachamama e o Bem Viver (*Sumak Kawsay*). *In*: WOLKMER, Antônio Carlos; PETTERS MELO, Milena (organizadores). **Tendências Contemporâneas do Constitucionalismo latino americano.** Curitiba, Juruá, 2013.

MOSER, Antônio. **Biotecnologia e bioética – Para onde vamos?** Petrópolis: Vozes, 2004, pg. 129.

NEVES, Lafaiete Santos. **Sustentabilidade:** anais de textos selecionados do 5º seminário sobre sustentabilidade. Curitiba; Juruá. 2011. P. 17

Prieur, Michael. O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. *In*: **O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL.** Senado Federal: Brasília. Disponível em http://www.mp.ma.gov.br/arquivos/CAUMA/Proibicao%20de%20Retrocesso.pdf. Na data de 05 de setembro de 2014.

RIFKIN, Jeremy. **O século da biotecnologia – a valorização dos genes e a reconstrução do mundo.** São Paulo: Makron Books, 1999, pg.16.

STEPKE, Fernando Lolas. In: ROMEO-CASABONA, Carlos María. FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. **Desafios jurídicos da Biotecnologia.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, pg. 58-59.

MEIOS PARA O ALCANCE DA DIMENSÃO ECONÔMICA DA SUSTENTABILIDADE

Denise Schmitt Siqueira Garcia[1]

Heloise Siqueira Garcia[2]

"Será que os homens enlouqueceram? Acho que sim, e cada vez mais.
Tudo isso só pode, só poderá nos conduzir a nossa perdição. A menos que..."
Dominique Belpomme

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como tema central a análise da dimensão econômica da sustentabilidade com enfoque nas 'práticas' necessárias para seu alcance.

O desenvolvimento do artigo se deu primordialmente no âmbito da Sustentabilidade e da Economia, no qual se buscou analisar em doutrinas nacionais e estrangeiras considerações sobre a sustentabilidade e suas dimensões; o conceito, as características, dificuldade de implementação e formas de efetivação da economia verde e por fim uma discussão teórica sobre o que diz a Teoria do Decrescimento e qual sua relação com a dimensão econômica da sustentabilidade.

Foram utilizadas também, outras fontes que pudessem discorrer sobre o assunto foco desta pesquisa.

Por tudo isso, este artigo tem como objetivo geral analisar a ligação direta entre a dimensão econômica da sustentabilidade com a economia verde e a Teoria do decrescimento do economista francês Serge Latouche.

---

[1] Doutora pela Universidade de Alicante na Espanha. Professora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI – PPCJ. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade de Alicante – Espanha. Mestre em Ciência Jurídica. Especialista em Direito Processual Civil. Membro do grupo de pesquisa "Estado, Direito Ambiental, Transnacionalidade". Pesquisadora do projeto de pesquisa aprovado no CNPq intitulado: "Análise comparada dos limites e das possibilidade da Avaliação Ambiental Estratégica e sua efetivação com vistas a contribuir para uma melhor gestão ambiental da atividade portuária no Brasil e na Espanha" e do projeto de pesquisa aprovado pelo Conselho Nacional de Justiça intitulado: "Juizados Especiais, Turmas Recursais e Turmas de Uniformização da Justiça Federal: Os 10 anos dos Juizados Especiais Federais e os principais problemas no processo de revisão das decisões judiciais". Advogada. denisegarcia@univali.br

[2] Doutoranda do Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ – UNIVALI. Mestre em Ciência Jurídica pelo PPCJ – UNIVALI. Mestre em *Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad* pela Universidad de Alicante – Espanha. Pós graduanda em Direito Previdenciário e do Trabalho pela UNIVALI. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Advogada. Email: helo_sg@hotmail.com.

Traz como problemas centrais os seguintes questionamentos: Quais as medidas e atitudes a serem tomadas para o alcance da dimensão econômica da sustentabilidade? A economia verde possui viabilidade e ela ajuda no alcance da dimensão econômica da sustentabilidade? Do que trata a Teoria do Decrescimento do economista Serge Latouche? A Teoria do descrescimento viabiliza o alcance da dimensão econômica da sustentabilidade?

Para tanto o artigo foi dividido em três partes: Considerações introdutórias sobre a sustentabilidade e suas dimensões; Economia verde e Teoria do Decrescimento.

Na metodologia, foi utilizado o método indutivo na fase de investigação; na fase de tratamento de dados, o método cartesiano e, no relatório da pesquisa, foi empregada a base indutiva. Foram também acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE A SUSTENTABILIDADE E SUAS DIMENSÕES

Desde a década de 60 o pensamento mundial está voltado para temas que envolvem a proteção ambiental eis que se iniciou uma conscientização de que os recursos naturais eram finitos e o homem precisava cuidar do meio ambiente para garantia de sua própria vida e consequentemente da vida das gerações futuras.

Essa foi uma época de convulsão do mundo moderno. Ao mesmo tempo que irromperam movimentos emancipatórios e contraculturais (sindicais, de juventude, estudantis, de gênero), a bomba populacional explodiu e soou o alarme ecológico.[3]

Assim, desde os anos 60,

> [...] começaram a desfazer-se os impérios coloniais da África e da Ásia, despertou timidamente a consciência do limite dos recursos no planeta Terra, inclusive no âmbito da Organização das Nações Unidas – ONU. A emancipação das colônias levou as potências ocidentais a reverem suas economias e a investigar para ordem geoeconômica, complicada particularmente no então chamado 'Terceiro Mundo', a saber: as jovens nações africanas e a América Latina. O 'Primeiro Mundo' era constituído pelos Estados Unidos, a Europa Ocidental e o Japão, ao passo que o 'Segundo Mundo' compreendia a União Soviética (ERSS) e os seus satélites europeus.[4]

Nesse período as políticas de desenvolvimento existentes fixavam-se na produção de bens de consumo e na elevação do nível de vida, escancarando as portas para o consumismo, estando

[3] LEFF, Henrique. **Discursos sustentáveis**. São Paulo: Cortez, 2010. p. 55.
[4] MILARÉ, Edis. **Direito ao ambiente**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 99.

aí compreendidas muitas indústrias, inclusive a indústria automobilística. Esse consumismo exacerbado não eliminou nem a fome, nem a pobreza, muito pelo contrário, agravou ainda mais as diferenças entre ricos e pobres.[5]

Vários problemas ambientais, econômicos e sociais foram detectados, como por exemplo, a redução da capa de ozônio, o câmbio climático, a escassez de água potável, a concentração da população nas cidades, a pobreza, a falta de educação, a mortalidade infantil, a dependência tecnológica, os refugiados ambientais, dentre tantos outros que poderiam ser aqui elencados.

Diante dessa realidade em 1972 aconteceu em Estocolmo a primeira conferência mundial sobre o meio ambiente que foi considerada como a "Conferência do descobrimento". Nesta conferência surgiu a Comissão mundial sobre o meio ambiente que em 1987 apresentou um importante relatório denominado 'Nosso Futuro Comum'[6].

Seguida dessa conferência mundial aconteceram outras, uma no ano de 1992 no Rio de Janeiro considerada como, "Conferência da Esperança", sendo que nesta conferência que surgiu o tema desenvolvimento sustentável; na sequência aconteceu em 2002 em Johannesburgo a denominada "Conferência da Indiferença" que não trouxe grandes contribuições; e por fim, em 2012 no Rio de Janeiro aconteceu a conferência denominada "Conferência do Medo" ante a preocupação com a possibilidade da regressão ambiental.

Nesta última conferência ocorrida em 2012 o enfoque foi em dois grandes temas: o primeiro sobre a governança global do desenvolvimento sustentável e o segundo a economia verde.

Considerando que atualmente o que se deve buscar é o alcance da sustentabilidade e que ela deve estar alicerçada em três importantes dimensões que é a ambiental, a social e a econômica, faz-se necessário o alinhamento de discussões acerca de atitudes que consigam efetivar o alcance dessas três dimensões.

Sustentabilidade, portanto "decorre de sustentação, o qual, por sua vez, é aparentado à manutenção, conservação, permanência, continuidade e assim por diante".[7] Ela deve ser vista

[5] MILARÉ, Edis. **Direito ao ambiente**. p. 99.
[6] Criou-se a comissão Mundial sobre o Meio ambiente e desenvolvimento conhecida como Comissão de Brundtland. Esse nome deu-se porque essa comissão era presidida pela então Primeira Ministra da Noruega, Gro Harlen Brundtland. Essa comissão elaborou um relatório final que se deu o nome "Nosso Futuro Comum".
[7] GARCIA, Denise Schmitt Siqueira Garcia. A atividade portuária como garantidora do Princípio da sustentabilidade. **Revista Direito Econômico Socioambiental**. Curitiba, v.3, n.2, p. 375-399, jul/dez. 2012. p. 389.

como um valor que só começou a firmar-se meio século depois da adoção, pela Organização das Nações Unidas, da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948. "No fundo, a expressão 'desenvolvimento sustentável' é um valor similar ao seu mais nobre antepassado, a 'justiça social'". [8]

> Sustentabilidade, nesse prisma, representa formidável compromisso intergeracional: a) com equidade; b) com a precificação da inoperância, que tem permitido a externalização indébita dos custos ambientais; c) com o foco nas energias renováveis e na economia de baixo carbono; d) com longo prazo; e) com a adoção de indicadores habilitados a aferir a qualidade das políticas públicas e privadas; f) com o pensamento prospectivo de prevenção e precaução, que amplia sensivelmente o controle de constitucionalidade; e g) com a lógica sistemática retemperada, que não contempla, em separado ou de modo fragmentário, o ambiental, o econômico, o ético, o jurídico-político e o social.[9]

"Deve-se ainda ter em mente que sustentabilidade é uma dimensão ética, trata de uma questão existencial, pois é algo que busca garantir a vida, não estando simplesmente relacionada à natureza, mas a toda uma relação entre o indivíduo e todo o ambiente a sua volta".[10]

Dentro das dimensões da sustentabilidade a ambiental é aquela em que se observa a importância da proteção do meio ambiente e consequentemente do Direito Ambiental, tendo este como finalidade precípua garantir a sobrevivência do planeta através da preservação e melhora dos elementos físicos e químicos que a fazem possível, tudo em função de uma melhor qualidade de vida.

A dimensão social da sustentabilidade é conhecida como o capital humano e consiste no aspecto social relacionado às qualidades dos seres humanos. Esta dimensão está baseada num processo de melhoria da qualidade de vida da sociedade, pela redução das discrepâncias entre a opulência e a miséria, como nivelamento de padrão de renda, acesso à educação, moradia, alimentação, ou seja, da garantia mínima dos direitos sociais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.[11]

Assim, para garantia dessa dimensão social há que ser garantido o 'mínimo existencial' que deve ser identificado como o núcleo sindicável da dignidade humana, podendo ser exigido em suas duas dimensões: a) o direito de não ser privado do que se considera essencial à conservação

---

[8] VEIGA, José Eli. **Sustentabilidade.** A legitimação de um novo valor. 2 ed. São Paulo: editora SENAC, 2010. p.13

[9] FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.

[10] GARCIA, Denise Schmitt Siqueira Garcia. GARCIA, Heloise Siqueira. Dimensão social do princípio da sustentabilidade: Uma análise do mínimo existencial ecológico. *In.*SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; GARCIA, Heloise Siqueira. (orgs.). **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer.** Dados eletrônicos. Itajaí: UNIVALI, 2014. p. 37/54

[11] GARCIA, Denise Schmitt Siqueira Garcia. **El principio de sostenibilidad y los puertos**: a atividade portuária como garantidora da dimensão econômica da sustentabilidade. 2011. 451 f. Tese (Doctorado en Derecho Ambiental y sostenibilidad de la Universidad de Alicante – UA) – Universidade de Alicante, Espanha, 2011.

de uma existência minimamente digna e b) o direito de exigir do Estado prestações que traduzam esse mínimo.[12] Há que se considerar, segundo palavras de José Carlos Barbieri[13], que "A pobreza, a exclusão e o desemprego devem ser tratados como problemas planetários, tanto como a chuva ácida e o efeito estufa".

A terceira dimensão é a econômica na qual será feito o enfoque principal do presente artigo científico eis que este tem a pretensão de apresentar alguns instrumentos importantes para o alcance dessa dimensão.

"Com a crise ambiental, a economia se vê obrigada a assumir sua responsabilidade na crescente degradação ecológica e na escassez de recursos naturais".[14]

Há, portanto, que se considerar que a dimensão econômica está preocupada com o desenvolvimento de uma economia que tenha por finalidade gerar uma melhor qualidade de vida para as pessoas, com padrões que contenham o menor impacto ambiental possível.

Essa dimensão passou a ser considerada no contexto da sustentabilidade, primeiro porque não há como retroceder nas conquistas econômicas (de desenvolvimento) alcançadas pela sociedade mundial, e segundo porque o desenvolvimento econômico é necessário para a diminuição da pobreza alarmante.[15]

> O desenvolvimento não precisa ser contrário com a sustentabilidade. Claro que não. Desde que se converta num deixar de se envolver (des-envolver) com tudo aquilo que aprisiona e bloqueia o florescimento integral dos seres vivos. Dito de outro modo, uma vez reconcebido, o desenvolvimento pode-deve ser sustentável, contínuo e duradouro.[16]

Para o prosseguimento dessa pesquisa e o alcance do objetivo proposto inicia-se a apresentação do instrumento da economia verde e da Teoria do Decrescimento como meios para o alcance da dimensão econômica da sustentabilidade.

2. ECONOMIA VERDE

[12] GARCIA, Denise Schmitt Siqueira Garcia. Mínimo existencial ecológico: a garantia a um patamar mínimo de qualidade ambiental para uma vida humana digna e saudável. **Jurídicas**, Manizales – Colômbia: Universidad de Caldas, n. 1, vol 10. p. 31/46.
[13] BARBIERI, José Carlos. **Gestão ambiental empresarial**. Conceitos, modelos e instrumentos. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
[14] LEFF, Henrique. **Discursos sustentáveis**. p. 37
[15] GARCIA, Denise Schmitt Siqueira Garcia. **El principio de sostenibilidad y los puertos**: a atividade portuária como garantidora da dimensão econômica da sustentabilidade.
[16] FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. p.42.

A partir da década de 50[17], verificou-se um grande crescimento econômico em quase todo o mundo. A atividade industrial foi impulsionada por vários fatores, dentre eles o crescimento populacional e a consequente ampliação do número de consumidores de produtos industrializados. Essa expansão aumentou significativamente a poluição atmosférica e o uso dos recursos naturais da Terra.

> Até meados de 1980, predominou no discurso empresarial uma resistência a qualquer iniciativa de minimizar os impactos socioambientais decorrentes da atividade produtiva. No que se referia especificadamente aos problemas de degradação ambiental, os representantes empresariais argumentavam que os custos adicionais para as empresas, resultantes dos gastos em controle de poluição, comprometeriam a lucratividade, a competitividade e a oferta de empregos, gerando, portanto, prejuízos às partes interessadas, ou seja, trabalhadores, acionistas e consumidores. Nesse contexto, a estratégia das empresas era, segundo o jargão econômico, externalizar os custos ambientais, ou seja, transferi-lo para sociedade, poupando o verdadeiro causador de arcar com qualquer ônus para reverter o problema.[18]

"Um dos primeiros estudos econômicos a fazer a ligação entre essa abordagem do capital em relação ao desenvolvimento sustentável e a economia verde foi o livro, publicado em 1989, *Bueprint for a Green Economy (Pearce ET AL. 1989)".*[19]

Não resta dúvida acerca da necessidade de uma mudança de paradigma no que concerne a forma de produção e de consumo.

Diante disso vários foram os debates desde esta época sobre a necessidade de uma transição de uma economia marrom para uma economia verde e somente em 22 de outubro de 2008 que o Programa das Nações Unidas para o meio ambiente (PNUMA) tomou a iniciativa de lançar o tema: ECONOMIA VERDE

Essa forma de economia tem como finalidade fazer com que a economia invista em tecnologias mais avançadas e menos poluentes para produção dos produtos, visando também à conscientização das empresas na exploração da natureza para que causem mínimos danos.

---

[17] "Na segunda fase, a partir de 1950, observa-se a continuidade dos processos de degradação de determinadas áreas, resultante da ação de agentes poluidores que atuam na própria localidade, e verifica-se também a multiplicação dos problemas ambientais em regiões distantes dos focos geradores de risco. Como aposta Beck, o chamado processo de globalização não está apenas reduzindo as fronteiras financeiras; as fronteiras ambientais também estão sendo eliminadas rapidamente, como demonstram os casos de acidificação de lagos na Escandinávia ou de florestas no Canadá, decorrentes de poluição gerada em lugares bem mais distantes". (DEMAJOROVIC, Jacques. **Sociedade de risco e responsabilidade socioambiental**. Perspectivas para a educação corporativa. 2. ed. São Paulo: SENAC, 2013. p. 38).

[18] DEMAJOROVIC, Jacques. **Sociedade de risco e responsabilidade socioambiental**. Perspectivas para a educação corporativa. p. 33

[19] PNUMA. **Rumo a economia verde**. Disponível em <www.unep.org/greeneconomy/portals/88/doments/gen/Green_Economy_full_report_pt.pdf>. Consultado em: 20 de março de 2015.

> As mudanças climáticas pelos gases de efeito estufa, por vezes desencadeando eventos climáticos extremos, serve de alerta para que a economia se detenha onde é imperioso deter-se, ou seja, nos seus próprios limites. Mas, para isso são necessários três requisitos: pensar em longo prazo, construir uma visão holística e cultivar valores diferentes. Na economia, é preciso substituir o modelo de alto carbono por um modelo em consonância com os serviços prestados pelos ecossistemas.[20]

Assim, "Para que surja uma economia verde, será imprescindível que a responsabilidade pela conservação dos ecossistemas passe realmente a orientar as políticas governamentais, as práticas empresariais, e as escolhas dos consumidores. Simultaneamente, todas as esferas do conhecimento devem trazer a natureza de volta. Não por arrependimento romântico, mas como conseqüência de renovação das humanidades baseada nos mais recentes avanços obtidos nas ciências naturais e na história".[21]

Nesse contexto, uma das atitudes eficazes para o alcance da dimensão econômica da sustentabilidade é o aprimoramento para utilização de uma economia que seja 'verde'.

O PNUMA[22] define economia verde como uma "economia que resulta em melhoria do bem-estar da humanidade e igualdade social, ao mesmo tempo em que reduz significativamente os riscos ambientais e escassez ecológica".[23]

> Os últimos anos testemunharam a saída do conceito de 'economia verde' de um campo especializado em economia ambiental e ganhar ênfase no discurso sobre políticas. Esse conceito vem sendo cada vez mais encontrado nos discursos dos chefes de estado e ministros das finanças, no texto comunicados do G20 e discutido no contexto do desenvolvimento sustentável e da erradicação da pobreza.[24]

O foco da economia verde, portanto, precisa estar ligado a dois pontos principais: a) o empenho de governos e da sociedade em concretizá-la; e b) o alargamento dos seus horizontes para que se possa alcançar a 'terceira margem do rio', isto é, a superação da sociedade de consumo, com a busca de outros valores além dos econômicos.[25]

> Para os governos, isso incluiria nivelar o campo de ação para produtos mais verdes, eliminando progressivamente subsídios defasados, reformando políticas e oferecendo novos incentivos,

---

[20] MILARÉ, Edis. **Direito ao ambiente**. p.101.
[21] VEIGA, José Eli. **Sustentabilidade.** A legitimação de um novo valor. p.151
[22] Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente
[23] PNUMA. **Rumo a uma economia verde. Caminhos para o desenvolvimento sustentável e a erradicação da pobreza.** Disponível em <www.pnuma.org.br>. Consultado em: 15 de julho de 2014. p.01
[24] PNUMA. **Rumo a economia verde**. Disponível em www.unep.org/greeneconomy/portals/88/doments/gen/Green_Economy_full_report_pt.pdf. Consultado em: 20 de março de 2015.
[25] MILARÉ, Edis. **Direito ao ambiente**. p.101.

> fortalecendo a infraestrutura do mercado e mecanismos baseados no mercado, redirecionando o investimento público e tornando os contratos púbicos mais verdes.
>
> Para o setor privado, isso envolveria entender e dimensionar a verdadeira oportunidade apresentada pela transição a uma economia verde em uma série de setores chave, e responder às reformas de políticas e aos sinais de preço por meio de níveis mais altos de financiamento e investimento.[26]

E por fim, é preciso o envolvimento da sociedade com consumidores que sejam conscientes acerca da necessidade de consumir produtos que sejam advindos de uma economia verde, mesmo que a princípio seja este produto um pouco mais caro que os demais decorrentes de uma economia marrom.

Vejo que essa mudança de valores e de conduta do ser humano é essencial para que essa economia tenha êxito, sem essa consciência ambiental não há como se fazer essa transição.

Desta forma, considerando a necessidade da continuidade do desenvolvimento faz-se necessário a existência de uma economia que seja com emissão de baixo carbono e poluição, aumentando-se a eficiência energética e o uso de recursos, prevenindo-se dessa forma perdas da biodiversidade.[27]

Essa economia vem alicerçada em três pilares: o pilar econômico que traz que o crescimento deverá se manter em níveis mais elevados que os atuais, com protencionismo verde; o pilar social que é o mais discutido e está ligado a necessidade de diminuição da pobreza e geração de emprego; e o pilar ambiental ligado a necessidade de mudanças nos modos de produção e consumo no rumo de um modelo sustentável, com a necessária 'revolução tecnológica'.

> Assim, reverter esse uso inadequado requer melhores políticas públicas, incluindo medidas de precificação e regulatórias, a fim de mudar os incentivos perversos que impulsionam esse uso inadequado de capital e ignoram as externalidades sociais e ambientais. Ao mesmo tempo, regulamentações políticas e investimentos públicos adequados que promovem mudanças de padrão dos investimentos privados estão cada vez mais adotados no mundo inteiro, especialmente em países em desenvolvimento. (PNUMA 2010)[28]

Para o alcance, portanto dessa economia verde é preciso que hajam investimentos públicos

---

[26] PNUMA. **Rumo a economia verde**. Disponível em www.unep.org/greeneconomy/portals/88/doments/gen/Green_Economy_full_report_pt.pdf. Consultado em: 20 de março de 2015.

[27] PNUMA. **Rumo a uma economia verde. Caminhos para o desenvolvimento sustentável e a erradicação da pobreza**. Disponível em <www.pnuma.org.br>. Consultado em: 15 de julho de 2014. p.01

[28] PNUMA. **Rumo a economia verde**. Disponível em <www.unep.org/greeneconomy/portals/88/doments/gen/Green_Economy_full_report_pt.pdf>. Consultado em: 20 de março de 2015.

e privados, eis que atualmente o que mais se encontra é uma 'economia marrom', plenamente solidificada e que não está preocupada com a proteção ambiental, mas sim única e exclusivamente com o lucro.

Assim apresentam-se algumas propostas para mudança dessa economia marrom para a economia verde: 1º) Implementação de políticas de incitação dos setores verdes da economia como isenções fiscais, em subvenções ou financiamentos públicos para os setores verde da economia; 2º) Penalização no caso de utilização da economia marrom; 3º) Capacitação dos novos ramos da economia verde; 4º) Investimento na pesquisa, tanto por parte das empresas como do governo para concorrer com as tecnologias verdes internacionais; 5º) Regulamentação internacional do comércio aberta aos setores verdes e sem subvenção aos setores marrons; 6º) Criação de potentes sistemas de proteção social para fazer frente ao desemprego durante essa transição.

Um dos grandes problemas a ser enfrentado para transição dessa economia marrom para uma economia verde é justamente a deficiência tecnológica dos países em desenvolvimento, portanto há a necessidade de um amplo e efetivo processo de transferência tecnológica para permitir uma participação competitiva das indústrias dos países em desenvolvimento para o mercado verde mundial.[29]

Mesmo com todo esse incentivo verifica-se que várias são as dificuldades que ainda serão enfrentadas nessa transição como, por exemplo, o alto custo[30] para as mudanças nas empresas para melhoria nos padrões de proteção ambiental; o tempo de demora no retorno dos investimentos feitos; a dificuldade de mudanças de vida de uma população urbana e consumista, dentro outros tantos.

Fica claro que as pessoas precisam mudar seus valores e sua forma de vida, mas também resta límpido que quem já alcançou o 'conforto' não vai querer retroceder nas suas conquistas. Assim, pensando na necessidade do alcance da sustentabilidade e nas suas dimensões, resta claro que para o alcance dessa dimensão econômica é preciso um olhar minucioso na economia verde, sendo esta uma importante ferramenta para o alcance desse tentáculo da sustentabilidade.

---

[29] PNUMA. **Rumo a uma economia verde**. Caminhos para o desenvolvimento sustentável e a erradicação da pobreza. Disponível em <www.pnuma.org.br>. Consultado em: 15 de julho de 2014. p.01

[30] "Dados recentes apontam para um gasto mundial de mais de 500 bilhões de dólares anuais do setor empresarial para adequar as empresas à regulação ambiental; só nos Estados Unidos, esses gastos estão estimados em 125 bilhões de dólares". (DEMAJOROVIC, Jacques. Sociedade de risco e responsabilidade socioambiental. Perspectivas para a educação corporativa. p. 5.)

> O principal resultado da iniciativa economia verde – demonstra que esverdear as economias mais verdes não precisa ser um fardo sobre o crescimento. Pelo contrário, tornar as economias mais verdes tem o potencial de ser um novo vetor de crescimento, uma rede criadora de empregos decentes e uma estratégia vital para eliminar a pobreza persistente. [31]

"O conceito de economia verde não substitui o desenvolvimento sustentável; mas há um reconhecimento crescente de que alcançar a sustentabilidade depende quase que inteiramente em obter um modelo certo de economia".[32]

Os economistas que debatem o tema já começam a dividir a sustentabilidade em três correntes básicas: a convencional, a ecológica e a que está em busca de uma terceira via. "Na busca de uma terceira via, eles apostam em progressiva reconfiguração do processo produtivo, na qual a oferta de bens e serviços tenderia a ganhar ecoeficiência: desmaterializando-se e ficando cada vez menos intensiva em energia. A economia poderia, assim, continuar a crescer, sem que limites ecológicos fossem rompidos, ou que recursos naturais viessem a se esgotar".[33]

Algumas empresas, já conscientes da existência de uma nova arena de negociações, procuram adequar seu discurso a essa realidade. Conceitos como ética, responsabilidade social, desenvolvimento sustentável assumem um papel cada vez mais relevante nas estratégias das organizações. O papel do setor privado, segundo alguns de seus representantes, não se restringe mais à geração de riqueza, devendo contemplar também as dimensões social e ambiental.[34]

De toda abordagem feita não restam dúvidas da importância da transição da economia marrom para a economia verde como forma de alcance da tão almejada qualidade de vida, o que somente se terá com o equilíbrio das dimensões da sustentabilidade.

3. TEORIA DO DECRESCIMENTO

Outra proposta que trago no presente artigo para o alcance da dimensão econômica da sustentabilidade é a utilização da Teoria do Decrescimento de Serge Latouche.

---

[31] PNUMA. **Rumo a economia verde**. Disponível em <www.unep.org/greeneconomy/portals/88/doments/gen/Green_Economy_full_report_pt.pdf>. Consultado em: 20 de março de 2015.

[32] PNUMA. **Rumo a economia verde**. Disponível em <www.unep.org/greeneconomy/portals/88/doments/gen/Green_Economy_full_report_pt.pdf>. Consultado em: 20 de março de 2015.

[33] VEIGA, José Eli. **Sustentabilidade.** A legitimação de um novo valor. p. 21 e 24.

[34] DEMAJOROVIC, Jacques. **Sociedade de risco e responsabilidade socioambiental**. Perspectivas para a educação corporativa. p. 52

Serge Latouche é um economista e filósofo francês, professor da Faculdade de economia da Universidade Paris XI e do Instituto de Estudos do Desenvolvimento Econômico e Social, que critica o crescimento econômico e aposta em uma "Teoria do Decrescimento".

Para ele o homem segue em um crescimento desenfreado sem medir as consequências de seus atos e fechando os olhos para o que está acontecendo. Assim a sociedade de crescimento não é desejada por três razões: "engendra, una buena cantidad de desigualdades e injusticias, crea un bienestar considerablemente ilusorio, no suscita para los privilegiados una sociedad convivencional sino una antisociedad enferma de su riqueza".[35]

Fala de decrescimento e diz que esse não se trata de estado estacionário dos velhos clássicos, nem de uma forma de regressão, de recessão, nem de crescimento negativo, nem ainda de crescimento zero. Deveria, com todo rigor ser chamado de 'acrescimento', tal como se fala do ateísmo, que de decrescimento. É, por outro lado, precisamente, o abandono de uma fé ou de uma religião: a religião da economia, do crescimento, do progresso e do desenvolvimento.[36]

"Así, una política de decrecimiento se traduciría en un primer lugar, indudablemente, por una sencilla disminución del crecimiento de PIB y no necesariamente en un retrocesso, es decir, una tasa negativa, porque se trata de un índice puramente cuantitativo y macroeconômico."[37]

A palavra de ordem 'decrescimento' tem como principal meta enfatizar fortemente o abandono do objetivo do crescimento ilimitado, objetivo cujo motor não é outro senão a busca do lucro por parte dos detentores do capital, com consequências desastrosas para o meio ambiente e, portanto para a humanidade.[38]

Claro está a muito tempo de que os recursos ambientais são limitados, porém a geopolítica do 'desenvolvimento sustentável' gerou um processo de mercantilização da natureza e de supereconomização do mundo: criaram-se 'mecanismos' para um 'desenvolvimento limpo' e elaboraram-se instrumentos econômicos para a gestão ambiental que continuaram a estabelecer direitos de propriedade (privada) e valores econômicos para os bens e serviços ambientais.[39]

> Hoje, diante do fracasso dos esforços para deter o aquecimento global – o Protocolo de Kyoto havia estabelecido a necessidade de reduzir os gases do efeito estufa (GEE) dos países industrializados ao

[35] LATOUCHE, Serge. **La apuesta por el decrecimiento**. Cómo salir Del imaginario dominante? Barcelona: Icaria Editorial, 2006. p. 49.
[36] LATOUCHE, Serge. **La apuesta por el decrecimiento**. Cómo salir Del imaginario dominante? p.15-16.
[37] LATOUCHE, Serge. **La apuesta por el decrecimiento**. Cómo salir Del imaginario dominante? p.33.
[38] LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. São Paulo: matinsfontes, 2009. p.04.
[39] LEFF, Henrique. **Discursos sustentáveis**. São Paulo: Cortez, 2010. p. 57.

> nível alcançado em 1990-, surge, novamente a consciência dos limites do crescimento e emerge o clamor pelo decrescimento. Este volta como um bulmerangue diante do fracasso das políticas globais e nacionais do reformismo ecológico da economia, mais que como um eco de antigas propostas de um ecologismo romântico.[40]

É evidente, porém que a mera diminuição do crescimento mergulharia a sociedade na incerteza, aumentando as taxas de desemprego, aceleraria o abandono dos programas sociais, sanitários, educativos, culturais e ambientais que garantem o mínimo indispensável de qualidade de vida.[41]

Portanto, o decrescimento somente pode ser considerado numa 'sociedade de decrescimento', ou seja, no âmbito de um sistema baseado na lógica.

Embora o termo 'decrescimento' seja, portanto, de uso muito recente nos debates econômicos, políticos e sociais, a origem das ideias que ele veicula tem uma história mais antiga, ligada à crítica culturalista da economia por um lado e à sua crítica ecologista por outro. [42]

> Três ingredientes são necessários para que a sociedade de consumo possa prosseguir na sua ronda diabólica: a publicidade, que cria o desejo de consumir; o crédito, que fornece os meios; e a obsolescência acelerada e programada dos produtos, que renova a necessidade deles. Essas três molas propulsoras da sociedade de crescimento são verdadeiras 'incitações-ao-crime".[43]

Sugere a troca do índice PIB pelo FNB – Felicidade Nacional Bruta, conforme foi adotado pelo rei do Butão, que escreveu como objetivo da Constituição, o crescimento da FNB.[44]. "Sin bienestar, la felicidad parece ilusoria y vana, está desposeída de todos los medios de realización. La vía para acceder a la felicidad es la de bienestar, y sólo esa".[45]

Deve ser entendido que a felicidade não se identifica com a riqueza:

> La riqueza no tiene por qué ser causa necesaria de felicidad; podemos concebir la felicidad material con poca riqueza y una infelicidad ampliamente distribuida junto a una gran masa de riqueza. Lo que es verdad para cada uno de nosotros es verdad, para todos y puede ser verdad para la sociedad entera. En resumem, la riqueza y la felicidad material pueden muy bien ser causas indirectas, auxiliares, secundarias, pero no son causas necesarias del desarrollo moral[46]

Percebe-se, portanto, que segundo o autor há a necessidade de trocar os indicadores de crescimento para evoluirmos de uma maneira diferente.

---

[40] LEFF, Henrique. **Discursos sustentáveis**. São Paulo: Cortez, 2010. p. 57.
[41] LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. p.04.
[42] LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. p.12.
[43] LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. p.18.
[44] LATOUCHE, Serge. **La apuesta por el decrecimiento**. Cómo salir Del imaginario dominante? p. 61.
[45] LATOUCHE, Serge. **La apuesta por el decrecimiento**. Cómo salir Del imaginario dominante? p. 62.
[46] LATOUCHE, Serge. **La apuesta por el decrecimiento**. Cómo salir Del imaginario dominante?. p. 73.

> A aposta no decrescimento não é apenas uma moral crítica e reativa; uma resistência a um poder opressivo, destrutivo, desigual e injusto; uma manifestação de crenças, gostos e estilos alternativos de vida. O decrescimento não é uma mera descrença, mas uma tomada de consciência sobre um processo que se instaurou no coração do processo civilizatório que atenta contra a vida do planeta vivo e a qualidade da vida humana. O chamado para decrescer não deve ser um recurso retórico para das asas à crítica da insustentabilidade do modelo econômico imperante, mas deve fincar-se em uma sólida argumentação teórica e uma estratégia política.[47]

"Por eso, reevaluar, es decir, revisar los valores en los que creemos, sobre los que organizamos nuestra vida, y cambiar los que tienen un efecto negativo en la supervivencia feliz de la humanidad, constituye la primera etapa de la construcción de una sociedad de decrecimiento".[48]

Destaca ainda que a globalização marca a passagem de uma economia mundial para uma economia sem fronteiras, constituindo uma forte aliada ao crescimento. Uma sociedade assim não é sustentável porque supera a capacidade de carga do planeta, porque vai de encontro aos limites da biosfera.[49]

Considera, portanto que,

> Para dar dignidad por la pobreza material, eliminar la miseria y volver a encontrar el sentido de las verdaderas riquezas, hay que limitar el enriquecimiento económico, y en consecuencia, la acumulación de capital. No se trata de reducir al ambito economista las diversas satisfaciones de los económicamente pobres para enriquecerlos estadísticamente, ni tampoco de empobrecer a los ricos descontando su riqueza los costes de su obesidad o de su malestar. La reevaluación de los ingresso de los pobres no tiene en absoluto como objetivo intentar demonstrar que se equivocan si se quejan, sino al contrario, darles un mínimo de dignidad y de amor propio para poder llevar a cabo el combate. Se trata de poner fin al acaparamiento sin freno para sacar a los miserables de la pobreza económica y reinsertarlos en una sociedad más convivencional y más sostenible.[50]

Trata-se de procurar as mesmas satisfações sem se recorrer ao sistema mercantilista. "El impacto es un retroceso del PIB y en consecuencia de la huella ecologica para mayor felicidad de todos (salvo tal vez para los comerciantes...)".[51]

Existem, portanto, segundo o autor, duas vias individuais para decrescer:

> La primera es consumir menos, la sobriedad; la segunda, autoproducir e intercambiar según la lógica del donativo. Sólo aquel que no sabe hacer nada está condenado a convertirse en un consumidor obstinado y esta incapacidad es señal de empobrecimiento cultural. Para volver a encontrar el

[47] LEFF, Henrique. **Discursos sustentáveis**p. 58.
[48] LATOUCHE, Serge. **La apuesta por el decrecimiento**. Cómo salir Del imaginario dominante? p. 80.
[49] LATOUCHE, Serge. **La apuesta por el decrecimiento**. Cómo salir Del imaginario dominante? p. 36.
[50] LATOUCHE, Serge. **La apuesta por el decrecimiento**. Cómo salir Del imaginario dominante? p. 83.
[51] LATOUCHE, Serge. **La apuesta por el decrecimiento**. Cómo salir Del imaginario dominante? p. 101.

> sentido de la medida, es importante articular esta ética del decrecimiento voluntario con el proyecto político.[52]

Assim o decrescimento tem como objeto ressaltar a necessidade de abandono do insensato objetivo do crescimento pelo crescimento, cujo motor não é mais que uma busca desenfreada de ganâncias por parte dos possuidores de capital e sim a busca pela verdadeira felicidade com a volta dos valores para as coisas simples da vida.

"Em tal visão, só pode haver sustentabilidade com a minimização dos fluxos de energia e matéria que atravessam esse subsistema, e daí decorrente necessidade de desvincular os avanços sociais qualitativos daqueles infindáveis aumentos quantitativos da produção e do consumo".[53] (como acontece com o PIB)

> Não há como escapar, portanto, do dilema do crescimento. E seu debate vai exigir rompimento mental com uma macroeconomia inteiramente centrada no aumento ininterrupto do consumo, em vez de um continuísmo pretensamente esverdeado por propostas de ecoeficiência – mas que jamais vai poder deter o aumento da pressão sobre os recursos naturais.[54]

Com a percepção mundial da necessidade da preservação ambiental para a garantia da saudável permanência na terra, diversas são as teorias que surgem com o objetivo de procurar soluções para preservação das futuras gerações na Terra.

Assim o autor lança algumas sugestões importantes e essenciais para o alcance dessa sociedade do decrescimento.

Apresenta a importância da utilização dos oito 'erres': reavaliar, reconceituar, reestruturar, redistribuir, relocalizar, reduzir, reutilizar, reciclar.

Analisa o **reavaliar** no sentido de que o altruísmo deveria prevalecer sobre o egoísmo, a cooperação sobre a competição desenfreada, o prazer do lazer e o *éthos* do jogo sobre a obsessão do trabalho, a importância da vida social sobre o consumo ilimitado, o local sobre o global, a autonomia sobre a heteronomia, o gosto pela bela obra sobre a eficiência produtivista, o sensato sobre o racional, o relacional sobre o material, e assim por diante.

"Ter preocupação com a verdade, sendo de justiça, responsabilidade, respeito da democracia, elogio da diferença, dever de solidariedade, vida espiritual: eis os valores que devemos reconquistar a qualquer preço, pois são a base de nosso florescimento e nossa

---

[52] LATOUCHE, Serge. **La apuesta por el decrecimiento**. Cómo salir Del imaginario dominante? p. 101.
[53] VEIGA, José Eli. **Sustentabilidade.** A legitimação de um novo valor. p.19
[54] VEIGA, José Eli. **Sustentabilidade.** A legitimação de um novo valor. p.25/26

salvaguarda para o futuro”.[55]

Reconceituar significa a necessidade de troca de valores e da forma de olhar o mundo, redimensionando alguns conceitos como riqueza e pobreza.

Reestruturar significa adaptar o aparelho produtivo e as relações sociais em função da mudança de valores.

Redistribuir seria a necessidade de redistribuição das riquezas e o acesso ao patrimônio natural, tanto entre o Norte e o Sul como dentro de cada sociedade, entre as classes, as gerações e os indivíduos.

Relocalizar seria investir na produção local, com o intuito da satisfação das necessidades da população em empresas locais. “Se as ideias devem ignorar as fronteiras, os movimentos de mercadorias e capitais devem, ao contrário, limitar-se ao indispensável”. [56]

Reduzir é diminuir o impacto da biosfera mudando nossos hábitos de consumo. “80% dos bens postos nos mercados são utilizados uma púnica vez, antes de ir direto para o lixo”.[57] Outras reduções são desejáveis, desde a dos riscos sanitários até a dos horários de trabalho.

> Antes de mais nada, trata-se de se desintoxicar do vício do ‘trabalho’, elemento importante do drama produtivista. Não construiremos uma sociedade serena do decrescimento sem recuperar as dimensões recalcadas da vida: o prazer de cumprir seu dever cidadão, o prazer das atividades de fabricação livre, artística ou artesanal, a sensação do tempo recuperado para a brincadeira, a contemplação, a meditação, a conversação, ou até simplesmente, para a alegria de estar vivo.[58]

Sem um reencantamento da vida, a teoria do decrescimento está fadada ao fracasso.

> A saída do sistema produtivista e trabalhista atual pressupõe uma organização totalmente diferente em que, além do trabalho, sejam valorizados o lazer e o jogo, em que as relações sociais primem sobre a produção e o consumo de produtos descartáveis inúteis ou até nocivos.[59]
>
> Essa reconquista do tempo ‘livre’ é uma condição necessária para a descolonização do imaginário. Concerne tanto aos operários e aos assalariados quanto aos executivos estressados, aos patrões atormentados pela concorrência e aos profissionais liberais comprimidos no torno da compulsão ao crescimento. [60]

Por fim, **reutilizar** e **reciclar** com a diminuição do desperdício, do combate a obsolescência programada e na reciclagem dos resíduos não reutilizáveis diretamente.

---

[55] LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. p.44.
[56] LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. p.49.
[57] LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. p.49.
[58] LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. p.53.
[59] LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. p.121.
[60] LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. p.126.

Tal teoria se desenvolve com enfoque na dimensão econômica da teoria da sustentabilidade, abordando uma problemática não muito discutida, mas que traz uma reflexão bastante interessante da visão do alcance da sustentabilidade.

> A teoria do decrescimento não é um retorno à pressão comunitária (da pequena família nuclear, do bairro chique, do egoísmo regional) e sim, a um novo tramado orgânico do local (possibilitar que as pessoas estejam mais juntas, como estiveram até os anos 1960, graças, entre outras coisas, as escolas rurais e empresas 'familiares', a quitandas de esquina e cinemas de bairro, em vez de passarem a vida viajando no circuito entre complexos escolares, zonas industriais e hipermercados de periferia).[61]

A receita do decrescimento consiste em fazer mais e melhor com menos.

Assim, o autor criador da teoria propõe que, na verdade, haja uma reavaliação dos valores humanos, de modo que não se busque o crescimento pelo crescimento plantado pela sociedade consumerista, mas que se busque a verdadeira felicidade através de um retorno dos valores para as coisas mais simples da vida.

De todo o exposto, percebe-se claramente a ligação entre essa Teoria do Decrescimento e a dimensão econômica da sustentabilidade, eis que para o alcance dessa é preciso que sejam feitas mudanças na economia, mudanças de conduta dos governos (municipal, estadual e federal), da sociedade civil, dos consumidores e das entidades privadas e públicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde os anos sessenta tem-se falado da necessidade de mudanças na exploração do meio ambiente, pois nessa época deparou-se com a realidade de que este é finito e o crescimento da forma como se apresenta torna-se inviável para manutenção de vida na terra.

Nesse período em diante vários problemas ambientais, econômicos e sociais foram detectados como: a redução da capa de ozônio, o câmbio climático, a escassez da água potável - o que está cada vez maior-, a concentração da população nas cidades, a pobreza, a falta de educação, a mortalidade infantil, a dependência tecnológica dentre tantos outros problemas que poderiam ser aqui elencados.

Diante dessa realidade a Organização das Nações Unidas – ONU organizou em 1972 a Conferência Mundial sobre o Meio Ambiente com o objetivo de discussões sobre esses temas.

[61] LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. p.64.

Após essa conferência, outras aconteceram como a de 1992 chamada de “Conferência da esperança”, onde iniciaram-se as discussões sobre desenvolvimento econômico; em 2002 denominada a “Conferência da Indiferença”, e por fim, em 2012 chamada “Conferência do Medo”. Nessa última conferência um dos seus temas central era a economia verde.

Todas essas conferências e discussões foram essenciais para o surgimento dos debates hoje traçados sobre a sustentabilidade e suas dimensões, a ambiental, a social e a econômica.

O enfoque do presente artigo foi quando a dimensão econômica a qual está preocupada com o desenvolvimento de uma economia que tenha por finalidade gerar melhor qualidade de vida para as pessoas, com padrões que contenham o menor impacto ambiental possível, indo de encontro aos temas abordados que são a economia verde e a Teoria do Decrescimento.

Para o PNUMA, a economia verde é aquela que resulta em melhoria do bem-estar da humanidade e igualdade social, ao mesmo tempo em que reduz significativamente os riscos ambientais e escassez ecológica.

Esta forma de economia tem como finalidade fazer com que a economia invista em tecnologias avançadas e menos poluentes para produção dos produtos, visando também à conscientização das empresas na exploração da natureza para que causem mínimos danos.

Para o alcance dessa economia verde, portanto, é preciso que haja investimentos públicos e privados, bem como deve ocorrer uma mudança de conduta dos consumidores.

Um dos problemas que o artigo destaca para o alcance da economia verde é a deficiência tecnológica dos países em desenvolvimento, havendo a necessidade de um amplo e efetivo processo de transferência tecnológica para permitir uma participação competitiva das indústrias dos países em desenvolvimento.

Na terceira parte do artigo é feita uma análise do que é a Teoria do Decrescimento de Serge Latouche. Essa teria traz a necessidade de mudança de formas de vida, de mudanças na economia e ainda apresenta a importância de utilização dos oito “erres”: reavaliar, reconceituar, reestruturar, redistribuir, relocalizar, reduzir, reutilizar e reciclar.

Apresenta como importante a necessidade de reavaliação de valores humanos, de modo que não haja somente o crescimento pelo crescimento, mas sim que se busque a verdadeira felicidade através do retorno as coisas mais simples da vida.

Não restam dúvidas, depois do estudo realizado que a mudança de uma economia marrom para uma economia verde é algo essencial para o alcance efetivo da dimensão econômica da sustentabilidade bem como a aplicação dos princípios trazidos pela Teria do Decrescimento de Serge Latouche.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARBIERI, José Carlos. **Gestão ambiental empresarial**. Conceitos, modelos e instrumentos. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DEMAJOROVIC, Jacques. **Sociedade de risco e responsabilidade socioambiental**. Perspectivas para a educação corporativa. 2. ed. São Paulo: SENAC, 2013.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. A atividade portuária como garantidora do Princípio da sustentabilidade. **Revista Direito Econômico Socioambiental**. Curitiba, v.3, n.2, p. 375-399, jul/dez. 2012.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. **El principio de sostenibilidad y los puertos**: a atividade portuária como garantidora da dimensão econômica da sustentabilidade. 2011. 451 f. Tese (Doctorado en Derecho Ambiental y sostenibilidad de la Universidad de Alicante – UA) – Universidade de Alicante, Espanha, 2011.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Mínimo existencial ecológico: a garantia a um patamar mínimo de qualidade ambiental para uma vida humana digna e saudável. **Jurídicas**, Manizales – Colômbia: Universidad de Caldas, n. 1, vol 10.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloise Siqueira. Dimensão social do princípio da sustentabilidade: Uma análise do mínimo existencial ecológico. *In.* SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; GARCIA, Heloise Siqueira.(orgs.). **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer.** Dados eletrônicos. Itajaí: UNIVALI, 2014.

LATOUCHE, Serge. **La apuesta por el decrecimiento**. Cómo salir Del imaginario dominante? Barcelona: Icaria Editorial, 2006.

LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. São Paulo: matins fontes, 2009.

LEFF, Henrique. **Discursos sustentáveis**. São Paulo: Cortez, 2010.

MILARÉ, Edis. **Direito ao ambiente**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PNUMA. **Rumo a economia verde**. Disponível em <www.unep.org/greeneconomy/portals/88/doments/gen/Green_Economy_full_report_pt.pdf>. Consultado em: 20 de março de 2015.

PNUMA. **Rumo a uma economia verde. Caminhos para o desenvolvimento sustentável e a erradicação da pobreza.** Disponível em <www.pnuma.org.br>. Consultado em: 15 de julho de 2014.

VEIGA, José Eli. **Sustentabilidade.** A legitimação de um novo valor. 2 ed. São Paulo: editora SENAC, 2010.

ESTUDIO DE LA CONTAMINACIÓN DIFUSA DEL AGUA EN LOS ORDENAMIENTOS DE LA UNÍON EUROPEA[1]

Andrés Molina Giménez[2]

Maria Claudia S. Antunes de Souza[3]

I. REGULACIÓN DE LA CONTAMINACIÓN DIFUSA EN EL DERECHO COMUNITARIO

1. POLÍTICA AGRARIA COMÚN EUROPEA Y ACUERDOS AMBIENTALES

La política agraria común (PAC) es una de las áreas más relevantes en las políticas europeas. Una parte importante del presupuesto comunitario está dirigido precisamente a financiar la agricultura en Europa. La PAC nació a mediados de los años 80 del anterior siglo con la finalidad de proporcionar a los agricultores ayudas directas para garantizar la subsistencia de una agricultura no competitiva en el entorno global.[4]

Aunque la PAC tradicional ha venido exigiendo a los agricultores el cumplimiento de fines ambientales básicos como condición para obtener financiación, existen nuevas herramientas que permiten promover dichas estrategias de manera más eficiente. Una de ellas son los denominados "acuerdos ambientales". Básicamente, supone recompensar de manera complementaria a aquellos agricultores que voluntariamente aseguren servicios ambientales adicionales.[5]

---

[1] Este artículo ha contado con financiación del proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación de España (actualmente Ministerio de Economía y Competitividad) «Calidad de los acuíferos e impacto de fuentes agrarias», con número de referencia DER2011-27765. Em parecería com o Projeto de Pesquisa aprovado no CNPq intitulado: "Análise comparada dos limites e das possibilidades da avaliação ambiental estratégica e sua efetivação com vistas a contribuir para uma melhor gestão ambiental da atividade portuária no Brasil e na Espanha".

[2] Doutor e Mestre em *Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad* pela Universidade de Alicante – Espanha.Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Alicante (España).

[3] Doutora e Mestre em *Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad* pela Universidade de Alicante – Espanha. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professora no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica, e na Graduação no Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Estado, Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade" cadastrado no CNPq/EDATS/UNIVALI. Coordenadora do Projeto de pesquisa aprovado no CNPq intitulado: "Análise comparada dos limites e das possibilidades da avaliação ambiental estratégica e sua efetivação com vistas a contribuir para uma melhor gestão ambiental da atividade portuária no Brasil e na Espanha". E-mail: mclaudia@univali.br.

[4] De acuerdo con Cardwell, M. The European model of agriculture, Oxford University Press, 2004, p. 8 et seq, durante el periodo 2000-2006 alrededor de la mitad de todo el presupuesto anual de la Comunidad Europea fue asignado a la agricultura.

[5] Los acuerdos agro-ambientales tienen su origen en la experiencia realizada en Norfolk Broads (Gran Bretaña). En enero de 1985 se creó el denominado: "*Broads Grazing Marshes Conservation Scheme*", que pretendía asegurar financiación a los agricultores que aceptaran continuar con sus actividades de ganadería. Muchos de ellos habían ido abandonando esta actividad pasándose a la agricultura intensiva, con el correspondiente daño a las zonas húmedas próximas. El modelo fue muy exitoso y contribuyó además

La legislación vigente es el Reglamento del Consejo 2078/92/CE de 30 de junio de1992, sobre métodos de producción agrícola compatibles con la protección del medio ambiente y el mantenimiento del paisaje. En su artículo segundo establece claramente: "*Siempre que ello tenga unos efectos positivos para el medio ambiente y el espacio natural, el régimen podrá incluir ayudas destinadas a los agricultores que se comprometan: a) a reducir sensiblemente la utilización de fertilizantes y/o productos fitosanitarios o a mantener las reducciones ya iniciadas o introducir o mantener métodos de agricultura biológica".* Esta es una alterativa muy interesante para mejorar los resultados en materia de contaminación derivada de prácticas de irrigación.[6]

Los acuerdos ambientales pueden limitarse a zonas designadas por los Estados como "áreas ambientalmente sensibles"; se trata de espacios con reconocidos valores ecológicos y paisajísticos. El alcance de estos acuerdos es amplio y pueden ser discutidos libremente por las partes. Una vez aprobados, supondrán un ingreso adicional para los agricultores comprometidos en poner en marcha medidas de protección y restauración ambiental. Estos acuerdos pueden incluso suponer compensaciones para aquellos que acepten restricciones en sus prácticas agrarias tradicionales.[7]

Este esquema pretende proteger los paisajes, las zonas rurales tradicionales, viejas prácticas rurales, y cualquier otro objetivo medio ambiental. Supone un importante cambio en los paradigmas de la PAC, que siempre se ha centrado en promocionar el crecimiento de la producción sin prestar demasiada atención a los resultados ambientales. Los Estados están obligados a financiar el 75% del coste de estos acuerdos, mientras que el resto lo financia directamente el presupuesto comunitario.

---

a proteger el paisaje tradicional. El caso hizo que la Comisión Europea aprobara un Reglamento (Reglamento 797/1985, sobre la mejora en la eficiencia de las estructuras agrícolas), cuyo artículo 19 permite a los Estados introducer medidas agro-ambientales. Aunque el Reglamento no establecía normas vinculantes para los Estados, algunos de ellos como Gran Bretaña, Alemania, Países Bajos, o Dinamarca, aprobaron esquemas de financiación de este tipo. Finalmente, el Reglamento del Consejo 2078/1992 convirtió las medidas agro-ambientales en obligatorias para todos los Estados Miembros. Sobre el particular, veáse Brian, J. "Agriculture and European Union environmental law", Journal of Environmental Law, nº 22:3, pp. 111-113.

[6] De acuerdo con, Idem, p. 118, los informes de evaluación mustran que los Estados miembros y las Regiones han utilizado los acuerdos agro-ambientales para alcanzar los objetivos comunitarios en material de aguas.

[7]En lo relativo a la reducción de nutrientes, los acuerdos agro ambientales deben ser compatibles con la Directiva nitratos. Deben por tanto cumplir los estándares comunitarios. Véase: VI/7655/98 DGVI Commission working document: "State of application of regulation (EEC) no. 2078/92: evaluation of agri-environment programs", (1998), p. 118.

2. LA EXCLUSIÓN DE LAS FUENTES DE CONTAMINACIÓN DIFUSA DE LAS AUTORIZACIONES DE VERTIDO DE AGUAS CONTAMINADAS BAJO EL DERECHO EUROPEO

De acuerdo con el Derecho comunitario europeo, las Fuentes difusas de contaminación no se consideran vertidos puntuales, y por tanto quedan excluidos de cualquier tipo de esquema autorizatorio.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCEE) en el caso: "*Nederhoff v Dijkgraf en Hoogheemraden van het Hoogheemraadschap Rijnland"* excluyó la contaminación difusa del concepto "vertido directo". De acuerdo con dicha interpretación, los vertidos directos son solo aquellos que pueden quedar plenamente identificados y vinculados a una acción humana. Como resultado, solo los vertidos en un punto concreto quedan bajo el ámbito de aplicación de la Directiva 76/464/CE de 4 de mayo de 1976 relativa a la contaminación causada por sustancias peligrosas vertidas al medio acuático de la Comunidad. [8]

El Tribunal justifica su decisión en la dificultad de aplicar a los vertidos difusos esquemas autorizatorios que precisan conocer exactamente la cantidad de efluente contaminante y su carga contaminante.

3. LA DIRECTIVA 60/2000/CE MARCO DEL AGUA

3.1. Planificación de Demarcación

La Directiva marco es un esquema regulatorio común en material de aguas para Europa. Tanto las decisiones sobre distribución del agua como relativas a la preservación de su calidad son reguladas en la Directiva. Las anteriores Directivas en materia de aguas, que seguían vigentes cuando se aprobó la DMA, fueron confirmadas e incluidas en el marco jurídico de la Directiva en la medida en que fueran compatibles con ella. Otras, sin embargo, quedaron derogadas al no resultar compatibles con los fines de la DMA. Todas las Directivas que se han aprobado con posterioridad quedan integradas en el marco de l DMA, en la medida en que constituyen instrumentos complementarios.

Una de las estrategias clave de la DMA es generalizar la planificación de las cuencas

[8] Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, caso: C-232/97 *Nederhoff v Dijkgraf en Hoogheemraden van het Hoogheemraadschap Rijnland* [1999] ECR I-6385.

hidrográficas para alcanzar el "buen estado ecológico" en todas las masas de agua.[9] Por lo tanto, toda acción debería enfocarse en alcanzar dicho objetivo para 2015. La Directiva, no obstante, permite excepciones conforme a las circunstancias existentes y características singulares de cada masa de agua (condiciones del suelo, usos del agua existentes, vertidos actuales, etc).[10] De no alcanzarse el objetivo previsto la Comisión Europea podría iniciar procedimientos de infracción contra los Estados incumplidores. Por el momento, la Comisión ha preferido centrar sus esfuerzos en acciones positivas.[11]

Cuando la DMA fue aprobada, la mayoría de los Estados europeos no contaban con una planificación de cuenca integral.[12] Aprobar este tipo de planificación no es fácil. Precisa grandes esfuerzos para obtener información y diseñar las políticas necesarias para gestionar los temas del agua tanto en distribución como en preservación de la calidad. Es necesario realizar inventarios, contar con redes de detección de la calidad del agua, realizar estudios hidrogeológicos, identificar loa patrones de uso, los usos del suelo, así como multitud de de estudios pluridisciplinares. Se requiere por tanto tiempo y un importante esfuerzo económico para realizar los planes. Además, la aprobación de los planes precisa un proceso de participación pública. El plazo para culminar la planificación era el 22 de diciembre de 2009, y varios Estados no cumplieron a tiempo con este cometido (Bélgica, Portugal, España y Grecia).

Los planes están regulados en el artículo 13 de la DMA. Deben describir las características de todas las cuencas fluviales incluidas en la Demarcación. Resumirán a a su vez las presiones e impactos más importantes de la actividad humana, incluyendo la contaminación difusa. Además, cada plan debe identificar las áreas ambientales protegidas como las zonas húmedas y zonas vulnerables a la contaminación por nitratos. Deben incluir además un mapa de las redes de monitorización de la calidad de las aguas.

---

[9] El término "buen estado ecológico" es complejo y en buena medida ambiguo; de hecho, su alcance queda en buena medida derivado a una decisión discrecional técnica que los Estados han de abordar en cada masa de agua. Para el agua superficial el criterio determinante es su "estado químico" y el "estado ecológico", mientras que para el agua subterráneo los criterios de referencia son "estado cuantitativo" y "estado químico", de acuerdo con los parámetros establecidos en el Anexo V de la DMA. Sobre el particular, véase: Lee, M. "Law and governance of water protection policy", en Scott, J, (ed.) Environmental Protection: European Law and Governance, 2009, p. 30.

[10] Jans, J.H., and Vedder, H.B. **European environmental law**, cit, p. 395, consideran que buena parte de la complejidad de la DMA se debe a sus excepciones, incluidas aquellas que se refieren al plazo del 2015 para alcanzar el buen estado ecológico. Así mismo, aquellas que permiten establecer objetivos menos estrictos atendiendo a consideraciones técnicas o económicas. También se observan excepciones en relación con las masas de aguas artificiales o fuertemente modificadas. Todo ello introduce factores de inseguridad e incertidumbre y pone en cuestión la consecución de los objetivos ambientales que se derivan del concepto.

[11] Véase, Louka, E. **Water law and policy**. Governance without frontiers. Oxford University Press, 2008, p. 75.

[12] Sólo algunos de ellos, tal como España los habían aprobado antes de la DMA. En el caso español los planes de cuenca datan de 1998.

Controlar la calidad de las masas de agua mediante redes de teledetección es fundamental, ya que proporciona a las autoridades información real para apoyar los procesos de decisión. Los planes deben fijar objetivos de calidad para cada masa de aguas superficiales o subterráneas. Esto es básico, toda vez que decisiones como la autorización de vertidos se basan no solo en controles de emisión o mejores prácticas ambientales, sino en valores límite que son fijados en relación con la calidad actual de la masa de agua y los objetivos de mejora planteados para la misma.

Por otra parte, cada plan incluye un análisis económico. Alcanzar la sostenibilidad ambiental precisa establecer un balance entre los fines ambientales y los objetivos económicos. El plan incluirá además los programas de medidas y las autoridades responsables para desarrollar todas las políticas diseñadas en el plan.

Tanto los planes hidrológicos como los programas de medidas son el resultado de procesos de planificación pública. Ciudadanos, ONGS, participantes cualificados tales como organizaciones empresariales, sindicados, etc, son llamados a participar activamente en el diseño de los planes. Todos los resultados del proceso participativo pasarán a formar parte del plan.

Finalmente, la DMA incluye un Anexo VIII titulado "lista indicativa de los principales contaminantes". Esta lista debe tenerse en cuenta durante el proceso de planificación y el correspondiente proceso de toma de decisiones. Entre ellas encontramos las "sustancias que pueden contribuir a la eutrofización, en particular nitratos y fosfatos".

3.2. Programas de Medidas

El plazo establecido en la DMA para que los Estados aprobaran los programas de medidas incluidos en la planificación hidrológica expiró igualmente en diciembre de 2009. Debían estar operativos en diciembre de 2012. Evidentemente, los países que no han aprobado a tiempo los planes hidrológicos no han podido cumplir con este objetivo, toda vez que ambos documentos, planes y programas, forman parte del mismo proceso de aprobación.

Los programas de medidas están expresamente regulados en el artículo 11 de la DMA. Deben incluir "medidas básicas" para cada demarcación. Numerosas estrategias pueden ser incluidas en los programas para alcanzar el buen estado ecológico de las masas de agua. Entre ellas, cabe mencionar por lo que aquí interesa: "medidas para prevenir o controlar la introducción de contaminantes de fuentes difusas".

La Directiva no especifica qué medidas deben ser adoptadas, dado que pueden ser muy diferentes atendiendo a las circunstancias de cada Cuenca. Por ello, Buena parte de su contenido en lo referente al control de las fuentes de contaminación difusa dependerá de lo establecido en la Directiva Nitratos. Con todo, la DMA menciona dos posibles medidas: la prohibición de entrada de contaminantes en el agua y la autorización y registro previo de la actividad.

Junto a estas medidas de carácter básico, la DMA incluye un conjunto de "medidas suplementarias", mediante una lista no exclusive. En el Anexo VI, parte B, vienen recogidas algunas que pueden resultar relevantes para el control de fuentes difusas. Se trata de los acuerdos medio ambientales, incentivos económicos y fiscales, así como proyectos educativos.

3.3. Designación de Áreas Especialmente Protegidas

Dado que la DMA configure un marco general para todas las políticas hidráulicas europeas, establece un conjunto de áreas protegidas, algunas de las cuales son específicas de la DMA mientras que otras son recogidas a partir de lo establecido en otras Directivas.

Por consiguiente, la DMA establece un registro de áreas protegidas incluyendo las siguientes:

a) Masas de agua destinadas a la extracción de agua potable. Aunque esta categoría no fue creada por la Directiva 98/83/CE de 3 de noviembre, relativa a la calidad del agua requerida para consume humano, la DMA permite la identificación de este tipo de áreas protegidas.

b) Areas designadas para proteger especies acuáticas económicamente relevantes. Se trata de espacios protegidos bajo la Directiva 2006/44/CE de 6 de septiembre, sobre la calidad de las aguas para la vida de los peces. También se incluyen áreas protegidas de acuerdo con la Directiva 2006/113/CE de 12 de diciembre, sobre calidad de las aguas para la cría de moluscos.

c) Masas de aguas destinadas a usos recreativos. Se trata de áreas protegidas conforme a la Directiva 2006/7/CE de 15 de febrero, sobre calidad de las aguas para baño.

d) Áreas sensibles a la contaminación por nitratos. Se trata de espacios protegidos bajo la Directiva 91/676/CE de 12 de diciembre, sobre la protección de las aguas frente a la contaminación causada por nitratos procedentes de la agricultura. Otras áreas protegidas pueden ser identificadas conforme a la Directiva 91/271/CE de 21 de mayo, sobre aguas residuales

urbanas.

e) Áreas designadas para la protección de hábitats o especies en las que el mantenimiento o mejora de las condiciones del agua es un factor determinante. Se incluyen los espacios de la Red Natura 2000 designados conforme a la Directiva 2009/147/CE de 30 de noviembre, sobre la conservación de aves y sus hábitats, así como los designados conforme a la Directiva 92/43/CE de 21 de mayo, sobre conservación de hábitats naturales y de la flora y fauna salvaje.

Todos estos espacios serán gestionados por los Estados miembros no solo para alcanzar los objetivos fijados en sus directivas específicas, sino también para alcanzar los objetivos de la DMA, y singularmente el buen estado ecológico de las aguas.

4. ESTRATEGIAS ESPECÍFICAS PARA ABORDAR LA CONTAMINACIÓN POR NITRATOS (DIRECTIVA 91/676/CE)

4.1. Designación de Zonas Vulnerables: concentración de nitratos superior a 50mg/l y áreas afectadas por eutrofización

El primera paso para resolver un problema es conocer sus características y particularidades. Ésta es precisamente la finalidad que se persigue al identificar las zonas vulnerables a la contaminación por nitratos y comunicar su existencia a la Comisión Europea. Esta tarea tuvo que realizarse antes de diciembre de 1993. Tras ello, todos los Estados deben revisar las designaciones cada cuatro años de acuerdo con los resultados del control de las masas de agua. Hasta ahora, la tendencia ha sido el progresivo incremento del territorio incluido.[13]

Algunos Estados optaron por no especificar áreas concretas como zonas vulnerables, eligiendo como alternativa la aprobación de programas de acción sobre la totalidad de su territorio.[14] Esta estrategia pretende extender el control a todas las prácticas agrarias, allí donde se realicen, y ayuda a evitar distorsiones económicas y regulatorias entre regiones. La parte negativa es que este sistema limita la capacidad de la Unión Europea en cuanto a controlar que los

[13] Desde 1991 a 1999 se incrementaron las zonas protegidas de acuerdo con los datos siguientes: Gran Bretaña (desde 2,4% a 32,8% de su territorio), España (desde el 5% al 11%), Italia (desde el 2% al 6%), Suecia (desde el 9% al 15%), Bélgica (desde el 5,8% al 24%). Aunque incluir estos espacios bajo los esquemas de protección de la Directiva tiene un efecto indudablemente positive, debe notarse que también significa que existe un importante número de espacios afectados por riesgos de eutrofización de las aguas superficiales o costeras, así como masas de agua amenazadas por la contaminación por nitratos. Del total de la Comunidad Europea a 15 Estados, la designación de zonas vulnerables se increment desde un 35,5% del territorio al final de 1999 al 44% al final de 2003.

[14] Es el caso de Países Bajos, Alemania, Irlanda, Luxemburgo, Dinamarca y Austria.

estándares perseguidos por la Directiva se cumplen realmente. Monitorizar grandes áreas puede resultar ciertamente difícil, mientras que enfocar zonas concretas e identificadas parece más efectivo.

Las condiciones para merecer la designación como zona vulnerable vienen establecidas en el Anexo I de la Directiva. Para las aguas superficiales se establecen dos criterios principales. Uno de ellos se refiere a estándares numéricos fijados por la Directiva 75/440/CE de 16 de junio, sobre calidad de las aguas superficiales requerida para la extracción de agua potable. Para aquellas masas de agua no asociadas a ningún abastecimiento urbano, el criterio se fundamenta en la presencia de fenómenos de eutrofización. Respecto al agua subterránea, se establece un criterio numérico: así, las masas de agua no deberán albergar una concentración de nitratos superior a 50 mg/l.

Una vez una zona queda declarada como vulnerable, los códigos de buenas prácticas agrarias, que como regla general son de voluntario cumplimiento, pasan a ser vinculantes. Además, debe aprobarse un programa de acción especifico para establecer obligaciones adicionales para la protección del espacio.

Dado que muchas cuencas hidrográficas europeas son compartidas entre varios Estados, es probable que determinadas zonas vulnerables lo sean como consecuencia de contaminantes procedentes de otros Estados. La Directiva demanda a los Estados que aborden estos conflictos a través de acuerdos bilaterales o multilaterales. Bajo la supervisión de la Comisión Europea, los Estados afectados deben alcanzar soluciones que permitan aplicar medidas vinculantes.[15]

4.2. Programas de Actuación

En términos aplicativos, el instrumento clave de la Directiva nitratos son los programas de acción. La designación de zonas vulnerables proporciona a los decisores políticos suficiente información sobre las áreas que deben ser protegidas y restauradas. También proporciona a los ciudadanos la capacidad de comprobar qué políticas se están desarrollando y cuáles son sus resultados. Así pues, el paso inmediato es pasar a la acción. A tal efecto la directiva configura estos programas como instrumentos directamente ejecutivos que los Estados deben activar.

[15] Véase, por ejemplo, el Convenio sobre cooperación para la protección y el aprovechamiento sostenible de las aguas de las cuencas hidrográficas hispa- no-portuguesas, hecho «ad referendum» en Albufeira el 30 de noviembre de 1998.

A finales de 2003 todos los Estados miembros, co la excepción de Irlanda, habían aprobado uno o más programas de actuación. Irlanda finalmente cumplió esta exigencia en 2006. En 2003 aproximadamente 110 programas habían sido aprobados en los diferentes Estados de la Comunidad.

Las medidas más comunes que se incluyen en este tipo de instrumentos son prohibiciones de uso de determinados fertilizantes, así como el establecimiento de limitaciones temporales para su utilización, o incluso medidas dirigidas a restringir la cantidad de ganado o de la aplicación de estiércol. También se exigen mínimos de capacidad de almacenamiento estanco de estiércoles, toda vez que es fundamental almacenar correctamente este producto para evitar percolación. Los programas establecen habitualmente valores límite par la aplicación de fertilizantes mediante el riego, de acuerdo con las prácticas agrarias más adecuadas y teniendo en cuenta las características de la zona vulnerable.

Aquellos programas de actuación que no establezcan criterios vinculantes adecuados no serán aceptados por la Comisión Europea y deberán reformularse. Sin embargo, hasta el momento no tenemos constancia de ninguna medida de carácter sancionador aplicada por la Comisión frente a incumplimientos en esta material.

Ciertamente, los ambiciosos estándares establecidos por la Directiva nitratos resultan difíciles de cumplir por los Estados. La restricción de 170 kg N/año/hectárea para la aplicación de estiércoles es muy difícil de aplicar en Estados con grande densidad de explotaciones ganaderas. En ocasiones no existe suficiente capacidad de almacenaje de este producto y su procesamiento resulta muy costoso. Internalizar estos costes podría suponer severas limitaciones para industrias relacionadas con el ganado y especialmente los productos lácteos. La doctrina discute sobre la conveniencia de establecer excepciones en este campo.[16]

La Directiva, de hecho, prevé excepciones, permitiendo a los agricultores operar con niveles de exigencia menos demandantes. Sin embargo, las excepciones deben ser concedidas por la Comisión Europea y están sujetas a condiciones muy restrictivas. El Estado solicitante debe asegurar que las operaciones agrícolas y ganaderas que superen los estándares no suponen ningún riesgo adicional. Sólo unos pocos Estados han conseguido excepciones a favor de

[16] Véase. Claeys, D. et al. "Derogation of the EU Nitrates Directive: does it make a difference?", 12th Congress of the European Association of Agricultural Economists – EAAE 2008, p. 1-5. Otro análisis interesante en Van der Straeten, B. et al, "The effect of EU derogation strategies on the compliance costs of the nitrate directive", Science of the Total Environment, Vol 421-422, p 94 et seq.

explotaciones específicas hasta 250 kg N/año/ hectárea.

4.3. Códigos de Buenas Prácticas Agrarias

Se trata de documentos no vinculantes, si bien juegan un importante papel proporcionando información a los agricultores sobre prácticas agrarias sostenibles. Además, siempre que un espacio es declarado zona vulnerable pasan a ser vinculantes. En estos casos es necesario aprobar un programa de actuación, que de acuerdo con el artículo 5.4 de la Directiva nitratos, deberá incluir todos los criterios establecidos en los códigos, junto a acciones adicionales diseñadas conforme a lo establecido en el Anexo III.

Los aspectos más típicos incluidos en los códigos son los siguientes:

a) Periodos en los que la aplicación de fertilizantes no es apropiada.

b) Aplicación de fertilizante en zonas escarpadas.

c) Aplicación de fertilizantes en tierras saturadas de agua, inundadas o cubiertas de nieve.

d) Condiciones para la aplicación de fertilizantes en zonas próximas a cursos fluviales.

e) Capacidad de almacenaje necesaria para estiércoles, incluidas las medidas necesarias para impedir la contaminación del agua tanto subterránea como superficial por filtración o escorrentía.

f) Procedimientos para la aplicación de fertilizantes, incluida la cantidad, periodo, uniformidad en la aplicación de fertilizante químico y biológico (estiércol), entre otros, con el objeto de prevenir la contaminación a niveles aceptables..[17]

La lista de buenas prácticas incluye un conjunto de estrategias básicas que todo código debe incluir, aunque la Directiva menciona medidas adicionales relativas a la gestión de los suelos, sistemas de rotación de cultivos, mantenimiento de cantidades mínimas de cubierta vegetal durante periodos de lluvia, planes de fertilización a nivel de explotación, entre otros.[18]

4.4. Medidas de Supervisión y Sanción

[17] Véase el Anexo II de la Directiva del Consejo 91/676/EEC de 12 de diciembre relative a la protección de las aguas contra la contaminación causada por nitratos procedentes de fuentes agrarias.
[18] Idem, Anexo II.

La supervisión es esencial para comprobar el cumplimiento efectivo de los objetivos de la Directiva nitratos. De acuerdo con el artículo 6 de la Directiva, las autoridades de cuenca deben instalar su propia red de estaciones de monitoreo, y periódicamente tomar muestras de la calidad del agua para comprobar si los criterios de calidad requeridos se cumplen en ríos, lagos, presas, y aguas costeras. Los datos resultantes mostrarán la evolución de los parámetros de calidad del agua, incluidos nitratos y fosfatos.

Dado que tanto los códigos de buenas prácticas agrarias como los programas de actuación deben ser periódicamente revisados y actualizados por los Estados miembros, programar análisis y realizar una labor de supervisión son aspectos básicos para el sistema. De acuerdo con los resultados de la supervisión los Estados pueden modificar las zonas actualmente designadas como vulnerables, incrementando o reduciendo su superficie, y actualizando las medidas incluidas en los programas.

Todos los Estados deben informar cada 4 años a la Comisión Europea acerca del grado de aplicación de la Directiva. Los informes deben incluir un análisis completo del grado de implementación de los códigos y programas. Deben constatar los resultados de los análisis efectuados en las masas de agua y resumir las acciones que se han adoptado en las zonas vulnerables. La Comisión, a la vista de los informes, emitirá su resolución bien positiva o, eventualmente, requiriendo información adicional o imponiendo correcciones.

Siempre que la Comisión detecte que un Estado está incumpliendo sus deberes de cumplimiento de la Directiva puede llevar el caso ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Si el Estado resulta responsable, el Tribunal podrá ordenar la reposición de la situación vulnerada, así como, en caso de desobediencia, imponer sanciones económicas al Estado.[19]

5. ESTRATEGIAS ADICIONALES CONFORME A LA DIRECTIVA 2006/118/CE RELATIVA A LA

[19] Los procedimientos frente al incumplimiento de los Estados de los objetivos vienen establecidos en los artículos 258-260 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007). Sobre el particular, Craig, P. The Lisbon Treaty, law, politics and Treaty reform, Oxford University Press, 2010, p. 124 et seq.

PROTECCIÓN DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS CONTRA LA CONTAMINACIÓN Y EL DETERIORO

5.1. Identificación de valores umbral

Teniendo en cuenta que la DMA establece el principio del buen estado ecológico del agua, la Directiva 2006/118/CE de 12 de diciembre, de protección de las aguas subterráneas obliga a los Estados miembros a evaluar los riesgos actuales, presiones e impactos, sobre las aguas subterráneas. Los Estados deben establecer sus propios estándares de calidad (valores umbral) para cada una de las sustancias identificadas en el Anexo II de la Directiva.

El objetivo es identificar con claridad las masas de agua subterráneas en riesgo de no alcanzar el buen estado ecológico que demanda la DMA. Todas las masas de agua deben ser clasificadas como de buena o mala calidad, debiendo las autoridades hidráulicas de actuar directamente para resolver los problemas de calidad.

5.2. Identificación de tendencias y reversión de riesgos

La contaminación del agua subterránea es el resultado de una tendencia creciente de introducción de sustancias nocivas en el medio. Por ello, una vez una masa de agua subterránea es clasificada como masa en riesgo de no alcanzar el buen estado ecológico, y una vez las presiones han sido identificadas, la Directiva impone a las autoridades realizar actuaciones para revertir la situación.

En particular, cualquier tendencia sostenida eventualmente conducente al incumplimiento de los objetivos de calidad exigibles debe ser revertida. Se considera que estamos ante dicha tendencia cuando cuando se alcanza el 75% de los valores máximos de contaminación admitidos por la normativa europea para las masas de agua.

Las acciones dirigidas a revertir la entrada de contaminantes en las masas de agua subterránea deben ser desarrolladas a través de los programas de medidas contemplados en la DMA. Aquí se observa de nuevo la íntima conexión de las directivas del agua con relación a la DMA, que conforma el marco común de actuación. También deberán incluirse medidas en otros planes y programas que se deriven de la aplicación de otras directivas. En relación con la contaminación por nitratos y fosfatos, las exigencias de la Directiva de aguas subterráneas deberán incluirse en los códigos de buenas prácticas agrarias y los programas de actuación previstos en la Directiva nitratos.

La Directiva permite excepcionar el cumplimiento de los valores umbral de acuerdo con las circunstancias concurrentes.

5.3. Estrategias para limitar la entrada de contaminantes

La Directiva para la protección de las aguas subterráneas, como la legislación precedente, prohíbe introducir sustancias peligrosas en el medio, tales como los pesticidas. Respecto a los nitratos y fosfatos, que no están obviamente clasificados como sustancias peligrosas, sólo autoriza a las autoridades competentes a establecer criterios basados en las mejores prácticas ambientales y en las mejores tecnologías disponibles.

Además, el artículo 6.2 de la Directiva claramente establece que: "*siempre que sea técnicamente posible, se tendrán en cuenta las entradas de contaminantes procedentes de fuentes de contaminación difusas que tengan un impacto en el estado químico de las aguas subterráneas".* Esta aproximación no es suficientemente ambiciosa, toda vez que apelar a condiciones técnicas es ciertamente insuficiente. Reducir las descargas de nutrientes es en la mayor parte de los casos perfectamente posible, aunque en ocasiones es bastante caro. Por tanto, este marco legal en realidad deja la puerta abierta a numerosas excepciones y es poco beligerante contra estas prácticas.

II. APLICACIÓN EFECTIVA DE LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LAS MASAS DE AGUA FRENTE A LA CONTAMINACIÓN DIFUSA. EL CASO DE ESPAÑA

Disponer de un buen marco legal es ciertamente fundamental para alcanzar objetivos ambientales. Sin embargo, casi tan importante es que dichos esquemas legales lleven en la práctica a ejecutar acciones reales y efectivas. La calidad del agua se ha elevado significativamente en Europa en los últimos años, si bien el control de la contaminación difusa está todavía lejos de contribuir significativamente a este objetivo.

El marco legislativo europeo incluye obligaciones vinculantes para los Estados. La normativa es básicamente correcta y suficiente, sin embargo, las directivas relacionadas con el agua no suelen especificar los procedimientos y sanciones que los Estados deben imponer a los ciudadanos para asegurar el cumplimiento de los estándares legales. En otras palabras, no determinan las medidas de ejecución y la respuesta de los Estados frente a los incumplimientos de agricultores,

comunidades de regantes, y el resto de actores relevantes.

Merece la pena recordar que las Directivas establecen objetivos pero dejan a los Estados libertad para especificar el marco legal, designar a las autoridades competentes, los procedimientos, las medidas de ejecución y sanción, etc. Cada Estado puede decidir de acuerdo a los esquemas de su propio ordenamiento interno cómo se alcanzarán dichos fines. En Estados fuertemente descentralizados como España no siempre es fácil cumplir con estas exigencias en tanto en cuanto autoridades regionales o locales son las obligadas en muchos casos a implementar las políticas europeas.

Realizar una valoración sobre el grado de cumplimiento efectivo de las Directivas relacionadas con la contaminación difusa procedente de prácticas agrícolas es tarea muy compleja. Las situaciones y resultados varían de manera importante no sólo entre Estados, sino entre las diferentes regiones dentro de cada Estado miembro.

Análisis recientes muestran que las concentraciones de nitratos en las masas de agua no son suficientemente satisfactorias. La Comisión Europea elevó al Consejo y al Parlamento Europeo un informe para el periodo 2000-2003 en el que se mostraba que 7 de los 15 Estados miembros obligados a cumplir estas Directivas (los 10 Estados incorporados más recientemente no están obligados en las mismas condiciones) habían sido objeto de procedimientos de incumplimiento por insuficiente designación de zonas vulnerables o por la no conformidad de sus programas de actuación.[20]

El último periodo evaluado (2004-2007) dio lugar a un documento de trabajo elaborado por la Comisión con los resultados siguientes: los datos muestran que las mayores concentraciones de nutrientes tanto en aguas superficiales como subterráneas afectan fundamentalmente a Gran Bretaña, Países Bajos y Bélgica, aunque están también presentes en numerosas demarcaciones europeas. Las aguas subterráneas son con mucho las más afectadas por este problema.[21]

En conclusión, podemos afirmar que las políticas conducentes al cumplimiento efectivo de las Directivas en relación con la contaminación por nitratos no son totalmente satisfactorias. Para ejemplificar esta aseveración, conviene centrarnos en el estudio de un caso: España.

---

[20] Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la aplicación de la Directiva del Consejo 91/676/CE, relativa a la protección de las aguas frente a la contaminación causada por nitratos procedentes de fuentes agrarias para el periodo 2000-2003 [COM(2007)120]. Disponible en: http://ec.europa.eu/environment/water/water-nitrates/index_en.html

[21] Vease, el document de trabajo de la Comisión Europea sobre la ejecución de la Directiva 91/676/CE. {COM(2010) 47 final/2}. Disponible en: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0047:FIN:EN:PDF

España tiene 17 demarcaciones hidrográficas de las que 6 tienen carácter internacional, compartidas con Francia y sobre todo Portugal. Las responsabilidades en la ejecución de políticas hidráulicas y ambientales son compartidas entre el Estado central y las Regiones autónomas. Estas últimas tienen plenas competencias en aquellas demarcaciones en las que las aguas discurren exclusivamente por la Región. Sin embargo, aun cuando las Regiones tienen un papel importante en la gestión y protección del agua, el único sujeto político responsable frente a la Unión Europea es el Estado.

Desde el año 1924 España gestiona el agua a nivel de cuencas hidrográficas unitarias al frente de las cuales están las Confederaciones Hidrográficas, entes estatales autónomos con funciones exclusivas en el manejo del agua. Colaboran con estas instituciones numeras Comunidades de Regantes y Usuarios, a las que la Ley confiere naturaleza de Administraciones corporativas. El modelo es altamente participativo. Las autoridades de la demarcación están integradas por representantes de los usuarios, comunidades de regantes, y administraciones públicas territoriales. La planificación hidrológica de cuenca fue aprobada en 1998, y la de ámbito nacional en 2001. La primera está actualmente en proceso de revisión.

La Ley de Aguas de España fue aprobada en 1985 y ha sido modificada en varias ocasiones. La Directiva marco así como el resto de Directivas del agua han obligado a realizar estos cambios, si bien hay que indicar que muchos de los principios incluidos en la Directiva marco son propios del Derecho español desde hace muchos años. El Derecho europeo, sin embargo, ha permitido avanzar significativamente sobre todo en aspectos relacionados con la calidad de las aguas.

Un actor relevante en la gestión del agua en España son las Comunidades de regantes. Estas instituciones, algunas de las cuales han contribuido a gestionar la distribución del agua desde hace siglos, ostentan derechos sobre el agua y están autorizadas para distribuir el agua a sus miembros. Estas entidades asociativas son plenamente participativas y disponen en ocasiones de estatutos muy antiguos que siguen vigentes. El valor de la tradición es muy importante y ayuda a gestionar de manera más eficiente las aguas conforme al saber acumulado.

De acuerdo con la legislación española todo agente contaminador debe obtener una autorización administrativa para poder verter agua contaminada al medio, con independencia de si se trata de masas de agua superficial o subterránea. No obstante, las descargas directas de contaminantes en las aguas subterráneas están prohibidas. Para obtener permisos de vertido el contaminador debe probar que las sustancias emitidas cumplen dos condiciones básicas.

En primer término, el efluente debe cumplir con los parámetros y estándares cualitativos establecidos en el Real Decreto 849/1986 de 11 de abril (modificado por el Real Decreto 9/2008 de 11 de enero). Se trata de estándares numéricos en un listado de parámetros biológicos y químico. En segundo lugar, debe demostrar que el vertido no provocará que la masa de agua incumpla los parámetros cualitativos que la planificación hidrológica ha establecido como mínimos para la misma.

Todo lo anterior, sin embargo, es sólo aplicable a los vertidos directos (industriales, urbanos, etc). Es decir, vertidos perfectamente localizados en un punto concreto. En lo referente a los vertidos difusos, yen particular los producidos por la actividad agrícola a través de la introducción de fertilizantes en la irrigación, las autoridades hidráulicas sólo disponen de poderes indirectos. De acuerdo con la DMA, la autoridad de demarcación debe velar porque se alcance el buen estado ecológico de todas las masas de agua. Para ello se concretarán las actuaciones en la planificación hidrológica y en los programas de medidas. Sin embargo, frente al vertido difuso estas autoridades no están habilitadas legalmente para intervenir, debiendo notificar a las autoridades responsables la existencia de actividades de este tipo que pudieran poner en riesgo alcanzar dicho estándar de la DMA.

El título competencial aplicable al control de los regadíos es tanto política agrícola como protección del medio ambiente. Ambas políticas corresponden a las Regiones. De ahí la necesidad de una adecuada coordinación entre la autoridad de aguas, que debe informar sobre las situaciones que ponen en riesgo los objetivos de la DMA y las autoridades regionales, encargadas de aplicar la normativa específica sobre protección de zonas vulnerables y ordenar en términos generales la actividad agrícola, conforme a la Directiva nitratos.

En consecuencia, el mayor problema en España es asegurar que las Regiones cumplen adecuadamente con sus deberes en materia de protección ambiental y gestión agraria, sin que las autoridades estatales competentes en materia de gestión del agua tengan instrumentos efectivos para exigir su cumplimiento. Los posibles conflictos entre ambas instituciones derivarán en contenciosos judiciales que desde luego resultan muy poco operativos para desarrollar políticas activas de protección de las aguas.

CONCLUSIONES

Las fuentes de contaminación difusa de las aguas, tales como la introducción de nutrientes

mediante actividades de irrigación agrícola (uso de fertilizantes: nitratos y fosfatos) es la principal causa de contaminación de las aguas en muchos países, incluidos algunos Estados miembros de la Comunidad Europea (Gran Bretaña, Bélgica, Países Bajos, etc). Probablemente es la mayor amenaza actual para la protección de la calidad ambiental de las masas de agua, y probablemente una de las más difíciles de abordar en términos jurídicos.

En algunos países, como ocurre en los Estados Unidos, la respuesta ante estos retos se produce a través de medidas no vinculantes, apoyos económicos a la agricultura sostenible, mecanismos de subsidiación cruzada entre actividades, etc. Como regla general, los países no sujetan la contaminación difusa a autorizaciones de vertido como sí hacen frente a los vertidos directos. Esta situación conduce a una menor regulación de este problema y pobres resultados. En los países de la Unión Europea se ha optado por instrumentos de intervención vinculantes (programas de actuación, declaración de zonas vulnerables, etc), sin embargo, los resultados tampoco son del todo satisfactorios por problemas de implementación.

En realidad, el principal problema que se presenta al abordar el control de las fuentes de contaminación difusa no es tanto el marco jurídico sino su aplicación efectiva. La imposición de restricciones al uso de fertilizantes puede derivar en serios problemas de pérdida de competitividad, productividad, alza de precios, etc. Se enfrentan además a la oposición directa de los agricultores, que además están a menudo fuertemente movilizados en asociaciones estructuradas y muy reivindicativas a modo de lobbies.

Como resultado, las autoridades competentes suelen ser muy tolerantes con los incumplimientos y huyen de aplicar mecanismos de carácter sancionador y restrictivo. Esto es especialmente visible en los niveles regional y local, que son precisamente en los países descentralizados como España los directamente responsables para implementar las políticas.

Se observa finalmente un bajo nivel de coordinación entre las diferentes Directivas del agua, así como entre las autoridades estatales y regionales responsables para su implementación. Así, si bien la DMA establece como objetivo irrenunciable la consecución del buen estado ecológico de las aguas, y las autoridades nacionales deben alcanzarlo, los vertidos difusos procedentes de la agricultura, sujetos a la regulación de la Directiva nitratos, son controlados por las autoridades regionales. Sin controlar adecuadamente este tipo de vertidos difícilmente se podrá alcanzar el objetivo de la DMA. Por ello, mayores esfuerzos de coordinación y ejecución efectiva de las respectivas políticas serían deseables.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRIAN, J. **"Agriculture and European Union environmental law",** Journal of Environmental Law, nº 22:3.

_____. **Commission working document**: "State of application of regulation (EEC) no. 2078/92: evaluation of agri-environment programs", (1998).

Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, caso: C-232/97 ***Nederhoff v Dijkgraf en Hoogheemraden van het Hoogheemraadschap Rijnland*** [1999] ECR I-6385.

Lee, M. **"Law and governance of water protection policy**", en Scott, J, (ed.) Environmental Protection: European Law and Governance, 2009.

JANS, J.H., and Vedder, H.B. **European environmental law**, cit, p. 395.

LOUKA, E. **Water law and policy**. Governance without frontiers. Oxford University Press, 2008.

_____. **Comisión Europea sobre la ejecución de la Directiva** 91/676/CE. {COM(2010) 47 final/2}. Disponible en: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0047:FIN:EN:PDF. Acesso em 20.10.14.

AGROTÓXICOS E SEUS IMPACTOS SOCIOAMBIENTAIS: UMA ANÁLISE DO CONTEXTO BRASILEIRO

Andrés Molina Giménez[1]

Marcelo Buzaglo Dantas[2]

Rafaela Borgo Koch[3]

INTRODUÇÃO

O uso de agrotóxicos no agronegócio constitui, hoje, uma problemática no contexto socioambiental brasileiro, haja vista os impactos decorrentes da ampla utilização de tais substâncias.

A presente pesquisa discorre acerca da forma através da qual os agroquímicos surgiram e se difundiram, alcançando definição e finalidade dos mesmos, além de proceder com a investigação dos altos índices destas substâncias tóxicas nas lavouras brasileiras.

O estudo se direciona, por conseguinte, à análise dos prejuízos causados pelo uso dos agrotóxicos no contexto ambiental e social, atingindo a vida humana nas mais variadas formas, representando, assim, objeto de tangível preocupação das políticas públicas e do Direito Ambiental.

Discorre-se, ademais, ainda que com brevidade, acerca dos organismos geneticamente modificados, retratando sua relação com o uso de substâncias agrotóxicas.

Para a elaboração e desenvolvimento deste estudo empregou-se o método indutivo, sendo operacionalizado através das técnicas do referente e da pesquisa bibliográfica dos conceitos

[1] Profesor titular de Derecho Administrativo. Universidad de Alicante. Secretario del Instituto Universitario del Agua y de las Ciencias Ambientales de la Universidad de Alicante. Ex Letrado Asesor del Sindic de Greuges de la Comunidad Valenciana (Ombudsman Regional). Visiting scholar en las Universidades de Harvard, Pace Law School, y Padova.

[2] Advogado. Mestre e Doutor em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP. *Visiting Scholar* do Environmental Law Program da Pace University School of Law (White Plains/NY). Pós-Doutorando em Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade pela UNIVALI/SC (Bolsista CAPES). Professor dos Cursos de Pós-Graduação em Direito Ambiental da PUC-SP, PUC-RJ, UNISINOS, UNIVALI e CESUSC.

[3] Doutoranda do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ – UNIVALI. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e Especialista em Direito Processual Civil pela mesma instituição. Professora da Graduação nos cursos de Direito e de Gastronomia na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Advogada. E-mail: rafaelabkoch@univali.br.

operacionais.

1. A DIFUSÃO DAS SUBSTÂNCIAS AGROTÓXICAS E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Os agrotóxicos, substâncias químicas utilizadas pela agricultura no combate às pragas e que visam o aumento da produtividade de culturas[4], surgiram há longos anos e com diversas finalidades, embora seu uso na lavoura tenha origem mais recente.

Seu surgimento, datado da Antiguidade Clássica, se propagou exponencialmente no contexto bélico[5], sendo utilizadas como armas químicas e, posteriormente direcionadas à agricultura, cuja comercialização se deu com a finalidade de promover o aumento da produtividade agrícola[6].

A denominada "Revolução Verde", datada dos anos 50, período pós-Segunda Guerra Mundial, representou uma possibilidade de aumentar a produção agrícola no mundo por meio de melhorias genéticas em sementes e o correspondente uso de insumos industriais com o objetivo de eliminar a fome mundial.[7]

A FAO (órgão das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura) e o Banco Mundial promoveram fortemente o pacote tecnológico da Revolução Verde, defendendo a premissa de que a mesma era instrumento fundamental na luta contra a fome que assolava boa parte da população mundial em decorrência dos estragos causados pela guerra.[8]

No contexto brasileiro, outrora denominados fertilizantes ou defensivos agrícolas, após o advento da Lei n. 7.802/89 os agrotóxicos receberam a presente nomenclatura no ordenamento jurídico pátrio, utilizada até os dias atuais para representar os compostos resultantes de processos físicos, químicos ou biológicos, que se destinam ao uso nos setores de produção, no armazenamento e beneficiamento de produtos agrícolas, nas pastagens, na proteção de florestas, nativas ou implantadas, e de outros ecossistemas, com a finalidade de alterar a composição de flora e fauna, a fim de preservá-la da ação danosa de seres vivos considerados nocivos[9].

---

[4] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1061
[5] CARSON, Rachel. **Primavera silenciosa**. 2.ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1962. p. 27.
[6] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 14 ed. rev. ampl. e atual. em face da Rio+20 e do novo "Código" Florestal. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 426.
[7] TENDLER, Silvio. **O veneno está na mesa**. Documentário da Campanha Permanente Contra os Agrotóxicos e Pela Vida. Acesso em 07 de outubro de 2015. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=8RVAgD44AGg.
[8] LONDRES, Flávia. **Agrotóxicos no Brasil:** um guia para ação em defesa da vida. p. 16-17.
[9] BRASIL. **Lei de Agrotóxicos**. Lei nº. 7.802, de 11 de julho de 1989.

Em verdade, ainda que inicialmente os agrotóxicos tenham sido disseminados com a premissa de promoverem a proteção do ambiente, evitando perdas na produção de alimentos, sua utilização provoca a contaminação dos alimentos produzidos, "prejudicando a qualidade de vida dos consumidores, que poderão ser afetados física e mentalmente. Ou seja, a forma de utilização dos agrotóxicos condiciona os riscos de danos ao ambiente e à saúde". [10]

Assim, embora a introdução de agroquímicos na agricultura seja recente, datada de pouco mais de cinquenta anos, seu uso intenso e reiterado provoca um número bastante expressivo de prejuízos ambientais e sociais.[11]

Carson[12] já apontava os problemas decorrentes do uso de agrotóxicos em sua obra Primavera Silenciosa, datada de 1962, ressaltando que o ser humano submete o uso de substâncias químicas venenosas, biologicamente potentes, àqueles que não estão qualificados para lidar com as mesmas, além de destinar quantidades enormes de pessoas ao contato destes tóxicos, sem que detenham qualquer conhecimento a respeito.

Neste contexto, Carson[13] assevera:

> A partir de meados de 1940, mais de 200 substâncias químicas, de ordem básica, foram criadas, para uso na matança de insetos, de ervas daninhas, de roedores e de outros organismos que, no linguajar moderno, se descrevem como sendo 'pestes', ou 'pragas'; e elas são vendidas sob vários milhares de denominações diferentes de marcas. Estes borrifos, estes pós, estes aerossóis são agora aplicados quase universalmente em fazendas, em jardins, em florestas, em residências; são substâncias químicas não-seletivas, que têm poder para matar toda espécie de insetos – tanto os 'bons' como os 'maus'; têm poder para silenciar o canto dos pássaros e para deter o pulo dos peixes nas correntezas; para revestir as folhas das plantas com uma película mortal, e para perdurar, embebidas no solo. Tudo isto, de uma só vez, ainda que o objetivo desejado seja apenas a eliminação de umas poucas ervas, ou uns poucos insetos. Pode alguém acreditar que seja possível semelhante barragem de venenos, sobre a superfície da Terra, sem a tornar inadequada para a vida toda? Tais substâncias não deveriam ser denominadas 'inseticidas', e sim 'biocidas'.

Desta forma, ainda que referidas substâncias sempre tenham provocado danos, sua crescente utilização nas lavouras, resultado do avanço das técnicas do agronegócio, vem provocando, a cada dia, maiores e mais graves problemas de ordem ambiental e social, que vão desde a produção de alimentos e o comprometimento de sua qualidade até a interferência na saúde humana pela absorção destes agroquímicos através da exposição aos mesmos ou por meio

---

[10] GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito ambiental**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 224.
[11] LONDRES, Flávia. **Agrotóxicos no Brasil:** um guia para ação em defesa da vida. 1 ed. Rio de Janeiro: AS – PTA – Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa, 2011. p. 17.
[12] CARSON, Rachel. **Primavera silenciosa**. 2.ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1962. p. 22.
[13] CARSON, Rachel. **Primavera silenciosa**. 2.ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1962. p. 17.

do consumo de alimentos contaminados.[14]

2. OS AGROTÓXICOS NO CONTEXTO BRASILEIRO

Os avanços tecnológicos e a evolução do modelo agroquímico brasileiro fizeram com que o uso de sustâncias agrotóxicas crescesse consideravelmente no país nos últimos anos.

O uso de agrotóxicos tem sido considerado extremamente importante ao desenvolvimento das atividades nas lavouras, fazendo com que o Brasil, consequentemente, seja considerado o maior produtor agrícola e também o maior consumidor de produtos agrotóxicos no mundo.[15]

O Brasil apresenta, nos diais atuais, o registro de mais de quatrocentos tipos de agrotóxicos, entre inseticidas, fungicidas e herbicidas.[16]

Consequentemente, registros apontam que o brasileiro consome cerca de cinco litros de agrotóxicos por ano, quantidade absolutamente superior à permitida pelos organismos de saúde mundiais, visto que seu consumo contínuo provoca, dentre outras doenças, o surgimento de diversos tipos de câncer.[17]

Por esta razão, o panorama atual representa preocupação ao Direito Ambiental e às políticas públicas, visto que o Brasil corresponde a uma das nações mais atrasadas no controle de agrotóxicos, sendo que, dentre os 50 produtos químicos mais aplicados na agricultura, 22 deles são proibidos pelos Estados Unidos e pela União Europeia, embora permaneçam sendo utilizados ampla e descontroladamente no território brasileiro, inobservados os riscos que oferecem à saúde humana.[18]

Ressalte-se, ademais, o incentivo fiscal que o governo brasileiro concede à comercialização dos agrotóxicos, por meio da concessão de isenções fiscais e tributárias. Através do Convênio ICMS 100/97, o governo federal concede a redução de 60% (sessenta por cento) da alíquota de cobrança do ICMS (Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação) a todos os agrotóxicos, sendo que a última prorrogação deste Convênio (ICMS 191/13) estendeu o benefício até 31 de

---

[14] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1060.
[15] BRASIL. **Ministério do Meio Ambiente.** Disponível em: http://www.mma.gov.br/seguranca-quimica/agrotoxicos
[16] TENDLER, Silvio. **O veneno está na mesa**. Documentário da Campanha Permanente Contra os Agrotóxicos e Pela Vida. Acesso em 07 de outubro de 2015. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=8RVAgD44AGg.
[17] SIRVINSKAS, Luis Paulo. **Manual de direito ambiental**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 503.
[18] SIRVINSKAS, Luis Paulo. **Manual de direito ambiental**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 503.

maio de 2015.[19]

Por razões como estas, na última década o uso de agrotóxicos no Brasil assumiu proporções assustadoras, com a ampliação de seu consumo ultrapassando a marca de um milhão de toneladas de agroquímicos. O Brasil tem se tornado, assim, o principal destino de produtos banidos no exterior, utilizando-se em lavouras brasileiras ao menos dez produtos proibidos nos Estados Unidos, China e União Europeia.[20]

Em assim sendo, o contexto das substâncias agrotóxicas no Brasil é, de fato, alarmante, posto que da utilização das mesmas decorre uma série de impactos de ordem ambiental e social, com o consequente comprometimento do meio ambiente e da saúde humana.

3. OS AGROQUÍMICOS E OS IMPACTOS PROVOCADOS NA SEARA AMBIENTAL

A incidência de substâncias agrotóxicas no meio ambiente provoca a poluição de praticamente toda a biota, refletindo-se na água, no solo e no ar atmosférico.[21]

Uma vez inseridos no meio ambiente, os agrotóxicos apresentam comportamento bastante singular, detendo enorme potencial de atingir o solo e as águas, especialmente em virtude da ação dos ventos e das chuvas, que promovem a deriva, a lavagem das folhas tratadas, a lixiviação e a erosão.[22]

Por tal razão, a avaliação do comportamento de um agrotóxico após sua aplicação se torna mais complexa, levando-se em consideração a influência dos agentes que provocam seu deslocamento físico, bem como as transformações químicas e biológicas por ele sofridas, que têm o poder de modificar suas propriedades e influenciar seu comportamento, formando, inclusive, subprodutos com propriedades distintas do produto inicial e cujas consequências são igualmente diversas.[23]

Assim, os impactos ambientais decorrentes das substâncias agrotóxicas se refletem no solo, subsolo e lençóis freáticos, contaminando e comprometendo fauna e flora aquáticas, além de

---

[19] BRASIL. **Ministério da Fazenda.** Disponível em: http://www1.fazenda.gov.br/confaz/convenios/ icms/1997/CV100_97.htm

[20] LONDRES, Flávia. **Agrotóxicos no Brasil:** um guia para ação em defesa da vida. 1 ed. Rio de Janeiro: AS – PTA – Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa, 2011. p. 19.

[21] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 14 ed. rev. ampl. e atual. em face da Rio+20 e do novo "Código" Florestal. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 426-427.

[22] BRASIL. **Ministério do Meio Ambiente**. Disponível em: http://www.mma.gov.br/seguranca-quimica/agrotoxicos

[23] BRASIL. **Ministério do Meio Ambiente**. Disponível em: http://www.mma.gov.br/seguranca-quimica/agrotoxicos

afetar as águas captadas com a finalidade de abastecimento das comunidades.[24]

Nesse contexto, o uso de fertilizantes químicos pode causar acidificação dos solos, diminuindo seu pH e comprometendo a cultura de determinados vegetais. A eutrofização das águas, a seu turno, provoca a proliferação desmedida de nutrientes, causando a reprodução excessiva de organismos como algas, acarretando outros danos à fauna aquática e ao meio ambiente.[25]

Outro severo impacto ambiental verificado pelo uso de agroquímicos são as águas potáveis contaminadas, que, uma vez distribuídas, representam absoluto prejuízo ao meio ambiente e, via de consequência, à saúde humana. E, lamentavelmente, a política adotada pelo Ministério da Saúde brasileiro para efetuar o controle da quantidade de água a ser consumida pela população se baseia no estabelecimento de limites "aceitáveis" de resíduos, o que faz com que, inevitavelmente, a população consuma água com resíduos tóxicos.[26]

Pode-se apontar, a esse respeito, estudo realizado pela Universidade Federal do Ceará no ano de 2009 que evidenciou a presença de agrotóxicos na água na região da Chapada do Apodi. À época, foram coletadas vinte e quatro amostras em torneiras e caixas d'água públicas e residenciais, nos canais que abastecem as comunidades e em poços profundos, e tais amostras, ao serem analisadas em laboratórios da Universidade Federal de Minas Gerais, apresentaram resquícios de substâncias agrotóxicas. Nas caixas d'água públicas, em que a água já se encontrava armazenada para ser canalizada para a residência, foram encontrados ao menos cinco tipos de agroquímicos diferentes, sendo que, em uma delas, havia oito tipos, e em alguns pontos de coleta foram detectados mais de doze agrotóxicos diferentes na mesma amostra de água.[27]

Vaz[28] assim discorre acerca dos impactos ambientais decorrentes do uso de agrotóxicos:

> É paradoxal que a agricultura, atividade em que o consumo de água é fundamental – a irrigação representa 73% do consumo mundial de água -, constitua também a maior fonte de contaminação dos recursos hídricos. Esta, todavia, é a mais pura realidade. A atividade agrícola, a industrialização e o processo de urbanização são as principais causas de poluição das águas. Sinteticamente, podemos

[24] CHIUVITE, Telma Bartholomeu Silva. **Direito ambiental**. São Paulo: Barros, Fischer & Associados, 2010. p. 252.
[25] SIRVINSKAS, Luis Paulo. **Manual de direito ambiental**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 503.
[26] LONDRES, Flávia. **Agrotóxicos no Brasil:** um guia para ação em defesa da vida. 1 ed. Rio de Janeiro: AS – PTA – Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa, 2011. p. 60.
[27] LONDRES, Flávia. **Agrotóxicos no Brasil:** um guia para ação em defesa da vida. 1 ed. Rio de Janeiro: AS – PTA – Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa, 2011. p. 65.
[28] VAZ, Paulo Afonso Brum. **O Direito ambiental e os agrotóxicos:** responsabilidade civil, penal e administrativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 51.

> afirmar que a contaminação e a eutrofização são as principais agressões aos recursos hídricos em razão do uso de agrotóxicos.

Pode-se ressaltar, em relação aos impactos ambientais provocados pelos agrotóxicos, que os resíduos de tais substâncias permanecem no solo por longos anos, transferindo-se, inclusive, para a cultura seguinte[29].

Ademais, destaca Carson[30] que as substâncias agrotóxicas se disseminaram por todo o meio ambiente:

> Elas entraram e alojaram-se no corpo dos peixes, dos pássaros, dos répteis, dos animais domésticos e dos animais selvagens, e o fizeram tão universalmente, que os cientistas que efetuam experiências animais verificam que se torna quase impossível localizar exemplares que sejam de todo livres de semelhante contaminação.

A contaminação da fauna pelos agrotóxicos, então, acarreta absoluto prejuízo ao meio ambiente, em razão de que os pesticidas constituem elementos de controle de processos biológicos que afetam parte da cadeia alimentar e causam impacto sobre várias espécies da fauna, desde as populações de insetos polinizadores, indispensáveis à obtenção de culturas de vários alimentos, ao gado que, ao ingerir pastagens com resíduos de agrotóxicos, contamina sua carne, que posteriormente será consumida pelo ser humano.[31]

Mateo[32] destaca, neste sentido, que os pesticidas geram problemas graves na natureza e nos ecossistemas locais, destruindo insetos e plantas que alimentam outros seres, provocando impacto na cadeia alimentar. Estima-se que sua utilização provoca danos a mais de 200.000 espécies.

Dentre o universo de insetos destruídos, vários deles são necessários ao equilíbrio ecológico e à polinização, como é o caso da abelha. Seu desparecimento compromete, consequentemente, a produção alimentar em larga escala.[33]

Um caso emblemático ocorrido no Rio Paraíba do Sul, em Resende – RJ, demonstra o alcance dos problemas causados pelas substâncias agrotóxicas. Em 18 de novembro de 2008, um caminhão-tanque, a serviço de uma empresa de agrotóxicos, despejou, acidentalmente, 8 mil

---

[29] CARSON, Rachel. **Primavera silenciosa**. 2.ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1962. p. 25.
[30] CARSON, Rachel. **Primavera silenciosa**. 2.ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1962. p. 25.
[31] Esta paráfrase é uma tradução livre, realizada pela autora desta pesquisa, da seguinte obra: VALERIO, Emilio. **La legislación europea del medio ambiente:** su aplicación en España. 2. ed. Madrid: Editorial Colex, 1994. p. 282.
[32] Esta paráfrase é uma tradução livre, realizada pela autora desta pesquisa, da seguinte obra: MATEO, Ramón Martín. **Tratado de derecho ambiental**. Volumen II. Madrid: Editorial Trivium, 1992. p. 492.
[33] VAZ, Paulo Afonso Brum. **O direito ambiental e os agrotóxicos:** responsabilidade civil, penal e administrativa. p. 41.

litros de endossulfam nas águas do rio Paraitinga, afluente do Paraíba do Sul. O endossulfam é ingrediente ativo de inseticidas, formicidas e acaricidas altamente tóxicos, e se relaciona ao surgimento da genotoxicidade (que leva à malformação congênita de bebês), toxicidade reprodutiva, neurotoxicidade, imunotoxicidade e toxicidade endócrina ou hormonal, razão pela qual a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA determinou seu banimento do Brasil recentemente.

O derramamento desta substância absolutamente tóxica comprometeu o abastecimento de água de 700 mil pessoas, provocando, outrossim, a morte de milhares de toneladas de peixe – especialmente por ter ocorrido em época de piracema, quando então os cardumes sobem o rio para desovar -, fazendo com que, por consequência, mais de 20 mil pescadores restassem impedidos de trabalhar.[34]

A repercussão foi tamanha que a empresa responsável pelo derramamento foi interditada por mais de vinte dias, multada em R$ 33 milhões de reais e condenada, em janeiro de 2009, a pagar indenização no valor de um salário mínimo a cada pescador afetado pela proibição de pesca na bacia em decorrência da contaminação, representando a primeira vez em que impactos ambientais direcionados à pesca foram efetivamente considerados e reparados.[35]

4. IMPACTOS SOCIAIS DECORRENTES DO USO DE SUBSTÂNCIAS AGROTÓXICAS

Os impactos causados pelos agrotóxicos ao meio ambiente apresentam, com nitidez, absoluta conexão aos prejuízos observados no contexto social, representando uma problemática de cunho eminentemente socioambiental.

A saúde humana constitui um dos maiores problemas sociais oriundos da utilização de agroquímicos, especificamente nos indivíduos que estão expostos, no campo ou na indústria, ao contato direito com tais sustâncias.[36]

O caso do "Agente Laranja" representa grande impacto relacionado à utilização de agroquímicos e seu reflexo na saúde humana. Este herbicida desfolhante utilizado pelo exército

[34] LONDRES, Flávia. **Agrotóxicos no Brasil:** um guia para ação em defesa da vida. 1 ed. Rio de Janeiro: AS – PTA – Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa, 2011. p. 78.
[35] LONDRES, Flávia. **Agrotóxicos no Brasil:** um guia para ação em defesa da vida. 1 ed. Rio de Janeiro: AS – PTA – Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa, 2011. p. 79.
[36] LONDRES, Flávia. **Agrotóxicos no Brasil:** um guia para ação em defesa da vida. 1 ed. Rio de Janeiro: AS – PTA – Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa, 2011. p. 25.

norteamericano no Vietnã entre 1961 e 1971 foi criado objetivando salvaguardar a vida dos soldados americanos e aliados, desfolhando a densa vegetação vietnamita e, por conseguinte, diminuindo consideravelmente as possibilidades de uma emboscada.[37]

Após a guerra, no entanto, foram constatados numerosos casos de câncer em veteranos norteamericanos, cuja causa foi direcionada àquele desfolhante utilizado no período da Guerra do Vietnã[38].

Diante de tamanho impacto, foram movidas ações em desfavor da Monsanto e de outras empresas fabricantes de referidas substâncias, em virtude dos prejuízos causados à saúde dos soldados em contato com o Agente Laranja. Em conciliação realizada entre as partes, ditas empresas comprometeram-se a indenizar 180 milhões de dólares aos combatentes no Vietnã pelos motivos apontados.[39]

Entretanto, embora tenha havido a competente discussão judicial e realização de conciliação, o documentário O Veneno está na mesa, de Silvio Tendler[40], apresenta imagens do Vietnã, captadas em 2003, de crianças com deformidades corporais, dificuldade de locomoção e ausência de pernas e braços, representando, com clareza, o reflexo tardio dos efeitos do Agente Laranja na população, que, de forma inexorável, não são revertidos por qualquer soma em dinheiro.

A exposição do ser humano aos agrotóxicos pode se dar de diversas formas, desde seu processamento no meio industrial à sua aplicação nas lavouras, de modo que a ausência de controle adequado em seu manuseio acaba por comprometer ainda mais a saúde daqueles que trabalham na aplicação dos pesticidas.[41]

Os trabalhadores rurais, por esta razão, representam a parcela mais afetada pelo uso de agroquímicos, visto que os mesmos têm maior contato com estes produtos quando de sua aplicação nos campos. Ademais, em regiões em que o agronegócio é predominante, os moradores

---

[37] TENDLER, Silvio. **O veneno está na mesa**. Documentário da Campanha Permanente Contra os Agrotóxicos e Pela Vida. Acesso em 07 de outubro de 2015. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=8RVAgD44AGg.

[38] Esta paráfrase é uma tradução livre, realizada pela autora desta pesquisa, da seguinte obra: VALERIO, Emilio. **La legislación europea del medio ambiente:** su aplicación en España. 2. ed. Madrid: Editorial Colex, 1994.

[39] TENDLER, Silvio. **O veneno está na mesa**. Documentário da Campanha Permanente Contra os Agrotóxicos e Pela Vida. Acesso em 07 de outubro de 2015. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=8RVAgD44AGg.

[40] TENDLER, Silvio. **O veneno está na mesa**. Documentário da Campanha Permanente Contra os Agrotóxicos e Pela Vida. Acesso em 07 de outubro de 2015. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=8RVAgD44AGg

[41] ROCHA, Julio Cesar de Sá da. Direito ambiental, meio ambiente do trabalho rural e agrotóxicos. *In:* MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme. (Organizadores). **Direito ambiental:** direito ambiental internacional e temas atuais.Coleção doutrinas essenciais; v. 6. p. 1178.

constituem evidente grupo de risco, por estarem sujeitos aos efeitos causados pela aplicação de agrotóxicos por via aérea.[42]

Outrossim, trabalhadores de indústrias produtoras de agrotóxicos, bem como todos os participantes do processo de produção, transporte e comércio destas substâncias, fazem parte do grupo mais atingido pelos reflexos da utilização de agroquímicos, bem como, por conseguinte, os consumidores, que absorvem os resíduos de agrotóxicos presentes no produto final que consomem por longos anos, o que, inevitavelmente, causa severos danos à saúde[43].

A utilização indiscriminada de substâncias agrotóxicas, portanto, acaba por contaminar alimentos ingeridos pelo homem, comprometendo-lhes física e psiquicamente.[44]

Neste sentido, ressalte-se que, conforme relatório emitido pela ANVISA, um terço dos alimentos consumidos pelos brasileiros está contaminado pelos agrotóxicos.[45]

Rocha[46] destaca as sequelas causadas ao ser humano em virtude destas contaminações por agroquímicos, que são penetrados pelo organismo através da pele, das vias digestivas e pulmonares, apresentando quadros de intoxicação, lesões, distúrbios hormonais, danos ao aparelho reprodutor e mortes na lavoura.

Os agrotóxicos podem causar cegueira, malformação fetal, câncer, puberdade precoce, problemas respiratórios, disfunções renais, e tantos outros prejuízos causados à saúde humana, de acordo com dados provenientes de relatórios técnicos datados de 2014 e que acentuam os alertas propagados pela Organização Mundial da Saúde em anos anteriores.[47]

A intoxicação decorrente de agrotóxicos, assim, pode ser aguda quando apresentar sintomas com absoluta rapidez, em poucas horas após a exposição ao veneno, decorrente de exposição breve a altas doses de produtos com elevada toxicidade, causando dores de cabeça, náusea, vômitos, dificuldades respiratórias, fraqueza, tremores, cólicas abdominais, convulsões,

---

[42] FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de**. Curso de direito ambiental**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2013.

[43] LONDRES, Flávia. **Agrotóxicos no Brasil:** um guia para ação em defesa da vida. 1 ed. Rio de Janeiro: AS – PTA – Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa, 2011. p. 27.

[44] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 14 ed. rev. ampl. e atual. em face da Rio+20 e do novo "Código" Florestal. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 426.

[45] CARNEIRO, F. F. et. al. **Dossiê ABRASCO**: um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde. 1ª parte. Rio de Janeiro: ABRASCO, 2012. p. 23.

[46] ROCHA, Julio Cesar de Sá da. Direito ambiental, meio ambiente do trabalho rural e agrotóxicos. *In:* MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme. (Organizadores). **Direito ambiental:** direito ambiental internacional e temas atuais. p. 1178.

[47] SIRVINSKAS, Luis Paulo. **Manual de direito ambiental**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 504-503.

dentre outros.[48]

A intoxicação subaguda decorre da exposição moderada ou pequena a produtos com toxicidade média ou alta, apresentando efeitos, via de regra, em dias ou semanas após a exposição, cujos sintomas consistem em dores de cabeça, fraqueza, mal estar, dor de estômago, sonolência e outros.[49]

A intoxicação crônica, por fim, caracteriza-se pelo surgimento tardio, meses ou anos após a exposição pequena ou moderada a um ou vários produtos agrotóxicos, o que acaba por dificultar seu diagnóstico, sendo capaz de gerar, por tal motivo, danos irreversíveis. Por consequência, os sintomas são subjetivos, consistindo em perda de peso, fraqueza muscular, depressão, irritabilidade, insônia, anemia, dermatites, alterações hormonais, problemas imunológicos, infertilidade, abortos, malformação congênita, doenças do fígado e dos rins, doenças respiratórias, efeitos no desenvolvimento da criança, dentre outros.[50]

A nocividade de tais produtos tóxicos na saúde humana é tangível e crescente. Como exemplo do alcance da toxicidade destas substâncias destaca-se um estudo realizado pela Universidade Federal de Mato Groso – UFMT, na cidade de Lucas do Rio Verde – MT, principal produtor de grãos do país, em que se constatou presença de agrotóxicos no leite materno de 62 mulheres, dentre eles o DDT, substância proibida no Brasil há longos anos[51].

O reflexo destes agroquímicos é visualizado, inclusive, no alto índice de suicídios ocorridos por agricultores, guardando estreita relação à exposição a tais substâncias. Isto porque os agrotóxicos podem afetar o sistema nervoso central, provocando transtornos psiquiátricos como ansiedade, irritabilidade, insônia ou sono conturbado, depressão e, por vezes, faz a pessoa intoxicada acabar com a própria vida, inclusive bebendo o veneno usado na própria lavoura.[52]

Grande preocupação referente ao uso de agrotóxicos é, também, o crescimento do índice de pessoas com câncer, doença relacionada à utilização de tais produtos em virtude de sua

---

[48] LONDRES, Flávia. **Agrotóxicos no Brasil:** um guia para ação em defesa da vida. 1 ed. Rio de Janeiro: AS – PTA – Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa, 2011. p. 28.
[49] LONDRES, Flávia. **Agrotóxicos no Brasil:** um guia para ação em defesa da vida. 1 ed. Rio de Janeiro: AS – PTA – Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa, 2011. p. 28.
[50] LONDRES, Flávia. **Agrotóxicos no Brasil:** um guia para ação em defesa da vida. 1 ed. Rio de Janeiro: AS – PTA – Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa, 2011. p. 28.
[51] SIRVINSKAS, Luis Paulo. **Manual de direito ambiental**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 504-505.
[52] LONDRES, Flávia. **Agrotóxicos no Brasil:** um guia para ação em defesa da vida. 1 ed. Rio de Janeiro: AS – PTA – Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa, 2011. p. 52.

absorção através da alimentação, conforme dispõe Vaz:[53]

> A utilização ampla de agrotóxicos na lavoura tem gerado a contaminação de consumidores através da ingestão de seus resíduos contidos em alimentos. A presença de resíduos de agrotóxicos em alimentos (vegetais e animais) pode decorrer da contaminação do solo – a maioria dos agrotóxicos empregados, especialmente os herbicidas e os inseticidas, apresenta relativo grau de persistência, assim considerado o tempo necessário para que os resíduos desapareçam do local de aplicação – ou da aplicação direta do agrotóxico sobre as culturas.

No quadro de alimentos ingeridos pelo ser humano, conforme dados veiculados pela ANVISA, apresentam maiores índices de resíduos agrotóxicos o pimentão, o morango, o pepino, o alface, a cenoura e o abacaxi.[54]

A situação é alarmante em razão de que a forma de produção destes alimentos, em sua grande maioria, não observa o intervalo de segurança entre a aplicação do agrotóxico e a colheita, fazendo com que os alimentos sejam contaminados e seu consumo, *in natura*, faça com que a população acabe por ingerir muitas substâncias tóxicas.[55]

Uma forma de contaminação frequente e desconhecida da população em geral se direciona à nocividade dos inseticidas domésticos. Disponíveis nos supermercados sem restrições, estes inseticidas são utilizados nas residências diuturnamente sem qualquer preocupação, porém apresentam altos níveis de toxicidade por serem fabricados a partir dos princípios ativos dos agrotóxicos, com substâncias denominadas carbamatos, piretroides e organofosforados, que provocam efeitos negativos de toda ordem na saúde humana.[56]

Referidos inseticidas domésticos, denominados domissanitários, não dependem da aprovação de órgãos da agricultura e do meio ambiente, sendo aprovados e registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA e pelo Ministério da Saúde, deixando, por tal razão, de serem classificados como agrotóxicos. Isto ocorre porque a ANVISA apresenta comportamento bastante tolerante com o comércio destes produtos em virtude dos severos problemas de saneamento ambiental e proliferação de pragas urbanas no Brasil, permitindo, então, a comercialização destes domissanitários que, constantemente presentes nos lares

---

[53] VAZ, Paulo Afonso Brum. **O Direito ambiental e os agrotóxicos:** responsabilidade civil, penal e administrativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

[54] CUP ID. **Lista da ANVISA dos alimentos com maior nível de contaminação.** 01.10.2014. Disponível em: http://cupeid.com/lista-da-anvisa-dos-alimentos-com-maior-nivel-de-contaminacao/, acesso em 07 de outubro de 2015.

[55] TENDLER, Silvio. **O veneno está na mesa**. Documentário da Campanha Permanente Contra os Agrotóxicos e Pela Vida. Acesso em 07 de outubro de 2015. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=8RVAgD44AGg.

[56] LONDRES, Flávia. **Agrotóxicos no Brasil:** um guia para ação em defesa da vida. 1 ed. Rio de Janeiro: AS – PTA – Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa, 2011. p. 44-45.

brasileiros, podem provocar, potencialmente, uma série de doenças.[57]

Neste contexto, importante destacar que os riscos provocados à saúde humana em decorrência do extenso uso de agrotóxicos ainda são insuficientemente estudados, visto que o sistema de controle de qualidade dos alimentos consumidos pela população no Brasil é bastante precário, de acordo com Irigaray[58]:

> [...] plausível acreditar que grande parte da produção nacional apresenta níveis de toxicidade desaconselhados pela Organização Mundial de Saúde. O recente embargo à entrada da soja brasileira na China, a despeito de suas motivações econômicas, indica um abusivo emprego de substâncias que, além dos impactos sobre o solo e as coleções hídricas, podem causar danos aos consumidores, atingindo sobretudo as pessoas envolvidas na manipulação e aplicação dos pesticidas. Pesquisa efetuada pelo Programa de Vigilância da Saúde para Populações Expostas a Agrotóxico, desenvolvida pela Unicamp, estima de 7,5% dos agricultores apresentam sintomas de intoxicação por agrotóxicos. A pesquisa foi realizada no interior de São Paulo, onde a população recebe mais informações sobre os riscos, sendo razoável supor que esse percentual pode ser ainda maior em outras regiões do país, atingindo mais um milhão de agricultores.

Os prejuízos causados pelas substâncias agrotóxicas na saúde do homem, portanto, são inúmeros, e a legislação existente pouco faz no sentido de tentar reverter a situação atual.

A esse respeito, Fiorillo[59] ressalta que a legislação brasileira em vigor acaba por legitimar práticas agrícolas que não atendam à compatibilização entre desenvolvimento e manutenção de qualidade de vida, haja vista que o dispositivo legal não apresenta formas de viabilizar a disseminação de novas técnicas que venham a manter a produtividade sem inobservar a saúde humana e a qualidade de vida, seguindo os preceitos constitucionais.

Destaque-se, ademais, que os impactos sociais decorrentes do uso de agrotóxicos não se restringem à saúde humana, atingindo, com frequência, a infraestrutura das cidades.

Através das inovações técnicas do agronegócio, sob o pretexto de modernização dos campos, o monocultivo em extensas áreas acabou por expulsar o camponês da terra que cultivava, trocando homens por máquinas.[60]

Por consequência, o fortalecimento do domínio da grande lavoura empresarial-capitalista

---

[57] LONDRES, Flávia. **Agrotóxicos no Brasil:** um guia para ação em defesa da vida. 1 ed. Rio de Janeiro: AS – PTA – Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa, 2011. p. 45.

[58] IRIGARAY, Carlos Teodoro Hugueney. Controle de poluição. *In:* RIOS, Aurélio Virgílio Veiga Rios. (Org.). **O Direito e o desenvolvimento sustentável:** curso de direito ambiental. São Paulo: Peirópolis; Brasília, DF: IEB – Instituto Internacional de Educação do Brasil, 2005. p. 308.

[59] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 14 ed. rev. ampl. e atual. em face da Rio+20 e do novo "Código" Florestal. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 426.

[60] TENDLER, Silvio. **O veneno está na mesa**. Documentário da Campanha Permanente Contra os Agrotóxicos e Pela Vida. Acesso em 07 de outubro de 2015. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=8RVAgD44AGg.

acabou provocando o aumento da destruição das pequenas unidades de produção agrícola com base no trabalho familiar, aumentando, de fato, as migrações no sentido campo-cidade, refletindo, necessariamente, no crescimento da marginalidade em torno dos centros urbanos-industriais.[61]

Evidencia-se, assim, que os prejuízos socioambientais provocados pelo uso de agrotóxicos apresentam estreita relação entre si, representando severa problemática a ser solucionada por políticas públicas e alternativas capazes de diminuir tais impactos, sob pena do comprometimento das presentes e futuras gerações.

5. SUBSTÂNCIAS TRANSGÊNCIAS E OS AGROTÓXICOS

Ao tratar-se das substâncias agrotóxicas, é ínsito que se disponha acerca do uso dos transgênicos no agronegócio, ainda que com certa brevidade.

Os alimentos transgênicos datam de tempos recentes, tendo sido definidos por meio da Lei de Biossegurança – Lei n. 11.105/2005, que conceitua organismo geneticamente modificado como sendo aquele cujo material genético tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética.[62]

Estas sementes geneticamente modificadas, voltadas à agricultura, surgiram com o objetivo de solucionar os problemas existentes nas lavouras, inclusive com a premissa de diminuição de aplicação de agrotóxicos nas plantações.[63]

A transgenia na agricultura como tecnologia empregada em prol da inibição de substâncias agrotóxicas, contudo, não se vislumbrou adequada, visto que sua utilização ensejou a criação de agrotóxicos com formulações mais potentes e concentradas. Embora os transgênicos tenham favorecido o emprego de menos agrotóxicos, aqueles ainda utilizados apresentam nocividade absolutamente superior.[64]

Neste sentido, a crítica de Londres[65] é contundente ao constatar que as empresas que desenvolveram e atualmente comercializam sementes transgênicas são exatamente as mesmas

---

[61] CARRARO, Gilda. **Agrotóxico e meio ambiente:** uma proposta de ensino de ciências e de química. Porto Alegre: UFRS, 1997. p. 40.
[62] BRASIL. **Lei de Biossegurança**. Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005.
[63] LONDRES, Flávia. **Agrotóxicos no Brasil:** um guia para ação em defesa da vida. p. 21.
[64] VAZ, Paulo Afonso Brum. **O Direito Ambiental e os agrotóxicos:** responsabilidade civil, penal e administrativa. p. 56.
[65] LONDRES, Flávia. **Agrotóxicos no Brasil:** um guia para ação em defesa da vida. p. 69.

que fabricam e vendem agrotóxicos, retratando seu interesse em expandir seu próprio mercado por meio de tais substâncias.

Os organismos transgênicos representam, para o agronegócio, um modelo de produção que se baseia na artificialização da natureza, através da fabricação de plantas inseticidas, plantas de uso associado a herbicidas, que demandam alta quantidade de insumos externos e venenos e, por tal razão, acabam por provocar aumento na utilização de substâncias agrotóxicas ou a utilização das mesmas em sua versão mais nociva, provocando desequilíbrio ambiental ante ao surgimento de novas pragas, que exigem a aplicação de novos venenos, que tornam as pragas mais resistentes, que levam ao uso de venenos mais fortes, e assim por diante.[66]

Como exemplo, Londres[67] menciona a soja *Roundup Ready*, tolerante ao glifosato, herbicida de "amplo espectro", ou seja, "mata tudo". Referida soja transgênica desenvolveu-se com a premissa de tolerar aplicações do glifosato, de modo que este, ao ser pulverizado na lavoura, mata todas as espécies de mato, exceto esta soja.[68]

A facilidade de manejo decorrente deste tipo de produção provoca expectativas em muitos agricultores, incitando-os a utilizarem tais artifícios. Entretanto, a tolerância ao glifosato enseja maior consumo de agroquímicos. Referida substância representa, no Brasil, aproximadamente 40% (quarenta por cento) do consumo de agrotóxicos.[69]

Ressalte-se que em decorrência do uso de tal produto, diversas espécies de mato vêm desenvolvendo resistência, fator que se apresenta sempre que determinado princípio ativo é utilizado reiteradamente, em sucessivas safras, na mesma plantação, exigindo maior quantidade de aplicação deste e de outros agrotóxicos que são promovidos como solução ao controle das plantas indesejadas.[70]

Depreende-se, em virtude de todos estes fatores, que os transgênicos representam riscos ao meio ambiente. Resistentes às substâncias agrotóxicos, seu uso contínuo estimula a resistência de ervas daninhas e insetos, levando o agricultor a aumentar a dose de agrotóxicos a cada ano, atingindo patamares muito altos no país.[71]

---

[66] LONDRES, Flávia. **Agrotóxicos no Brasil:** um guia para ação em defesa da vida. p. 70.
[67] LONDRES, Flávia. **Agrotóxicos no Brasil:** um guia para ação em defesa da vida. p. 70.
[68] LONDRES, Flávia. **Agrotóxicos no Brasil:** um guia para ação em defesa da vida. p. 70.
[69] CARNEIRO, F. F. et. al. **Dossiê ABRASCO**: um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde. 1ª parte. p. 52.
[70] LONDRES, Flávia. **Agrotóxicos no Brasil:** um guia para ação em defesa da vida. p. 70.
[71] GREENPEACE. **Transgênicos:** perigo para agricultura e a biodiversidade. Disponível em: http://www.greenpeace.org/brasil/pt/O-que-fazemos/Transgenicos/, acesso em 07 de outubro de 2015.

As tecnologias destes organismos geneticamente modificados favorecem as indústrias interessadas, que aumentam seus lucros dia a dia, criando uma dependência dos agricultores em relação a tais insumos, vinculando-os a este mecanismo. Tal fato se dá em virtude de que o agricultor dificilmente conseguirá crédito suficiente para financiar sua safra sem fazer uso das substâncias transgênicas e demais pesticidas, fazendo crescer ainda mais este mercado em franca expansão e trazendo prejuízos à biodiversidade e ao meio ambiente.[72]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa analisou a incidência dos agrotóxicos no modelo de agronegócio atual e sua problemática no contexto socioambiental brasileiro, elucidando-se a forma de utilização destas substâncias químicas no Brasil e os impactos delas decorrentes, ambiental e socialmente, bem como sua relação com os organismos geneticamente modificados.

Depreende-se, por meio dos impactos ambientais e sociais decorrentes do uso de substâncias agrotóxicas, que o comprometimento do meio ambiente se torna, numerosas vezes, irreversível, apresentando reflexos igualmente nocivos à saúde humana.

Em assim ocorrendo, é evidenciada a necessidade da criação e aplicação de instrumentos capazes de promover uma mudança estrutural de paradigma no contexto do agronegócio brasileiro, visando salvaguardar o meio ambiente e a saúde do indivíduo.

Para tanto, instrumentos alternativos tomam corpo na busca pela mitigação dos agrotóxicos, intentando o equilíbrio ambiental necessário à preservação das presentes e futuras gerações.

Neste contexto, o Método Fukuoka[73] revela-se uma alternativa eficaz na luta pela diminuição do uso de substâncias agrotóxicas. Referido método detém a premissa básica da construção de um sistema de cultivo de simplicidade, que propicie resultados agrícolas elevados em termos de produção e qualidade sem provocar a deterioração do solo.

O método em questão não faz uso de maquinário ou substâncias agrotóxicas, preservando a estrutura, composição, nutrientes e fertilidade do solo, e empregando técnicas pioneiras

[72] TENDLER, Silvio. **O veneno está na mesa**. Documentário da Campanha Permanente Contra os Agrotóxicos e Pela Vida.
[73] FUKUOKA, Masanobu. **A revolução de uma palha**. Via Optima Editora. Coleção Diversos Universo, 2001.

conhecidas como “nengo dango”, consistente em bolas de argila com sementes em seu interior[74].

O Método Fukuoka[75] ficou mundialmente conhecido por ser capaz de reverdecer campos áridos e zonas desérticas que não apresentavam qualquer possibilidade de produção agrícola, consagrando a filosofia oriental de simplesmente não interferir nos microssistemas do solo, respeitando o tempo de cada cultura, e atingindo, por esta razão, resultados profícuos e ambientalmente sustentáveis.

Eis uma possibilidade, dentre tantas outras, capaz de suprimir ou ao menos dirimir a propagação do atual modelo de agronegócio, visando solucionar a problemática socioambiental instaurada pelo uso indiscriminado de agrotóxicos.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL. **Lei de Agrotóxicos**. Lei nº. 7.802, de 11 de julho de 1989.

BRASIL. **Lei de Biossegurança**. Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005.

BRASIL. **Ministério do Meio Ambiente**. Disponível em: http://www.mma.gov.br/segurancaquimica/agrotoxicos

BRASIL. **Ministério da Fazenda.** Disponível em: http://www1.fazenda.gov.br/confaz/convenios/icms/1997/CV100_97.htm

CARNEIRO, F. F. et. al. **Dossiê ABRASCO**: um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde. 1ª parte. Rio de Janeiro: ABRASCO, 2012.

CARRARO, Gilda. **Agrotóxico e meio ambiente:** uma proposta de ensino de ciências e de química. Porto Alegre: UFRS, 1997.

CARSON, Rachel. **Primavera silenciosa**. 2.ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1962.

CHIUVITE, Telma Bartholomeu Silva. **Direito ambiental**. São Paulo: Barros, Fischer & Associados, 2010.

CUP ID. **Lista da ANVISA dos alimentos com maior nível de contaminação**. 01.10.2014. Disponível

[74] FUKUOKA, Masanobu. **A revolução de uma palha**. Via Optima Editora. Coleção Diversos Universo, 2001.
[75] FUKUOKA, Masanobu. **A revolução de uma palha**. Via Optima Editora. Coleção Diversos Universo, 2001.

em: http://cupeid.com/lista-da-anvisa-dos-alimentos-com-maior-nivel-de-contaminacao/, acesso em 07 de outubro de 2015.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Curso de direito ambiental**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2013.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 14 ed. rev. ampl. e atual. em face da Rio+20 e do novo "Código" Florestal. São Paulo: Saraiva, 2013.

FUKUOKA, Masanobu. **A revolução de uma palha**. Via Optima Editora. Coleção Diversos Universo, 2001.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito ambiental**. São Paulo: Atlas, 2009.

IRIGARAY, Carlos Teodoro Hugueney. Controle de poluição. *In:* RIOS, Aurélio Virgílio Veiga Rios. (Org.). **O Direito e o desenvolvimento sustentável**: curso de direito ambiental. São Paulo: Peirópolis; Brasília, DF: IEB – Instituto Internacional de Educação do Brasil, 2005.

LONDRES, Flávia. **Agrotóxicos no Brasil**: um guia para ação em defesa da vida. 1 ed. Rio de Janeiro: AS – PTA – Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa, 2011.

MATEO, Ramón Martín. **Tratado de derecho ambiental**. Volumen II. Madrid: Editorial Trivium, 1992. p. 492.

ROCHA, Julio Cesar de Sá da. Direito ambiental, meio ambiente do trabalho rural e agrotóxicos. *In:* MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme. (Organizadores). **Direito ambiental:** direito ambiental internacional e temas atuais.Coleção doutrinas essenciais; v. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

SIRVINSKAS, Luis Paulo. **Manual de direito ambiental**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TENDLER, Silvio. **O veneno está na mesa**. Documentário da Campanha Permanente Contra os Agrotóxicos e Pela Vida. Acesso em 07 de outubro de 2015. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=8RVAgD44AGg.

VALERIO, Emilio. **La legislación europea del medio ambiente**: su aplicación en España. 2. ed. Madrid: Editorial Colex, 1994.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **O Direito ambiental e os agrotóxicos**: responsabilidade civil, penal e administrativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

A DINÂMICA DO REGIME DAS FONTES DO DIREITO E A TRADIÇÃO ROMANISTICA EM PERÍODO MEDIEVAL

Luciene Dal Ri[1]

INTRODUÇÃO

As fontes do direito fazem parte de toda experiência jurídica, a caracterizando de forma a contribuir para a sua dinâmica;[2] tratam-se das formas como o direito se manifesta em sociedade, sendo definidas como meios de produção do direito, e tendo a função de presidir os diferentes modos de estruturação e sistematização da experiência jurídica.[3]

Como evidencia Orestano, a estrutura organizativa da sociedade é por si um fato normativo que atua na formação de outros fatos normativos, sendo inseparável da atuação do regime das fontes do direito.[4] A dinâmica do direito e de forma mais específica das fontes do direito na história denotam, portanto, que o direito não apenas manifesta valores sociais, como

---

[1] Professora no Programa de Pós-graduação *Stricto-sensu* (Mestrado e Doutorado) em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Doutora em Direito civil-romanístico pela Università degli Studi di Roma - La Sapienza. Mestre em Estudos Medievais pela Pontificia Università Antonianum. E-mail: luciene.dalri@univali.br

[2] Várias são as formas de denominar a estrutura, organização e dinâmica jurídica de uma sociedade. Alguns optam por "sistema jurídico", outros por "ordenamento jurídico", neste artigo, por conta da amplitude de modelos jurídicos abarcados, opta-se pela noção de "experiência jurídica". A noção de experiência jurídica, bem evidenciada por Orestano, como uma abstração e produção do pensamento jurídico, modelável de muitas maneiras, em função do que se coloca em evidência e como finalidade, permite tratar da dinâmica das fontes do direito, em suas formas, e conteúdo. A opção pelo termo fundamenta-se em ser o mais amplo e não entrar em conflito com outras concepções das mais rígidas às mais amplas, das jusnaturalistas, às racionais, das formais às sociológicas. ORESTANO, Riccardo. Introducción al estudio del derecho romano. Trad. Manuel Abellán Velasco. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1997, p. 382-396.

[3] O debate sobre a melhor terminologia usa da para definir as formas de produção ou manifestação do direito, aqui denominada "fontes do direito" é amplo, tendo quem prefira definições como "atos ou fatos idôneos a produzir o direito" ou "atos e fatos aos quais cada ordenamento liga o nascimento ou a extinção das próprias normas", "atos ou fatos do quais tiram existência as normas jurídicas, ou seja, os comandos gerais e abstratos, voltados a todos os consociados com os quais se impõem uma determinada conduta, sob a ameaça de uma sanção". Concordo com o autor na escolha pelo termo "fonte do direito" por representar aquele denominador comum mínimo "tra i vari atti e fatti che nei diversi ordinamenti e nel corso dela storia si sono dimostrati idonei a innovare gli ordinamenti stessi" e me afasto da distinção entre fontes de produção e fontes de cognição, bem como entre fontes-ato e fontes-fato. REPOSO, Antonio. *Fonti del Diritto*. In: MORBIDELLI, Giuseppe; PEGORARO, Lucio; REPOSO, Antonio; VOLPI, Mauro. *Diritto pubblico comparato*. 3. ed. Torino: Giappichelli, 2009, p. 141 s. Nesse sentido, "A metáfora 'fonte' (pois é de metáfora, claramente, que se trata) continua a nos parecer apropriado precisamente por seu valor metafórico: como as fontes da nossa paisagem física, exprimem bem a essência do fenômeno jurídico enquanto extratos profundos. De fato, repetimos tantas vezes que o direito é realidade radical, ou seja, atinente às raízes de uma sociedade ainda que, na vida cotidiana, manifeste-se em usos de populações, leis dos detentores do poder político, atos da administração pública, sentenças de juízes, praxe de operadores econômicos e assim por diante. O direito pode ordenar o social porque é realidade com raízes e raízes profundas". GROSSI, Paolo. *Primeira Lição sobre direito*. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 69. Sobre as fontes do direito e o presidir os diferentes modos de estruturação do direito ver VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. Tradução de Claudia Berlinder. São Paulo: Martins fontes, 2009, p. LXXVIII.

[4] ORESTANO, Riccardo. **I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica**. Torino: Giappichelli, 1967, p. 99.

ele também, por meio de sua função poiética, cria valores dentro da organização social visando a concepção ou construção de uma determinada sociedade idealizada.[5] Nesse sentido, o poder de participação junto às fontes do direito, delimitando conteúdos, permite uma importante influência na organização social.

As fontes do direito em seu regime de funcionamento e dinâmica de transformação são a escolha de abordagem à história do direito, nesta pesquisa, dentro da estruturação da família de sistemas jurídicos de origem romanística, em período medieval. Ressalta-se que nessas experiências jurídicas não existe uma fonte única do direito, delineando ordenamentos complexos, muito embora existam fontes preeminentes em relação a outras.[6]

Observa-se no regime das fontes do direito[7], no decorrer do período medieval que o estudo e referência ao direito romano, trabalhado dentro de uma perspectiva de tradição romanística, influenciou de forma consistente as experiências jurídicas medievais e modernas.[8]

A problemática que fomenta este trabalho concerne à dinâmica do regime das fontes do direito, em específico no que tange às variações do *status* da tradição romanística, por meio da interpretação e aplicação dos textos de direito romano, desde a queda do Império Romano do Ocidente até o século XIII. Nesse âmbito, busca-se entender os diferentes planos de aplicação da tradição romanística, denotando a variação no regime das fontes do direito, por meio de uma dinâmica de valorização das fontes.[9]

---

[5] "Na verdade, a eficácia criadora (poiética) do direito é muito maior. Ele não cria apenas a segurança. Cria, também, em boa medida os próprios valores sobre os quais essa paz e segurança se estabelecem. Neste sentido, o direito constitui uma atividade cultural e socialmente tão criativa como a arte, a ideologia ou a organização da produção econômica. De facto, antes de a organizar, o direito imagina a sociedade. Cria modelos mentais do homem e das coisas, dos vínculos sociais, das relações políticas e jurídicas. E, depois, paulatinamente, dá corpo institucional a este imaginário, criando também, para isso, os instrumentos conceituais adequados". HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica européia: síntese de um milénio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 99. Sobre direito como sistema auto-poiético ver GEERTZ, Clifford. Le savoir local, savoir global. Les lieux du savoir.Paris: PUF, 1968, p. 214 s.

[6] BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10. ed. 1997, p. 38: "A complexidade de um ordenamento jurídico deriva do fato de que a necessidade de regras de conduta numa sociedade é tão grande que não existe nenhum poder (ou órgão) em condições de satisfazê-la sozinho". Devido à intrincada pluralidade que caracteriza o humano e o social, o artigo limita-se à abarcar a tradição jurídica europea, em específico na família romano-germânica de sistemas jurídicos, com foco nos acontecimentos entre Itália, França e Península Ibérica. Não se busca aprofundar aqui o debate sobre o "sistema latino-americano", levantado por Clóvis Bevilacqua (Resumo das lições de legislação comparada sobre o direito privado. Bahia, 1897), Haroldo Valladão (Le droit latino-américain. Paris, 1954), René David (L'originalité des droits de l'Amerique Latine. Le Droit Comparé. Droits d'hier, Droits de demain. Paris, 1982), Abelardo Saraiva da Cunha Lobo (Curso de Direito romano. Rio de Janeiro, 1931) e Pierangelo Catalano (Diritto e Persone. Torino: Giappichelli, 1990, p. 107 ss.).

[7] A expressão regime das fontes do direito é entendida como a organização e hierarquia das formas de manifestação das normas jurídicas em sociedade.

[8] Neste sentido recomenda-se fortemente ORESTANO, Riccardo. **Introducción al estudio del derecho romano.** Trad. Manuel Abellán Velasco. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1997, p. 489-503.

[9] Excluo aqui a abordagem entre fontes de produção e fontes de cognição ou fontes-ato e fontes-fato, ver REPOSO, Antonio. Fonti del Diritto. In: MORBIDELLI, Giuseppe; PEGORARO, Lucio; REPOSO, Antonio; VOLPI, Mauro. **Diritto pubblico comparato**. 3. ed. Torino: Giappichelli, 2009, p. 141 s.

> Se puede decir, más bien, que la tradición de Roma y la interpretación del *Corpus iuris* constituyen la trama y la estructura de gran parte de las ciencias jurídicas concretas de la Europa continental, como se han venido desarollando y formando en el mundo medieval e moderno.
>
> Las vicisitudes de la interpretación del *Corpus iuris* constituyen una especie de cañamazo ideal de essas ciencias jurídicas, y sin ser tampoco el único aspecto bajo el que pueden ser estudiadas, proporcionan una de la mejores claves para la comprensión de su desarollo. La tradición del *Corpus iuris*, por su relativa constancia y omnipresencia, representa una especie de coordenada máxima que permite establecer y diferenciar, de tiempo en tiempo y de lugar en lugar, los movimientos del derecho y de las doctrinas a través de su posición frente a ésta. Y tal relación está entre las más significativas e iluminadoras para la valoración de las orientaciones fundamentales de cada experiencia y en cada tiempo y, por lo tanto, también en el nuestro.[10]

Pesquisar sobre a dinâmica das fontes do direito é também delinear a dinâmica política e jurídica da sociedade. A pesquisa sobre as fontes não se baseia então apenas nos textos jurídicos, mas também nos aspectos políticos e sociais, bem como na filosofia e na teoria política, buscando distinguir as teorias que fundamentavam o saber jurídico.[11] Nesse sentido, as formas de governo e consequentemente as teorias da constituição influenciam fortemente no regime das fontes do direito assumido em cada sociedade.[12]

Nesse contexto, se afasta a aplicação do conceito "Estado" à realidade romana e medieval, uso feito por parte da doutrina e particularmente pelos positivistas que, assim como atribuem conceitos modernos à realidade antiga e medieval, impõem consequentemente a separação entre direito e religião, desconsiderando que conceitos modernos têm implicações especificamente modernas.[13]

1. O COTEJO DE AUTORES

---

[10] ORESTANO, Riccardo. **I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica**. Torino: Giappichelli, 1967, p. 493. Evita-se aqui o debate abordado *ibidem* por Orestano sobre a concepção dos textos justinianeus (*Corpus Iuris Civilis*) como *ius romanum* ou tradição romanística.

[11] VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berlinder. São Paulo: Martins fontes, 2009, p. LXXVIII.

[12] Diferencio aqui a abordagem de Nicola Matteucci (Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Editora Trotta 1998, p. 23 s.) que define constitucionalismo como uma "referencia geralmente a certos momentos de uma reflexão sobre a experiência político-jurídica relativa à organização do poder, momentos próprios da história europea desde o mundo antigo"; daquela de Maurizio Fioravanti (Costituzionalismo. Roma-Bari: Laterza, 2009, p. 5) "Il costituzionalismo è un m ovimento di pensiero fino dalle sue origine orientato a perseguire finalità politiche concrete, essenzialmente consistenti nella limitazione dei poteri pubblici e nell'affermazione di sfere di autonomia normativamente garantite. Il costitucionalismo appartiene integralmente all'età moderna, anche nelle sue strategie sono ricorrenti problemtiche che risalgono a epoche precedenti, a matrici antiche e medievali". Muito embora ambos trabalhem o constitucionalismo como uma reflexão ou movimento que propõe-se à liberdade antes do que ao poder.

[13] Sobre Estado, direito e religião romana ver HEGEL, G. W. F. **Lezioni sulla filosofia della storia III**. Trad. G. Calogero C. Fatta. Firenze, 1963, p. 178 ss. Sobre Hegel e positivismo jurídico no direito romano, ver CATALANO, P. **La religione romana internamente**. Il punto di vista giuridico, in Studi e materiali di Storia delle religioni. LXII (1996), p. 146 ss. Seguindo o influxo hegeliano Mommsen ao introduzir o conceito abstrato de "Estado" o identifica com de povo. Sobre a concepção hegeliana de Mommsen, ver CATALANO, P. **Populus Romanus Quirites.** Torino, 1974, p. 44. Sobre a rejeição do uso do conceito de Estado para a realidade romana ver: ORESTANO, Riccardo. **I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica**. Torino: Giappichelli, 1967, p. 64; CATALANO, Pierangelo. **Diritto e persone**. Torino: Giappichelli, 1990, p. 31.

Nesta pesquisa, as abordagens de alguns autores são referenciadas e cotejadas na busca pela delineação de uma história das fontes do direito, trata-se principalmente das abordagens de Riccardo Orestano, Michel Villey e Manuel Hespanha. Os três autores são provenientes do século XX, têm abordagens sensivelmente diversas, muito embora convictos da historicidade do direito e conscientes que a ciência jurídica não se limita a analisar os textos normativos do passado, mas implica em reformular e transformar os modelos jurídicos existentes.

Riccardo Orestano (1909-1988) foi um professor e pesquisador italiano, romanista, com forte influência da filosofia do direito, por meio dos trabalhos do filósofo italiano Giuseppe Capograssi. A abordagem de Orestano é anti-formalista, aberta à análise dos fatos sociais e evidencia a diferença entre direito romano, enquanto direito dos romanos, e "direito romano", enquanto tradição romanística. O conceito de tradição romanística é evidenciado porque permite expressar uma formação de valor europeo que sem limites temporais e territoriais específicos, se conduz em um corpo mais ou menos variável, muito embora de fundo compacto, de doutrinas jurídicas.[14] A obra *Introduzione allo studio del diritto romano*, consultada em sua versão espanhola, abarca variados pontos da tradição romanística em período medieval e moderno.

Michel Villey (1914-1988) foi um professor e pesquisador francês que contribuiu para a filosofia do direito e a história da cultura jurídica, partindo de uma concepção aristotélica e tomista do direito.[15] A obra aqui considerada *La formation de la pensée juridique moderne*, consultada em sua versão brasileira, é uma coletânea do ciclo de cursos que Villey ministrou na Faculdade de Direito de Paris entre 1961 e 1966. A proposta do autor francês é de realizar uma abordagem da história do direito por meio da filosofia e nas suas palavras:

> Procuramos descobrir quais princípios (definições do objeto e das fontes do direito) presidem a esses diferentes modos de *estruturação* do direito; e, a um só tempo, distinguir qual a filosofia mais apta para fornecer à disciplina dos juristas suas fundações mais seguras. Nossa meta foi sem dúvida mais de filosofia que de ciência histórica pura.[16]

A abordagem de Villey fundamenta-se na concepção que a função do direito é arbitrar entre valores diferentes, fundando-se em princípios de axiologia explicitados pela filosofia, em

---

[14] ORESTANO, Riccardo. **Introducción al estudio del derecho romano**. Trad. y notas: Manuel Abellán Velasco Madrid, 1977, p. 502.

[15] Guy Augé define os traços de Villey como "amizade pelos antigos e singular conivência com os medievais; cristianismo e, pios, catolicismo não dissimulado, ainda que muito independente; polêmica em relação aos direitos do homem num tempo que os constitui em ídolos tinta e de saliva". AUGÉ, Guy. Apresentação: Michel Villey, história e filosofia, história de uma filosofia. In VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno.** Tradução de Claudia Berlinder. São Paulo: Martins fontes, 2009, p. XIII.

[16] VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berlinder. São Paulo: Martins fontes, 2009, p. LXXVIII.

suas diferentes doutrinas e métodos.[17] O autor francês inicia sua obra tratando das doutrinas antigas, como precedentes da filosofia cristã, a sua abordagem se concentra a partir do período medieval, em especial a partir do século V, com a doutrina de Santo Agostinho e segue até a modernidade na teoria de Thomas Hobbes.

O cotejo é feito também com a abordagem de Manuel Hespanha, professor e pesquisador português, historiador do direito, de matriz foucaultiana na obra "Cultura jurídico Européia: síntese de um milênio".[18] A obra também é fruto dos cursos de história do direito, na Universidade de Lisboa, durante alguns anos. A abordagem do autor baseia-se na concepção do direito no "seio dos processos sociais (como o da instauração da disciplina social)", bem como evidencia a produção do direito em seus valores e textos, propondo um regime das fontes do direito durante o período medieval. O autor pressupõe que o direito da Europa foi muito mais um direito comum "em que alguns estilos e especificidades locais apenas se destacavam sobre um esmagador fundo de características partilhadas".[19]

Orestano dedicou-se não apenas ao estudo do direito romano, mas também à tradição romanística; Villey nutre uma amizade pelos antigos, Hespanha dedica-se mais aos modernos, e todos trabalham o direito medieval. Orestano trabalha a permeabilidade medieval diante da tradição romanística, Villey analisa o jurídico sob a luz da filosofia, enquanto Hespanha é muito mais apegado aos textos jurídicos em sua leitura política.

A abordagem filosófica de Villey permite, mais do que os outros autores, a aproximação à experiência jurídica e às fontes do direito da alta idade média, considerando o necessário diálogo com a teologia, visto que enquanto discurso sobre Deus pode abarcar à todas as coisas humanas. De fato, nessa linha, o autor busca as fontes do direto no pensamento de Santo Agostinho (e posteriormente de São Tomás de Aquino). O autor francês evidencia que "Desde o período final do Império romano, só há pensamento vivo sobre os princípios do direito entre autores religiosos:

---

[17] "A técnica do nosso direito, sua própria estrutura (totalmente construída em torno da noção dos direitos subjetivos) estava dirigida para esse objetivo. Hoje, os frequentes apelos ao 'respeito da pessoa humana' prolongam um pouco a mesma tendẽncia. Mas, transportem-se, ao contrário, para o sistema de pensamento da República de Pllatão, ou para o de Auguste Cemte, ou para aqueles que deram origem ao direito hitlerista, ao direito soviético: verão proclamada solenemente e justificada racionalmente neles a superioridade da pólis, ou da humanidade, ou do povo, ou da classe proletária, sobre o insivíduo isolado". VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berlinder. São Paulo: Martins fontes, 2009, p. 07.

[18] HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**: síntese de um milénio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 38 ss. Cabe evidenciar que no seio da obra do autor português aqui considerada encontra-se com frequência a referência às ideias de Orestano no que tange ao direito romano e à tradição romanística (em base à mesma obra citada nesta pesquisa) e às ideias de Villey (em base à mesma obra citada nesta pesquisa) no que tange às concepções das estruturas sociais e polítcas medievais.

[19] HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia:** síntese de um milénio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 19 e 38.

os padres da Igreja grega e latina", e a dimensão religiosa das doutrinas sobre o direito estende-se até o século XVIII.[20]

A visão de Villey confronta-se amplamente com aquela de Hespanha nesse quesito, o autor português delimita a dimensão religiosa das doutrinas jurídicas e políticas a Grócio (século XVI) e a Hobbes (século XVII), defendendo uma laicização da teoria social.[21] O embate é simbólico, considerando o catolicismo tomista de Villey e o ateismo foucaultiano de Hespanha. Villey não evidencia, porém, de forma clara fases de desenvolvimento das fontes, pois sua abordagem é pautada no método de cada doutrina filosófica, permitindo certos agrupamentos no que tange à teologia e à tradição romanística, nesse sentido, o cotejo com as concepções de Riccardo Orestano e de Manuel Hespanha torna-se particularmente interessante.

2. AS FASES DE DESENVOLVIMENTO DO REGIME DAS FONTES DE DIREITO

A análise da influência e da importância do "direito romano", enquanto tradição romanística, como fonte do direito na experiência jurídica medieval e moderna ocorre de forma não homogênea e por meio de diferentes fases no regime das fontes do direito. A dinâmica das fontes é contextualizada de forma sócio-política, evidenciando as transformações da concepção de homem e de sociedade, bem como suas continuidades e descontinuidades específicas nas experiências jurídicas.

O regime das fontes do direito é proposto por Hespanha[22], em base à Mortari[23] e Calasso[24], em três fases, entre o período medieval e moderno na Europa. As fases propostas pelo autor português evidenciam a importância dos textos de direito romano e da tradição romanística nos seus oito séculos de vigência a partir do século XII.

---

[20] VILLEY, Michel**. A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berlinder. São Paulo: Martins fontes, 2009, p. 12 s. "Mas, para terminar, deve-se notar que 'a filosofia do direito nos teólogos do cristianismo', dado o papel eminente da razão profana na obra deles, corresponde praticamente a toda a história da filosofia do direito da Europa até o século XVIII" (p. 13).

[21] HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia: síntese de um milénio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 118: "Mas foi, paradoxalmente, uma recaída no fideismo, na concepção de uma completa dependência do homem e do mundo em relação à vontade absoluta e livre de Deus que levou a uma plena laicização da teoria social. (…) É justamente esta laicizaçao da teoria social – levada a cabo pelo pensamento jurídico e político desde Hugo Grócio a Tomás Hobbes – que a liberta de todas as anteriores hipotecas à teologia moral, do mesmo passo que liberta os indivíduos de todos os vínculos em relação a outra coisa que não sejam as suas evidências racionais e os seus impulsos naturais".

[22] HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia: síntese de um milénio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 245, nota 283. Cabe destacar que mesmo consciente da distinção entre direito romano e tradição romanistica, o autor português usa o termo direito romano de forma indistinta no decorrer de sua obra, em função dessa característica se mantém o uso do termo "direito romano" na divisão do regime das fontes do direito trazido pelo autor.

[23] MORTARI, Vincenzo Piano. **Il problema dell'*interpretatio iuris* nei commentatori**. In: Annali di Storia del Diritto, 1958, p. 369. A página indicada por Hespanha não existe no artigo original, p. 29-109.

[24] CALASSO, Francesco. Medio Evo del diritto. Milano: Giuffrè, 1954, p. 125 s.

A primeira corresponde aos séculos XII e XIII e é caracterizada pela redescoberta e preponderância do "direito romano" (em textos e noções) e do direito canônico sobre todas as outras fontes do direito que lhe fossem concorrentes e cuja validade só era admitida desde que não estivesse em contraste com a norma de direito comum (*ius commune*).

A segunda fase estende-se do século XIV ao final do século XVII e caracteriza-se por meio da afirmação de direitos próprios (*iura propria)* como fonte primária dos ordenamentos particulares, cujo valor se equilibra com o direito comum (*ius commune)*.

A terceira fase ocorre durante o século XVIII e particularmente o século XIX, e é caracterizada pela independência completa do direito dos reinos, que se torna a única fonte do direito. Nesse período o *ius commune* e o "direito romano" passam a ser concebidos como fontes de direito de caráter subsidiário.[25]

As fases propostas pelo autor não são estanques ou isoladas, mas carregadas de continuidades e descontinuidades, baseadas em concepções políticas e jurídicas, mais do que nas necessidades sociais, no favorecimento e na resistência ao estudo e aplicação dos textos de direito romano, bem como de suas noções.

Observa-se na dinâmica histórica do regime das fontes do direito, trazido pelo autor português, a omissão ao sistema de fontes do direito anterior ao século XII, deixando de lado a concepção de direito na alta idade média. O autor trata o citado período de forma fragmentada e baseia-se para tanto na interpretação de Calasso sobre a distância entre a civilização germânica e aquela romana, também em suas experiências jurídicas.

> Ma se la distanza che separava la civiltà germanica dalla romana nella concezione dello Stato e del diritto era già grande, ancora più grande si rivelava nei vari campi del diritto privato. Con questa differenza: che, mentre la materia pubblicistica è, per la sua stessa natura e funzione, la più aperta e sensibile agl'influssi, e quindi più rapida ad assimilare e a trasformarsi - nè, infatti, è possibile calcolare quanto debba avere influito sia pur quel poco ch'era rimasto in piedi dell'antica amministrazione romana sulla mentalità di quella minoranza di barbari che, ignorando perfino cosa fosse una città fondavano un regno in questa terra di città, e furon costretti dalla loro stessa imperizia ad affidarsi alle classi colte della popolazione soggiogata per una elementare organizzazione amministrativa – il campo dei rapporti privati è, al contrario, più chiuso alle influenze esterne, fortemente conservatore e perciò più torpido nell'assimilare elementi da altri sistemi giuridici, men facile alle transformazioni radicali.[26]

---

[25] HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**: síntese de um milénio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 245.

[26] CALASSO, Francesco. **Medio Evo del diritto**. Milano: Giuffrè, 1954, p. 125 s. Em leitura ao trabalho de Calasso, indicado por Hespanha, observou-se a evidenciação da distância entre as duas civilizações e experiências jurídicas, mas não foi encontrado

Ao considerar como parte do regime das fontes do direito apenas os sistemas desenvolvidos a partir da revolução cultural do século XII, a visão de Hespanha demonstra-se, portanto e de certa forma, muito ligada à sorte da tradição romanística via o *Corpus iuris civilis* e o movimento escolástico.

Devido às divergências nas concepções e abordagens entre Orestano, Villey e Hespanha, conforme evidenciado na introdução, opta-se pelo desenvolvimento do presente texto em base ao cotejo dos escritos dos autores, permitindo a visualização mais ampla do direito e de seu regime de fontes em período medieval. Devido a um problema de espaço, opta-se por tratar do regime das fontes do direito entre a alta e a baixa idade média, tendo como limites temporais da pesquisa desde a queda do Império romano do ocidente até o século XIII, considerando, portanto também a abordagem à primeira fase do regime das fontes do direito proposta por Hespanha.

Cabe evidenciar que os autores não apresentam apenas pontos de divergência, mas apresentam também convergências no que tange à concepção do direito e a alguns momentos do tratamento de suas fontes a partir do século XII. A pesquisa é desenvolvida contextualizando e evidenciando sempre que possível as abordagens dos autores, em cotejo, indicando caminhos para a compreensão da relação entre o antigo e o medieval, por meio do regime das fontes do direito.[27]

3. A IDADE MÉDIA E AS FONTES DO DIREITO

Tratar da presença de textos e costumes provenientes do direito romano e de um regime das fontes do direito durante a alta idade média é a parte mais delicada e difícil da pesquisa. A escassez de fontes e de doutrina sobre o assunto são os principais pontos de fragilidade de

---

nada que justifique a exclusão do regime das fontes do direito na alta idade média, mesmo considerando que "Non fu convivenza pacifica quella del diritto germanico col romano: non poteva esserlo. Due sistemi giuridici si trovavano in contatto, distanti fra loro non soltanto per la diversità dei cardini fondamentali sui quali poggiavano, ma, sopra tutto, per il grado di maturazione. Era fatale che il contatto si trasformasse in un contrasto profondo, quanto può essere profondo un contrasto di civiltà" (p. 119).

[27] Muito embora com um interesse apenas histórico pelo "direito romano", "na medida em que constitui uma referência, sempre relida e reinterpretada, da ulterior tradição jurídica" (p. 132), Hespanha reconhece a importância e influência do "direito romano" em relação às legislações locais da alta idade média, ver HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milénio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 147 ss. A proximidade entre Villey e Hespanha sobre a presença espontânea do "direito romano" enquanto parte do direito medieval não exclui a visão de ambos do direito como "o pensamento vivo de uma elite organizadora sobre o que deve constituir a ordem" (Villey, p. 110, ver no mesmo sentido Hespanha, p. 99 s.).

qualquer pesquisa sobre o tema. A abordagem faz-se então inicialmente, por meio da doutrina de Santo Agostinho, com a análise de Villey, sobre as fontes do direito.

3.1 A Alta Idade Média e a doutrina Agostiniana das fontes do Direito

A transição do antigo para o medieval é particularmente complexa, não apenas pelo processo de ruptura, mas pela ausência de um amplo leque de fontes de pesquisa que permitam delinear de forma mais ampla, a pluralidade política e jurídica em questão. Por esse motivo, a abordagem filosófica de Villey faz-se particularmente interessante e permite o necessário diálogo entre o direito, a filosofia e a teologia. De fato, no limite entre a filosofia e a teologia, entre o antigo e o medieval, encontra-se nas obras de Santo Agostinho[28] uma teoria das fontes do direito.

Para Santo Agostinho, cidadão romano e cristão que vive entre o final do século IV e início do século V, a teoria das fontes do direito desenvolve-se dentro de uma concepção de lei, intrinsecamente ligada ao conceito de justiça.[29] Dentro dessa concepção, a fonte última do direito é Deus (por meio da lei divina)[30], que nos faz conhecer sua justiça por meio de três tipos de leis: a lei da natureza, a lei de Moisés e a lei de Cristo.[31] Deixando de lado o possível caráter pagão da "lei da natureza", o santo a compreende como expressão de justiça divina, sendo possível encontrar suas linhas gerais não apenas na natureza, enquanto ordem divina colocada por Deus, mas também no livro bíblico da *gênesis*; a lei de Moisés (fonte judaica) era justa para a realidade de Moisés e teria prescrevido no tempo; sendo a lei de Cristo a nova expressão de justiça divina e portanto fonte do direito para os cristãos. A lei de Cristo, para Santo Agostinho, está contida nos Evangelhos e pode ou não ser sancionada na terra, coexistindo com as leis temporais (de origem humana). Em teoria, a lei divina e a lei temporal nem mesmo se encontram "pois não tem o mesmo terreno de aplicação".[32]

---

[28] Santo Agostinho de Hipona, nasceu em 354 d.C. em Tagaste, cidade romana no Norte da África e morreu em 430 d.C. em Hipona, também cidade romana no Norte da África, muito embora fosse um cidadão romano, manifesta de forma muito mais evidente sua pertença cristã.

[29] PACIONI, Virgilio. Agostino d'Ippona. **Prospettiva storica e attualità di una filosofia**. Milano: Ugo Mursia Editiore, 2004, p. 126 s., ver Santo Agostinho. Contra Fausto 22, 27; Cidade de Deus. XIX, 6; Libero Arbitrio I, 1.

[30] Santo Agostinho. **Contra Fausto XXII**, 27; Cidade de Deus. XIX, 6.

[31] VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 97.

[32] Ver Santo Agostinho, Contra Fausto, XIX. VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 95 ss.: "Na Bíblia, na experiência judaica, no próprio Evangelho, santo Agostinho vai descobrir um novo tipo de justiça, ao qual somente se aplicam estritamente as palavras justiça e direito – um tipo bem diferente do sistema jurídico romano. É dessa forma que será legada à Idade Média uma nova teoria do direito, de suas fontes, de suas fronteiras e de seu conteúdo". O santo indica dois tipos de realidade, aquela temporal e aquela eterna, que se refletem em dois tipos de homens, os que amam e buscam a realidade eterna e os que amam e buscam a realidade temporal. Aos que amam a realidade eterna será aplicada a lei eterna e aos que amam a realidade temporal será aplicada a lei temporal. Franco de Capitani (Il "De libero Arbítrio" di

Os três tipos de leis indicados refletem a vontade de Deus, ao expressarem a justiça divina, e são encontrados na Sagrada Escritura, evidenciando que uma sociedade educada nos parâmetros da teoria de Santo Agostinho, ou seja, que busca a vida junto a Deus, "vive convencida de que a única fonte autêntica de direito é a Sagrada Escritura".[33]

Observa-se então que a concepção de lei e de justiça do santo reflete o caráter platônico de sua doutrina e enquadra-se na concepção da beatitude da vida humana como vida voltada à Deus e à realidade eterna. Nessa perspectiva, na teoria das fontes do direito de Santo Agostinho é amplamente conhecida a condenação às leis da realidade temporal, entendidas como o direito da cidade terrena e exemplificada no direito romano, despojando-o da auréola de justiça que lhe dava autoridade. Para o santo, a verdadeira justiça, aquela divina, está expressa apenas na lei de Cristo.[34]

A condenação agostiniana ao direito humano e romano partia da sua não importância no plano da realidade eterna, muito embora o santo manifeste a expectativa que o direito se tornasse cristão (e nesse intuito vê-se o desenvolvimento do direito canônico).[35] As críticas ao direito humano e romano eram fundamentadas na não conformidade de suas normas com a fé cristã, tornando injusta muitas de suas instituições e comprometendo toda a experiência jurídica. Entendia o santo que onde não há justiça (conforme a fé cristã), não há direito legítimo.[36]

S. Agostino. Milano: Vita e Pensiero, 1994, p. 113), em base ao livro De libero arbitrio, I,V, 11 ss. e I, XV, 32 Capitani identifica as duas realidades da seguinte forma: "Un altro nodo viene sciolto chiaramente. E riguarda la competenza della legge eterna in sé e rispetto a quella temporale. Si ricordino i casi delle uccisioni consentite dalla legge civile per favorire un'ordinata e pacifica convivenza sociale (soprattutto il caso del violentatore). Infatti, poiché vi sono due tipi di realtà: quelle temporali e quelle eterne e due tipi di uomini: quelli che amano le realtà eterne e quelli che amano quelle temporali, è chiaro che sono soggetti alla legge eterna e agiscono secondo la legge eteran coloro que da essa sono resi beati. Ed essere soggetti alla legge eterna significa anche essere liberi, del vero tipo di libertà (*libertas... nulla vera est nisi beatorum et legi aeternae adhaerentium*). Allora risulta altretanto chiaramente che i sudditi della legge eterna "non hanno bisogno della legge temporale". Ecco l'indicazione che mancava, quando l'argomento era stato toccato"

33 VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 105 ss, ver p. 109 s.

34 Ver Santo AGOSTINHO, **La città di Dio**, livro II, 16-29. VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 93.

35 VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 105 ss, ver p. 109 s.: "há vestígios de direito romano, há costumes populares, sobrevivências e usos de fato; eles tinham motivos legítimos para sobreviver mesmo no sistema agostiniano". Quanto às fontes do direito canônico durante a Alta Idade Média, ver: MUSSELLI, Luciano. **Storia del diritto canonico**. Torino: Giappichelli, 1992, p. 23-32.

36 Santo Agostinho. **De libero arbitrio libri tres**. I, V, 11: "Non ergo lex iusta est, quae dat potestatem uel uidatori, ut latronem, ne ab eu ipse occidatur, occidat, uel cuipiam uiro aut feminae, ut uiolenter sibi stupratorem iuruentem ante inlatum stuprum, si possit, interimat. Nam militi etiam iubetur lege, ut hostem necet, a qua caede si temperauerit, ab imperatore poenas luit. Num istas leges iniustas uel potius nullas dicere audebimus? Nam lex mihi esse non uidetur, quae ius nun feurit." / "Não é portanto justa aquela lei que d'ao viajante o poder de matar o ladrão, para que não seja ele mesmo morto, ou a qualquer homem ou mulher a faculdade de matar, se puder, um estuprador que o aborde com violência antes que o estupro ocorra? De fato, ao soldado é comandado de matar o inimigo e se ele se abstém de matar, é punido pelo comandante". No mesmo sentido ver também Ibidem, I, V. 13; I, VI, 14 e 15.

O repúdio ao direito romano, porém, não inspira Santo Agostinho à desobediência à tais leis, por serem úteis à ordem pública e à segurança (trazendo dessa forma uma certa justiça, mesmo que embrionária) e por serem emanadas de um poder que de fato existe e recebe sua autoridade por meio da Providência Divina (pois tudo o que acontece é obra de Deus e fruto da sua ordem).[37]

Recorda-se que a doutrina agostiniana muito embora condene o direito humano, em particular o direito romano (por simbolizar a temporalidade diante do direito divino), deixa espaço para o seu uso no silêncio dos textos divinos, principalmente diante de um direito da Igreja pouco desenvolvido e ainda frágil.[38] Na alta idade média, não se observa de fato a incompatibilidade profunda entre a Igreja e o "direito romano", enquanto tradição romanística, sendo possível observar o seu uso não apenas pela sociedade, mas pela própria Igreja, denotando leituras diferenciadas apenas com o nascimento da escola de Bolonha.[39]

3.2 Os Reinos Bárbaros e a tradição romanística: a pluralidade de concepções

Em paralelo à teoria agostiniana, pode-se recavar, porém, que as normas de alguns dos nascentes reinos bárbaros no território até então parte do império romano, ao considerarem o direito que regia as populações locais, e que tinha sido incorporado nos séculos ao seu patrimônio cultural-jurídico, recepcionam mesmo que parcialmente os textos de direito romano. A Igreja e o "direito novo" ou romano vulgarizado, surgido após a queda do império romano do ocidente, mantém a tradição romanística como uma importante referência e fonte do direito, consolidando-a como fundamento de institutos e normas dos reinos bárbaros em diferentes planos, tanto como influência interna aos institutos jurídicos, devido ao forte enraizamento na vida social, quanto pela influência crescente dos princípios romanísticos sobre o próprio legislador.[40] A tradição

---

[37] VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 91 s. e Franco de Capitani (Il "De libero Arbítrio" di S. Agostino. Milano: Vita e Pensiero, 1994, p. 112), em base ao livro De libero arbitrio, I, XV, 32: "Ma ció no significa che la legge temporale non possa esistere. Essa regolerà le realtà che non possono dirsi nostre se non ad tempus, temporaneamente, e che sono utili "per conservare la pace e la convivenza humana".

[38] Opta-se aqui pelo uso do termo "direito da Igreja" pelo tardo desenvolvimento do direito canônico que até meados do século XII não distinguia-se da teologia. VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 115.

[39] VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 112 e 118: "A Igreja romana foi inclusive o conservatório dos textos jurídicos romanos; vários papas da época carolíngia (principalmente Nicolau I) recomendaram seu uso. Aliás, as compilações jurídicas romanas foram, por muito tempo na Idade Média, consideradas obra desses imperadores cristãos cuja função sagrada foi descrita na própria Cidade de Deus. O Código não se iniciava pela invocação da Santa Trindade? A imagem de Justiniano não figurava nos vitrais das catedrais? Durante muito tempo foi nesse sentido e sob a égide do cristianismo que os glosadores apresentaram sua mercadoria".

[40] CALASSO, Francesco. **Medio Evo del diritto**. Milano: Giuffrè, 1954, p. 124.

romanística nas experiências jurídicas dos reinos bárbaros foi maior entre os visigodos, os ostrogodos e os longobardos, do que entre os burgúndios ou os francos, como se observa nas legislações emanadas nos diferentes reinos. Tal fato denota a pluralidade política e jurídica típica da Europa, logo após a queda do império romano do ocidente e a diferente forma de adequação do espírito germânico à realidade da população conquistada.

Para Le Goff[41], as normas bárbaras não devem causar ilusão, pois são muito primitivas.

> É até o caso do edito do ostrogodo Teodorico o Grande, último herdeiro verdadeiro da tradição romano no Ocidente. (…) Esta legislação bárbara sobre as ruínas do direito romano prolongou, apesar de tudo, uma Europa do direito na Alta Idade Média.
>
> A própria ideia de codificação corresponde ao espírito jurídico romano, diante da tradição oral dos povos germânicos.[42] No território de dominação visigoda[43], por exemplo, o rei bárbaro Teodorico II (453-466) emanou o *Edictum Theodorici* (458 d.C.), norma escrita em latim, que se dirigia aos romanos e aos bárbaros (considerando as duas populações presentes no território) e acolhera, sem mencionar sua procedência, elementos de várias obras jurídicas romanas como das constituições imperiais, presentes no *Codex Theodosianus* e posteriores a ele, das Instituições de Gaio, das Sentenças de Paulo e do livro *De officio proconsulis* de Ulpiano.[44]

Em norma visigoda posterior, o rei visigodo Eurico (466-484 d.C.) emanou o *Codex Euricianus* (476 d.C.) que mesmo promovendo algumas instituições jurídicas germânicas, refletia concepções de direito romano pósteodosiano.[45] A *Lex romana visigothorum*, conhecida como o Breviário de Alarico (506 d.C), também exemplifica a forte influência romana, por meio de constituições imperiais e da *iurisprudentia* romana, muito embora provavelmente tenha tido finalidade apenas didática e não normativa.[46] Como obras da *iurisprudentia* que influenciaram o a

---

41 LE GOFF, Jacques. **As raízes medievais da Europa**. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 48.

42 CALASSO, Francesco. **Medio Evo del diritto**. Milano: Giuffrè, 1954, p. 124, especialmente nota 29 com a passagem de Paulo Diácono, Hist. Longob., IV, 44.

43 Provença e Aquitânia (Sul da Gália e Barcelona).

44 O Edito de Teodorico (Edictum Theodorici) é um conjunto de 154 disposições que regulavam os mais variados âmbitos da vida social, tratando tanto de temas de direito privado quanto de direito público. GARZÓN, Fabio Espitia. **Historia del Derecho Romano**. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 523 s. Não adentrarei aqui o debate sobre a autoria do texto, atribuída por Piette Pithou na sua edição do texto (1579) ao rei ostrogodo Teodorico o Grande (474-526 d.C) que assentou seu reino na península itálica; e atribuída à Teodorico II (453-466): RASI, Piero. La legislazione giustinianea ed il c.d. Edictum theodorici. In Studi in onore di Pietro de Francisci, vol. IV, Milano: Giuffrè, 1956, p. 349; VISMARA, Giulio. **El Edictum Theodorici**. In Estudios visigóticos, I, Roma y Madrid, 1956, p. 49-90; FALASCHI, Pier Luigi. Edictum **Theodorici Regis Italiae**. Milano: Giuffrè, 1966. Não se adentra nem mesmo na invasão muçulmana do século VIII que trouxe nova configuração política e jurídica às comunidades ibérica.

45 O *Codex* regula questões de direito penal e civil e segundo Surgik, pode ser entendido como fruto de uma escola jurídica tardia. SURGIK, Aloisio. Gens gothorum. As raízes bárbaras do legalismo dogmático. Curitiba, Libro y Cultura, 2002, p. 55.

46 GARZÓN, Fabio Espitia. **Historia del Derecho Romano**. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 525. Com finalidade didática a *Consultatio veteris cuisdam iurisconsulti* (atribuída ao final do século V e início do VI) denota forte herança teodosiana em sua estrutura e profunda influência germânica em seu conteúdo, bem como tantas outras legislações próprias dos nascentes reinos, posteriores ao império romano do ocidente. Várias são as legislações bárbaras que têm como referência o direito romano, mas nem todas mantêm as características da legislação visigoda. A experiência jurídica ostrogoda, por exemplo, parece aplicar o princípio da personalidade do direito, diferenciando o as leis a serem aplicadas entre romanos e bárbaros. Os longobardos também se distinguem no que tange ao seu patrimônio j*urídico. O Edictum longobardorum* (634 d.C.), do

legislação bárbara pode-se citar as Instituições de Gaio, as Sentenças de Paulo e o livro *De officio proconsulis* de Ulpiano, bem como pela codificação tardo-romana representada pelo Código Teodosiano (438 d.C.).[47]

Cabe evidenciar que as normas escritas e impostas pelos reis bárbaros, muito embora apresentassem influencia romana, tinham fortes características germânicas, e eram contrastadas pelos costumes germânicos. A permeabilidade de conceitos e normas, sistemáticas e institutos, entre as duas experiências jurídicas pode ser evidenciada como um processo de vulgarização do direito romano, ou ser identificada como a formação de novos sistemas jurídicos, que se adequam às nascentes necessidades sociais e são baseados em experiências pré-existentes.[48]

O uso de textos e noções de direito romano como fonte para textos normativos de outras experiências jurídicas não afasta o questionamento do seu uso como fonte primária, bem como a hierarquia das fontes existentes. O processo de codificação observado por meio de *edicta*, *codices* e *leges* denota a hegemonia das normas escritas, provenientes de reis com a intervenção de concílios, mas sem o envolvimento direto de assembleias populares. Nesse contexto, denota-se uma hierarquia das fontes do direito que dá hegemonia às normas escritas do direito próprio de cada reino (*iura própria*).[49]

Porém, a incompletude dessas normas, observada por meio das 154 disposições do *Edictum Theodorici*, que nem de longe regulam os diferentes aspectos da vida em sociedade, e ao mesmo tempo o silêncio em relação às demais fontes, permitem hipotizar a presença da tradição romanística não apenas como fonte subsidiária, mas também como fonte primária na experiência jurídica visigoda, muito embora amplamente cotejada pelos costumes germânicos dentro da hierarquia das fontes do direito.[50]

A unificação de parte dos reinos de origem bárbara com a formação do Império Carolíngio, muito embora reviva atributos políticos romanos, como a universalidade do poder político do imperador, não necessariamente fortalece a tradição romanística em suas legislações. A Igreja, por

---

rei longobardo Rotário, é um modelo de legislação bastante peculiar, no qual mesmo podendo observar a influência romana, é ainda mas forte a influência germânica, dando um novo perfil à legislação bárbara.

47 Código oficial do Império Romano do Oriente, feito sob o Imperador Teodósio (408-450 d.C.), mas também adotado por Valentiano III (425-55), Imperador do ocidente.

48 Sobre a vulgarização e o direito novo ver CALASSO, Francesco. **Medio evo del diritto**. Milano: Giuffrè, 1954, p. 107 s. e GARZÓN, Fabio Espitia. **Historia del Derecho Romano**. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 531 ss.;

49 GARZÓN, Fabio Espitia. **Historia del Derecho Romano**. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 527.

50 Sobre o espírito do direito germânico, ver CALASSO, Francesco. **Medio Evo del diritto**. Milano: Giuffrè, 1954, p. 124.

sua vez, não se afastou do "direito novo" ou romano vulgarizado, mantendo-o como uma importante referência e fonte do direito.

As maiores polêmicas e resistências em relação aos textos romanos pela Igreja ocorrem apenas no século XI, quando os textos romanos serão recepcionados em âmbito político e jurídico com convicção de universalidade e terão um forte papel na experiência jurídica do Sacro Império Romano Germânico.[51] A valorização do estudo do direito romano e de sua tradição romanística não descarta, porém, os direitos próprios de reinos e de cidades fundados em tradições jurídicas romanas, canônicas e germânicas.[52]

3.3 A Escolástica e a nova forma de ver o Direito

O contexto econômico presente nas cidades europeias, florescentes a partir do século XI, torna mais flexível a estrutura e a mobilidade social, permitindo certo desenvolvimento à noção de homem, enquanto indivíduo, e à sua distinção em base às próprias escolhas e não à estrutura social. A mudança social ocorre permeada pelo desenvolvimento do humanismo cristão e faz-se presente nas incipientes escolas. Evidencia-se no estudo e reflexão cristã a natureza humana e a vida terrena, buscando na cultura antiga inspiração para os novos tempos.[53] A profunda diferença entre os contextos sociais e políticos evidenciam, porém, que muito embora a cultura antiga sirva de inspiração, ela não oferece soluções que possam ser prontamente aplicadas ao contexto social medieval.

Basta considerar que a concepção medieval do mundo é permeada pela ideia de ordem universal, abrangendo homens e coisas, dentro de uma orientação voltada para a aproximação ao Criador, como fim último. Nesse sentido, o direito cristão e toda a organização social tinham como

---

[51] VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 118; HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**: síntese de um milénio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 141.

[52] HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**: síntese de um milénio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 142.

[53] No século XII inicia-se o movimento de humanismo escolástico, com a valorização de estudos e reflexões sobre o homem e sua natureza. Sobre inspiração antiga e inovação medieval nas cidades, ver LE GOFF, Jacques. **As raízes medievais da Europa**. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 145 ss.

fundamento a ordem divina da criação.[54] A consciência das dificuldades de transposição levou à busca por novas atitudes e possibilidades espelhadas no passado.[55]

A busca pelo antigo com a consciência da necessidade de inovação faz-se presente no que concerne também ao direito e à dinâmica de suas fontes, com a redescoberta e evidência de noções de direito romano, em pleno século XII, principalmente por meio da compilação de textos de Justiniano, posteriormente chamada de *Corpus iuris civilis*.[56] Esse é considerado aos olhos da maioria dos juristas da Europa continental o *ius*-direito em absoluto. A fundamentação da legitimidade e autoridade dos textos de direito romano nesse período causa, porém, dissenso entre os três autores referenciados.

Orestano afirma que a vigência do *Corpus iuris civilis* como direito absoluto, durante o período medieval, está fundamentada principalmente na autoridade de Justiniano e na afirmada continuidade entre os impérios, bem como na sua forma sistematizada e no método casuístico, por meio do qual o estudo e a prática do direito são desenvolvidos e expostos, permitindo modelos para os negócios jurídicos medievais.[57]

---

[54] A ordem social trazida por Santo Agostinho e que permeia o período medieval era composta de três classes/funções: o sacerdote, o guerreiro e o servo (trabalhador braçal). Como bem evidencia Hespanha essa era uma fórmula muito antiga (tem-se traços na cultura indo-européia) de representar a diversidade de *status* pessoais dentro da sociedade. HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia: síntese de um milénio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 101 s. e 112.

[55] "Há uma consciência da redescoberta adaptada a um novo contexto". SALGADO, Karine. **A filosofia da dignidade humana** – Por que a essência não chegou ao conceito? Belo Horizonte: Mandamentos, 2011, p. 20 s. MORRIS, Colin. The discovery of the individual 1050-1200. Toronto: University of Tororntо Press, 2004, p. 160. Como referência de novos parâmetros de reflexão pode-se citar Pedro Abelardo (Reino da França, 1079-1142).

[56] A compilação de textos realizada sob o Imperador Justiniano, denominada posteriormente de *Corpus iuris civilis,* foi a principal abro de referência normativa para a transmissão de elementos de noções do direito romano durante a baixa idade média e a modernidade, por meio de múltiplos procedimentos de estudo dedicados a ele. As interpretações e as doutrinas que surgem, permeiam e se desprendem do estudo do *Corpus iuris*, proporcionam uma das melhores chaves para a compreensão do desenvolvimento do direito e do seu regime de fontes durante a última parte do período medieval e o início da modernidade. Essa constatação deve-se à compreensão do *Corpus iuris*, das interpretações e das doutrinas jurídicas que se desprendem daquele como a trama e a estrutura de grande parte das ciências jurídicas da Europa. O *Corpus* fundamenta a tradição romanística considerada como "uma formação de valor europeu, que, sem limites temporais e territoriais definíveis com exatidão, se vai constituindo em um corpo mais ou menos flutuante, porém, compacto no fundo, de doutrinas jurídicas" (ORESTANO, Riccardo. **Introducción al estudio del derecho romano.** Trad. y notas: Manuel Abellán mVelasco Madrid, 1977, p. 502). Como bem evidencia Mario Talamanca (*Istituzioni di diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 5), o papel do *Corpus iuris civilis* na história do direito europeu foi além do modelo de estudo do direito do ponto de vista científico, e abarcou os fundamentos e os limites da casuística, constituindo uma parte do direito vigente, principalmente no âmbito do direito privado. Interessante evidenciar que os juristas que realizaram a compilação tinham, segundo Orestano (*Ibid*, p. 493 s.), uma certa consciência de que sua posição não estava totalmente dentro do que poderia se chamar de direito romano, enquanto direito vivido pelos romanos dentro da experiência jurídica romana, mas de certa forma já estava distanciada e externa em relação à ela. Foi durante o período medieval que a obra de Justiniano passou a ser confundida e denominada de *ius romanum*, ou seja, direito romano "à pleno título". Interessante evidenciar também que a compilação de textos realizada sob o Imperador Justiniano recebeu esse nome apenas no século XVI, por Dionísio Gotofredo.

[57] ORESTANO, Riccardo**. Introducción al estudio del derecho romano**. Trad. y notas: Manuel Abellán Velasco Madrid, 1977, p. 495.

A concepção de Villey, sobre a recepção e valorização dos textos de direito romano, demonstra-se mais voltada, porém, para as insuficiências do "direito cristão" e as necessidades práticas econômico-comerciais do século XI e XII.

> Por mais simpatia que eu tenha pela história filosófica, não vejo como evitar, para explicar o nascimento da escola bolonhesa, a invocação de necessidades práticas. E também a lembrança das insuficiências do sistema jurídico oriundo da justiça cristã: este, como vimos, tinha o defeito de ser vago e exigente demais. (…) O direito cristão talvez bastasse, poderíamos pensar, para comunidades rurais, senhoriais, patriarcais, para grandes famílias, para grupos feudais restritos. 58

O direito cristão medieval não supriria as necessidades práticas da sociedade, que permeiam o crescimento das cidades, onde justamente apresenta-se o modelo da experiência jurídica romana, como sistema conhecido que fornecia alguma assistência. A recepção mais ampla das noções de direito romano seria então observada com a redescoberta dos textos de Justiniano no norte da Itália e com o nascimento da escola de Bolonha.[59]

A recepção dos textos de direito romano é trazida por Hespanha sob um ângulo muito mais próximo de Orestano, evidenciando a convicção de universalidade no direito do Império Carolíngeo e no Sacro Império Romano Germânico.[60] A importância da recepção do "direito romano" nesse período, não pode ser menosprezada, diante do contraste entre a tradição romanística e a experiência jurídica germânica na alta idade média, pois "os costumes gerais ou locais dos vários povos europeus (*iura propria*) contrastavam fortemente, em muitos domínios, com o direito romano".[61]

Hespanha desconstrói então a recepção dentro de uma perspectiva de história "social", que se aproxima daquela proposta por Villey, onde "costuma-se dizer que a recepção do direito romano estava de acordo com as formas de vida econômica em desenvolvimento na Europa de então".[62]

> A este novo tipo de relações econômicas seriam necessárias três coisas no plano jurídico – um direito *estável*, que garantisse a segurança jurídica e institucional necessária à *previsão* e ao *cálculo* mercantil, um direito *único*, que possibilitasse o estabelecimento de um comércio inter-europeu, e

---

58 VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 119.

59 VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 118.

60 HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**: síntese de um milénio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 141.

61 Sobre as diferenças entre direito recebido e direito tradicional, ver HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**: síntese de um milénio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 142 e 158 ss. As questões jurídicas deveriam então ser resolvidas de acordo com os estatutos comunais, e se o estatuto fosse ausente caberia a resolução de acordo com o "direito romano".

62 HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**: síntese de um milénio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 144

> um direito individualista, que fornecesse uma base jurídica adequada à actividade do empresário, livre das limitações comunitaristas que os ordenamentos juricios medievais tinham herdado do direito germânico. O direito romano constituiria, precisamente um ordenamento jurídico dotado de todas estas características: a sua abstração (*i.e.*, o facto de as situações visadas pelas normas estarem nelas descritas através de formas muito estilizadas e, portanto gerais) opor-se-ia ao casuísmo dos direitos da Alta Idade Média; depois, era aceite como direito subsidiário comum a todas as praças comerciais europeus, constituindo uma *língua franca* de todos os mercadores, [...]. Por último, os grandes princípios dos sistemas jus-romanista coincidiriam, no fundamental, com a visão capitalista das relações mercantis – liberdade de ação negocial, garantida pelo princípio da autonomia da vontade; possibilidade de associações maleáveis e funcionais, facultada pelas figuras romanísticas da personalidade jurídica ou colectiva (universitas, corpora, etc.); extensão ilimitada do poder de lançar os bens e capitais no giro mercantil, facultada por um direito de propriedade que desconhecia quaisquer limitações sociais ou morais ao uso das coisas.[63]

O "direito romano" não se caracterizaria então pela abstração, não garantiria a comunicação jurídica entre as grandes praças comerciais europeias e não conseguiria inverter o anti-individualismo dos direitos medievais europeus (até porque o individualismo não é uma característica do direito romano).[64]

As causas de recepção do "direito romano" estariam então em outros planos e seriam concernentes à: convicção de unidade política e caráter universal trazido pelo Império; ter fontes muito mais completas e sofisticadas do que a dos direitos germânicos alto-medievais e dos direitos locais; a casuística romana cobrir a generalidade das situações práticas; ter doutrina sobre os casos explicando e justificando as soluções propostas; elaboração de argumentos gerais que serviam como linhas de orientação do saber jurídico, dando coerências as soluções casuísticas.[65]

O "direito romano" apresentava-se então não apenas como uma imposição política, mas como um conjunto de regras e casos que apresentavam soluções razoáveis e convincentes para a generalidade de problemas práticos enfrentados no período medieval. A recepção de modelos jurídicos romanos ocorre, portanto, na visão do autor, por uma escolha política aceita pela sua razoabilidade, muito mais do que pela sua correspondência às aspirações das necessidades econômicas e comerciais de abstração do período medieval.66

O confronto entre a história da filosofia e a história do direito denota, portanto, não apenas um diferente ângulo de visão, mas diferentes fundamentos e a particular evidenciação de

---

[63] HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**: síntese de um milénio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 144 s.

[64] HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**: síntese de um milénio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 145.

[65] HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**: síntese de um milénio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 145.

[66] HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**: síntese de um milénio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 146.

conotações humanísticas ou políticas para a valorização dos textos romanos e impulso para a tradição romanística. O diálogo entre o direito e a filosofia mostra-se, portanto, profícuo na explicação da dinâmica das fontes do direito.

3.4 A tradição romanística como instrumento político

Em âmbito político, Orestano67 evidencia que parte da Igreja concebia o estudo dos textos de direito romano, e da tradição romanística que se forma, como um instrumento laico de embate contra o poder religioso e a pretensão de hegemonia do direito canônico.68 Cabe evidenciar, porém, que mesmo com o que Villey entende como uma parcial resistência, a ciência que envolve a teologia e os textos jurídicos da Igreja também foi invadida por interpretações com elementos da filosofia antiga e de direito romano, a partir do século XII.69

"Nesse mesmo sentido, nos primeiros comentários dos decretalistas e de certa forma no próprio Graciano, o direito romano teve esse papel ancilar; pede-se a ele definições, serve para a interpretação dos textos do direito da Igreja."[70]

O movimento escolástico, fomentado também no seio da Igreja, estuda e desenvolve as ciências profanas de forma autônoma em relação à teologia revelada e consequentemente afastando-se dela e da doutrina agostiniana. Esse movimento permeia os centros de estudos e escolas diocesanas, permitindo o florescimento das universidades.[71] Nesse contexto de estudos de clássicos da filosofia e da dialética, que abarca textos de autores "profanos" (antigos e muçulmanos), observa-se a dinâmica e riqueza que se desvincula do dogmatismo.

"A despeito de nossos preconceitos, não há nada mais contrário ao dogmatismo que a inteligência medieval, respeitosa da transcendência, consciente da fragilidade de todas as opiniões humanas, dialética, disposta a acolher a contradição."[72]

A riqueza medieval indicada pelo autor francês pode ser bem observada na escola dos glosadores, que a partir da primeira metade do século XII, por meio de Irnerius, começou a ensinar

---

67 ORESTANO, Riccardo. **Introducción al estudio del derecho romano**. Trad. y notas: Manuel Abellán Velasco Madrid, 1977, p. 517.

68 ORESTANO, Riccardo. **Introducción al estudio del derecho romano**. Trad. y notas: Manuel Abellán Velasco Madrid, 1977, p. 378.

69 GAUDEMET, Jean. **L'Église dans l'empire romain**. Paris: Sirey, 1958, p. 604; VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 124.

70 VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 124. DANIEL-ROPS, Henri. A igreja das Catedrais e das Cruzadas. 2° ed. Tradução de Emérico da Gama. São Paulo: Quadrante, 2011, p. 377.

71 VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 124 s.

72 VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 127.

em Bolonha o direito presente nas obras de direito justinianeu. Como bem evidencia Hespanha[73], "As características mais salientes e originárias do método bolonhês são a *fidelidade ao texto justinianeu* e o *carácter analítico* e, em geral, *não sistemático*". A fidelidade deve-se a concepção de que os textos romanos tinham uma origem quase sagrada, cabendo aos glosadores apenas interpretá-los e nunca propor modificações, adequações ou ampliação de seu sentido.

O trabalho dos glosadores era pautado pela exegese dos textos romanos, voltado para um objetivo teórico-dogmático de demonstrar a sua racionalidade, mantendo distanciamento em relação às esferas jurídica e legislativa de seu tempo. Tal fato, não excluia, porém, a influência do seu trabalho em tais esferas, devido à autoridade intelectual dos textos romanos em época de um novo império. O direito romano pós-clássico reconhecia ao imperador amplo poder legislativo, tornando seu estudo interessante para as aspirações do imperador Frederico I. A maior parte dos juristas e estudiosos mais eminentes, no que tange aos textos romanos, passaram então a apoiar o imperador, sobre sua superioridade política em matéria temporal. "De facto, justamente porque falavam com a autoridade de um direito imperial e creditado, além disso, com um prestígio quase sagrado, a sua palavra acabou por ser decisiva, mesmo ao nível da alta política da época"[74]

Nesse sentido, observa-se o claro apoio do imperador Frederico I ao estudo e aplicação daquele direito, promulgando em 1158 a *constitutio Authentica Habita* ou *Privilegium Scholasticum*, que estabelecia proteção aos estudantes e estudiosos dentro da cidade de sua residência universitária ou em viagem de estudos, prevendo que o agressor (em caso de violência ou dano) responderia pelo quadruplo da pena, com nota de infâmia e se fosse um oficial ainda perderia seu cargo.[75]

---

[73] A concepção sagrada dos textos justinianeus, segundo Hespanha, seria porque os glosadores pensavam que Justiniano teria sido contemporâneo a Cristo, quando na verdade ele viveu no século VI d.C. HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**: síntese de um milénio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p.198. A justificativa de Hespanha para a quase sacralidade dos textos justinianeus na atividade da glosa é parcial e desconsidera que no mesmo período existe a busca por novos modelos e de certo retorno ao antigo para o encontro de soluções para os problemas jurídicos impostos pela sociedade.

[74] HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**: síntese de um milénio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 199 e 200.

[75] Sobre o debate acerca da extensão das imunidades e privilegios a todos os estudantes de todas as faculdades ou apenas aos estudantes de Direito civil, ver MARONGIU, Antonio. **Le privilegium scholasticum de Frédéric Barberousse et son application.** In Cahires de civilisation médiévale, vol. 15, ano 1972, p. 295-301, Disponível em http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ccmed_0007-9731_1972_num_15_60_1928, acessado em 04 abr. 2015. HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**: síntese de um milénio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 202.

Evidencia-se que o apoio não se limitou ao imperador Frederico I, sendo que em 1224, o imperador Frederico II continuou apoiando os estudos dos textos de direito romano, e das artes profanas, por meio da fundação da Universidade de Nápoles.[76]

A importância reconhecida ao estudo e aplicação do "direito romano", por meio da escola de Bolonha, não afasta, porém, certa resistência por parte de alguns juristas e da própria igreja, em base à doutrina agostiniana. Muito embora houvesse a clara contraposição da Igreja, Gaudemet e Villey observam que, no século XII, nos comentários dos decretalistas e de certa forma na obra do próprio Graciano, havia o uso de definições do direito romano para a interpretação dos textos jurídicos da Igreja.[77]

Nesse sentido, seguindo Orestano, observa-se desde a colocação do "direito romano" como centro das fontes jurídicas medievais, um movimento lento e gradual de distanciamento daquele. Esse movimento é entendido, pelo autor italiano, em duas principais linhas:

- a de predominância de usos e costumes feudais em relação ao "direito romano", manifestada por Oberto del Orto, desde a primeira metade do século XII.[78]

- a de luta pela hegemonia do direito canônico em relação ao "direito romano", manifestada em documentos pontifícias de Alexandre III (1180) e de Honório III (1219) que proibiam o estudo do "direito romano" pelos membros da Igreja, bem como proibiam o seu ensino nas Universidades, inclusive na Universidade de Paris, principal centro de estudos teológicos.[79]

Importante frisar os diferentes pontos de vista de Orestano e Villey no que tange a esse momento da história. Muito embora Villey não menospreze a resistência e as "violentas reações" de alguns setores da Igreja em relação ao estudo de textos profanos e aos métodos da escolástica (citando como exemplo São Bernardo, Roger Bacon e São Boaventura); o autor francês entende que a resposta do papado (XIII) ao afluxo das ciências profanas foi flexível, denotando que a

---

[76] HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia:** síntese de um milénio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 201.

[77] GAUDEMET, Jean. **L'Église dans l'empire romain**. Paris: Sirey, 1958, p. 604; VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 124.

[78] ORESTANO, Riccardo. **Introducción al estudio del derecho romano**. Trad. y notas: Manuel Abellán Velasco Madrid, 1977, p. 496.

[79] ORESTANO, Riccardo. **Introducción al estudio del derecho romano**. Trad. y notas: Manuel Abellán Velasco Madrid, 1977, p. 517, nota 51. O autor italiano não cita a Bula de Gregório IX (Bula *Parens scientiarum*, 1231), e indica como fundamentação SAVIGNY, **Storia del diritto romano nel Medioevo**, vol. I, p. 641 e 643 ss.; ESMEIN, **Histoire du droit français.** Paris, 1925, p. 333 e outros. DANIEL-ROPS, Henri. **A igreja das Catedrais e das Cruzadas**. 2° ed. Tradução de Emérico da Gama. São Paulo: Quadrante, 2011, p. 377 s. Sobre o importante trabalho de Graciano e Alexandre III para o direito canônico, ver GROSSI, Paolo. **L'ordine giuridico medievale.** Roma-Bari: laterza, 2002, p. 203-215.

política papal não era contrária ao seu desenvolvimento, mas tinha por objetivo vigiá-las para evitar a difusão de um conhecimento contrário à fé cristã.[80]

> os papas procuraram temperar o desenvolvimento dos estudos de direito romano, tentaram desviar deles o clero, sobretudo os monges (decretais de Gregório IX, III, L, 3 e 10; Sexto, III, XXIV, 1) aceitaram proibi-los na Universidade de Paris (Bula *Super specula[m]* de Honório III, em 1219). No fim das contas, eles favoreceram esses estudos. (…) A política papal não é se opor aos progressos da ciência profana, mas vigiá-los. A Santa Sé parece ter sido convertida de antemão à teologia tomista de que se pode e se deve confiar no conhecimento natural, o qual por ter a mesma origem divina, não poderia, em última instância, contradizer a Revelação, cujo curso ainda seria inútil querer deter; mas que esse conhecimento é falível, que muitas vezes os filósofos erram, pelo menos os menos sábios entre eles, e cujas teses, por conseguinte, é preciso submeter ao controle da fé. De modo tal que os papas, longe de proibir os estudos filosóficos, favorecem seu aprofundamento: contra os comentários árabes e contras as teses aventureiras de certos mestres parisienses recorrem a Aristóteles, confiantes de que seu texto autêntico não pode comportar os mesmos erros, e a outros mestres de ciência e fé mais comprovada. É assim que Alexandre IV manda Alberto Magno vir a Roma; que Urbano IV, em várias ocasiões, convoca para perto de si São Tomás. Trata-se de encarregá-los desta tarefa bastante positiva: de forma alguma a refutação de Aristóteles ou a rejeição da filosofia, mas essa síntese entre Aristóteles e a fé cristã que São Tomás viria a realizar.[81]

A síntese entre Aristóteles e a fé cristã proporcionada por São Tomás é concebida como uma nova teologia e filosofia que fundamenta uma nova doutrina do direito, baseada na circulação e estudo de novas fontes, em particular aquelas que permitiam uma nova concepção do direito como os textos jurídicos de Cícero (*De officiis* e *De inventione*) com elementos de teoria geral do direito e de classificação das suas fontes do direito. Observa-se então que noções de direito romano permeiam a obra do angélico, que concebe o direito, como objeto da justiça, o identificando com o justo e não o resumindo à lei.[82]

No século XIII, o grande debate sobre as fontes do direito envolve o direito natural, que pode ser entendido conforme a definição sacra de Graciano[83] ou a definição pagã dos romanos,

---

[80] VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 126-128. Em tratamento mais tangencial, porém, claramente favorável à benevolência papal para com o "direito romano", HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**: síntese de um milénio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 202.

[81] VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 128.

[82] VILLEY, Michel. O direito e os direitos humanos. São Paulo: M. Fontes, 2007, p. 119. Na concepção do Santo, o direito compõe-se de três sistemas: o direito divino (fruto da autoridade divina), o direito natural (concernente à natureza humana) e o direito positivo (que procede da vontade humana). São Tomás de Aquino. Suma teológica. II, II, qu. 57, art. 2. Ao tratar das regras que devem dirigir a conduta humana, na Suma teológica, Villey identifica: a lei eterna, a lei natural, a lei humana e as leis divinas reveladas. VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 136.

[83] Corpus iuris canonici. (v. 1) Gratianus Dist. I, Cap. VII. Col. 2: "Ius naturale est commune omnium nationum, eo quod ubique instinctu naturae, non constitutione aliqua habetur, ut... communis omnium possessio et omnium una libertas, acquisitio eorum quae cela, terra, marique capiuntur" (…). (v. 1) Gratianus. Dist. VIII: "Differt etiam ius naturale a consuetudine et constitutione. Nam iure naturale sunt omnia communia omnibus, quod non solum inter eos servatum creditur" [...]. Na Alta idade média, se conserva o conceito de lei natural, ou de direito natural transmitido pelos pais da Igreja e ele é até mesmo identificado com o ius naturale de Cicero (adequado aos interesses cristãos e tido como base de toda a legislação eclesiástica e civil). Nesse contexto, a concepção de direito natural em Graciano reafirma e consolida o conceito de direito natural como lei de origem divina, racional, universal,

em particular a de Ulpiano, evidenciada pelos glosadores, como "o que a natureza ensinou a todos os animais".[84] A doutrina do angélico amplia o conflito dentro do contexto filosófico medieval, devido às diferenças em relação à teoria de Santo Agostinho e em particular ao direito canônico (até então entendido com competência universal) e ao direito natural como fonte do direito.[85]

No que tange ao direito natural, São Tomás partia da concepção aristotélica para a construção de uma doutrina mais ampla, ordenada e coerente, baseada também nos fundamentos de Cícero, de Ulpiano, da Bíblia e de Santo Agostinho, buscando a conciliação entre as doutrinas.[86] O direito natural é então entendido pelo angélico como um direito mutável, como nossa própria natureza e as leis humanas, que lhe são expressão. Não sendo a única fonte do direito, o direito natural é inserido como parte de um quadro mais amplo, composto também pelo direito positivo e pelo direito divino.[87]

Os textos romanos, com caráter quase sacro e valor de direito positivo, ganham então uma nova leitura,

> Tampouco bastava restituir os textos romanos em seu teor original, pois estes não correspondiam às condições de vida medievais: era preciso fazer uma adaptação desses textos a um mundo novo (que será realizada sobretudo pelos pós-glossadores), era preciso uma jurisprudência e uma legislação novas; portanto, para além do direito romano, tinha de ser restaurada sua fonte viva, restaurada a filosofia que outrora fundamentara sua autoridade e presidira à sua gênese.[88]

Villey evidencia ainda que a lei positiva ocupa um lugar importante na teoria geral das leis de São Tomás. As leis positivas humanas seriam "uma necessidade pela própria natureza do homem, sociável e naturalmente destinado à ordem política", ao mesmo tempo em que procederia da vontade, por meio, da autoridade presente naturalmente em todo grupo político humano e seria um prolongamento da lei natural e do justo natural. [89]

A lei humana deve, por ser fruto da razão e da vontade, ser justa e editada para o bem comum do povo, conforme as circunstâncias de tempo e de lugar, visto que o justo natural é

---

imutável, que fundamenta o ius gentium e o ius civile. SPIAZZI, Raimondo. Enciclopedia del pensiero sociale cristiano. Bologna: Edizioni Studio Domenicano, 1992, p. 211.

[84] D. 1.1.1.3. Ulpianus, **Libro primo institutionum.**

[85] VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 138.

[86] VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 140.

[87] São Tomás. **Suma teológica**. Supl., qu. 65, e De mutatione legem, I, II, qu. 97, art. 1, 3 e 4. VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moder**no. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 136 e 149.

[88] VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 138.

[89] São Tomás. **Suma teológica**. Iª, IIæ, qu. 95, art. 1. O regime político pode ser de monarquia, aristocracia, oligarquia, democracia ou um governo/constituição mista, baseada na aceitação popular. VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 150 s.: "O próprio termo positivus (que foi forjado, conforme o sentido comum do sufixo ivus, como em captivus, votivus) deve grande parte de seu sucesso na linguagem jurídica moderna a são Tomás, que o extraiu das traduções latinas de Aristóteles, como começara a fazê-lo a escolástica anterior".

mutável.[90] A lei humana obriga moralmente por impor o justo, mesmo que de certa forma fruto da arbitrariedade do homem, devolvendo aos juristas sua função legisladora.[91] Nesse sentido, com São Tomás ressurgem características de um direito profano, por meio do método de uma jurisprudência laica e do recurso aos textos de direito romano, principalmente de Cícero e de Ulpiano, sendo capaz de adaptá-lo às condições de vida da época. [92]

A cristianização das concepções de direito romano desenvolve, porém, um papel importante para a tradição romanística, uma vez que fortalece a sua integração ao sistema de fontes do direito da maior parte dos reinos europeus (mesmo que em caráter subsidiário).

> A partir do século XIII, primeiro em Itália e, depois, um pouco por toda a parte, o direito romano passa a estar integrado no sistema de fontes do direito da maior parte dos reinos europeus, mesmo naqueles que não reconheciam a supremacia do imperador, embora, nestes casos, apenas quando se verificasse não estar a matéria em causa regulamentada pelo direito local. O mesmo aconteceu na Alemanha, onde a recepção foi mais tardia (séculos XV/XVI)[93]

A contraposição e a flexibilidade aos textos de direito romano e à tradição romanística, durante os séculos XII e XIII, conseguem gerar uma tendência de afastamento ao estudo dos textos de direito romano, em especial do *Corpus iuris civilis,* e o desenvolvimento do que Hespanha chama de segunda fase no regime das fontes do direito, com a clara presença e hegemonia dos *iura propria*.[94]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pluralidade e a dinâmica do regime das fontes do direito evidenciam a existência de concepções diversas do direito, bem como seus reflexos na prática e vivência social.[95] Observou-se que as continuidades e descontinuidades no regime das fontes do direito, denotando a importância de seu estudo, enquanto origem das normas jurídicas em período medieval.

Para a contextualização e compreensão do tema, optou-se pela consulta e evidência das abordagens de três autores: Orestano, Villey e Hespanha. O primeiro é um romanista, o segundo

---

[90] "Assim o direito é a um só tempo fruto da razão e da vontade: da razão, na medida em que deriva da ciência da natureza; da vontade humana, na medida em que o poder legislativo lhe acrescentou fixidez, forma escrita rígida, precisão." VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.151.

[91] São Tomás. **Suma teológica**. II, II, qu. 95, art. 4.

[92] VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.151 e 157.

[93] HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**: síntese de um milénio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 143 s.

[94] HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**: síntese de um milénio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 245, nota 51.

[95] VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 90.

um historiador da filosofia do direito e o terceiro é um historiador do direito. As diferentes matrizes dos autores em termos de experiência e cultura jurídica delineiam diferentes abordagens que nos permitem enriquecer a pesquisa e o debate da doutrina no que tange às fontes do direito, em período medieval.

Nesse contexto, evidencia-se a importância dos textos de direito romano e da tradição romanística, como fonte do direito, sofrendo profundas mudanças diante da crescente regulação jurídica das relações sociais por meio dos usos e costumes, das normas positivadas, da influência da filosofia e da política da Igreja e do Sacro Império Romano Germânico.

O papel da tradição romanística, enquanto fonte do direito, ganhou espaço por meio dos costumes e concepções de direito da população de cultura romanizada e da omissão das regras fruto da experiência jurídica bárbara. Observa-se então a sua atuação em um plano de influência "formal" no regime das fontes do direito, representando a concepção de fonte primária ou subsidiária.

Em paralelo à dinâmica do regime das fontes do direito, que atribuiu diferentes *status* à tradição romanística, como uma dentre as fontes "formais", como a lei e os costumes; ocorre a sua influência "informal", fazendo-se presente de forma interna aos institutos jurídicos, transmitindo elementos de noções romanas às instituições jurídicas locais e posteriormente presentes nas ordenações, consolidações e códigos. Em paralelo pode-se observá-lo ainda como modelo/paradigma na composição de novos sistemas jurídicos, do ponto de vista sistêmico. O direito romano, por meio da tradição romanística, participa, portanto da experiência jurídica medieval em diferentes, muito embora indissociáveis modos de construir o direito.

A conotação jurídica e a política atribuída aos textos de direito romano e à tradição romanística, implicou, portanto no seu reconhecimento como fonte primária ou subsidiária nas diferentes experiências jurídicas abordadas; visto que desde os reinos bárbaros, instalados em territórios outrora do império romano, existia o reconhecimento normativo dos textos de direito romano por meio de sua influencia sobre institutos jurídicos e noções em leis, costumes e doutrina da realidade jurídica medieval.

A influência da tradição romanística estende-se pela modernidade diante da afirmação do Estado e do poder do soberano. A construção do monismo jurídico, por meio de leis e ordenações, causou o afastamento da tradição romanística. Esse quadro é ampliado pela incompatibilidade em

plano lógico do individualismo e do liberalismo com os preceitos romanísticos, que por sua vez é marcado pelas relações de hierarquia, pela centralidade do povo e de seus interesses em relação aos interesses particulares.

Cabe destacar, porém, que a reestruturação do regime das fontes do direito na realidade moderna não excluiu a tradição romanística. Nesse sentido, Orestano fundamenta a vigência normativa dos textos de direito romano na modernidade não somente do ponto de vista histórico, mas principalmente como um ato de vontade que reconhece valor normativo nos tempos e nos lugares nos quais e para os quais essa vontade se manifesta.[96] Para Orestano, a vontade de reconhecer valor normativo ao "direito romano" nos diferentes tempos e lugares cria uma experiência distinta daquela romana, visto que o direito não é algo independente da sociedade que o expressa. A ligação intrínseca entre direito e sociedade faz com que as adaptações e desenvolvimentos jurídicos tornem-se fruto da nova experiência. Os estudos e interpretações feitos ao *Corpus iuris civilis*, durante os períodos medieval e moderno, tentando adequar os elementos de noções e princípios romanos à uma outra realidade, refletem justamente a construção dessa nova experiência.[97]

A importância do "direito romano", no que concerne aos atuais ordenamentos jurídicos de caráter *civil-romanístico,* não deve ser condicionada, portanto, ao debate sobre a sua vigência, mas deve ser concebida e evidenciada como o princípio, início do processo histórico e jurídico que permitiu a formação dos ordenamentos hodiernos e ainda se faz vivo dentro desses.[98]

É nessa concepção de princípio, que fundamenta a necessidade e a vontade de reconhecer valor normativo, que se deve tratar a experiência jurídica romana em relação à hodierna experiência europeia e latino-americana, localizando no tempo e no espaço não somente a construção histórica do nosso direito, mas também a vontade de reconhecer princípios e noções originalmente romanos. Cabe aqui a concepção de uma experiência jurídica hodierna originada, permeada e enriquecida pelo *ius*, refletindo que a consciência histórica não pode ser medida pelo

---

[96] ORESTANO, Riccardo. **Introducción al estudio del derecho roman**o. Trad. y notas: Manuel Abellán Velasco Madrid, 1977, p. 509.

[97] ORESTANO, Riccardo. **Introducción al estudio del derecho romano**. Trad. y notas: Manuel Abellán Velasco Madrid, 1977, p. 510. Com sérias críticas a Orestano ver CATALANO, Pierangelo. **Diritto e persone**. Torino: Giappichelli, 1990, p. 91.

[98] Parte-se da concepção de principium de Gaio, da relação entre direito e história, ou seja, do princípio, como a parte mais importante (dig. 1,2,1 "potissima pars principium est"). Não cabe, portanto, ao "direito romano" a atribuição de matéria histórica, mas de matéria propedêutica nos cursos de direito, sem a qual a compreensão do atual ordenamento jurídico torna-se parcial e limitada à concepção estatal e positivista.

conhecimento que se tem do passado, mas pela posição que se assume diante deste em relação ao presente.[99]

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AUGÉ, Guy. Apresentação: Michel Villey, história e filosofia, história de uma filosofia. In VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berlinder. São Paulo: Martins fontes, 2009.

BEVILACQUA, Clóvis. **Resumo das lições de legislação comparada sobre o direito privado**. Bahia, 1897.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10. ed. 1997.

CALASSO, Francesco. **Medio Evo del diritto**. Milano: Giuffrè, 1954..

CATALANO, P. **Populus Romanus Quirites**. Torino:Giappichelli, 1974.

CATALANO, Pierangelo. **Diritto e persone**. Torino: Giappichelli, 1990.

CATALANO, P. **La religione romana internamente**. Il punto di vista giuridico, in Studi e materiali di Storia delle religioni. LXII (1996).

DANIEL-ROPS, Henri. **A igreja das Catedrais e das Cruzadas**. 2° ed. Tradução de Emérico da Gama. São Paulo: Quadrante, 2011.

DAVID, René. **L'originalité des droits de l'Amerique Latine**. Le Droit Comparé. Droits d'hier, Droits de demain. Paris, 1982.

DE CAPITANI, Franco. **Il "De libero Arbitrio" di S. Agostino.** Milano: Vita e Pensiero, 1994.

FALASCHI, Pier Luigi. **Edictum Theodorici Regis Italiae**. Milano: Giuffrè, 1966.

FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzionalismo**. Roma-Bari: Laterza, 2009.

GARZÓN, Fabio Espitia. **Historia del Derecho Romano**. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

GAUDEMET, Jean. **L'Église dans l'empire romain**. Paris: Sirey, 1958.

[99] ORESTANO, Riccardo. **Introducción al estudio del derecho romano**. Trad. y notas: Manuel Abellán Velasco Madrid, 1977, p. 515.

GEERTZ, Clifford. **Le savoir local, savoir global**. Les lieux du savoir.Paris: PUF, 1968.

GROSSI, Paolo. **L'ordine giuridico medievale**. Roma-Bari: Laterza, 2002.

GROSSI, Paolo. **Primeira Lição sobre direito**. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HEGEL, G. W. F. **Lezioni sulla filosofia della storia III**. Trad. G. Calogero C. Fatta. Firenze, 1963.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**: síntese de um milénio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

LE GOFF, Jacques. **As raízes medievais da Europa**. Petrópolis: Vozes, 2007.

LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. **Curso de direito romano**. Rio de Janeiro, 1931.

MARONGIU, Antonio. Le privilegium scholasticum de Frédéric Barberousse et son application. In **Cahires de civilisation médiévale**, vol. 15, ano 1972, p. 295-301, Disponível em http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ccmed_0007-9731_1972_num_15_60_1928, acessado em 04 abr. 2015.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Editora Trotta, 1998.

MORRIS, Colin. **The discovery of the individual 1050-1200**. Toronto: University of Torornto Press, 2004.

MORTARI, Vincenzo Piano. Il problema dell'interpretatio iuris nei commentatori. In **Annali di Storia del Diritto**, 1958.

MUSSELLI, Luciano. **Storia del diritto canonico**. Torino: Giappichelli, 1992.

ORESTANO, Riccardo. **Introducción al estudio del derecho romano**. Trad. y notas: Manuel Abellán Velasco Madrid, 1977.

ORESTANO, Riccardo. **I fatti di produzione normativa dell'esperienza giuridica romana.** Torino: Giappichelli, 1967.

RASI, Piero. La legislazione giustinianea ed il c.d. Edictum theodorici. In **Studi in onore di Pietro de Francisci,** vol. IV, Milano: Giuffrè, 1956.

REPOSO, Antonio. Fonti del Diritto. In: MORBIDELLI, Giuseppe; PEGORARO, Lucio; REPOSO, Antonio; VOLPI, Mauro. **Diritto pubblico comparato**. 3. ed. Torino: Giappichelli, 2009.

SAVIGNY, Storia del diritto romano nel Medioevo, vol. I, p. 641 e 643 ss.; ESMEIN, **Histoire du droit français**. Paris, 1925.

SALGADO, Karine. **A filosofia da dignidade humana** – Por que a essência não chegou ao conceito? Belo Horizonte: Mandamentos, 2011.

SANTO AGOSTINHO. **De libero arbitrio**. Milano: Vita e Pensiero, 1994.

SANTO AGOSTINHO. **La città di Dio. Roma**: Città Nuova Editrice, 2000.

SANTO AGOSTINHO. Contra Faustum. In **Oeuvres complètes de Saint Augustin**, T. XXV. Paris: Librairie de Louis Vivès, èditeur, 1870. Disponível em http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6543185w.r=S+Augustinus+Hipponensis%2C+Contra+Faustum.langPT. Acesso em 15 de junho de 2015.

SÃO TOMÁS. **Suma teológica**. São Paulo, Ed. Loyola, 2005.

SCHULZ, Fritz. **History of Roman legal science.** Oxford: Oxford University, 1953.

SPIAZZI, Raimondo. **Enciclopedia del pensiero sociale cristiano**. Bologna: Edizioni Studio Domenicano, 1992.

SINI, Francesco. **Documenti sacerdotali di Roma antica**. Sassari, 1983.

SURGIK, Aloisio. **Gens gothorum**. As raízes bárbaras do legalismo dogmático. Curitiba, Libro y Cultura, 2002.

TALAMANCA, Mario**. Istituzioni di diritto romano.** Milano: Giuffrè, 1990.

VALLADÃO, Haroldo. **Le droit latino-américain**. Paris, 1954.

VISMARA, Giulio. El Edictum Theodorici. In **Estudios visigóticos**, I, Roma y Madrid, 1956.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: M. Fontes, 2007.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

TAEDIUM VITAE DE NORBERTO BOBBIO E A ÉTICA MÉDICA

Cesar Luiz Pasold [1]

INTRODUÇÃO

O Objeto deste artigo é a percepção da circunstância da morte de uma pessoa, no caso concreto, Norberto Bobbio, sob as perspectivas de sua profícua Vida e Obra, e de aspectos de Ética Geral e de Ética Médica.

O Objetivo deste artigo é, num primeiro momento, relatar, em alguns momentos circunstanciadamente e em outros, resumidamente, a profícua vida intelectual, científica e pública de Norberto Bobbio. Em seguida examinar - sob o ponto de vista da Ética Geral e da Ética Médica - as circunstâncias da morte de Bobbio, e, especialmente, na pré-morte, considerada a decisão de seu filho, o Médico Cardiologista Marco Bobbio, de não submetê-lo a tratamentos meramente prolongatórios de vida.

Nas Considerações Finais resume-se objetivamente o exposto e estimula-se o Leitor à reflexão e pesquisa continuadas do tema, sob o referente do respeito à Vida, à Morte e à Dignidade Humana.

Na fase de investigação foi utilizado o Método Indutivo, no tratamento de dados o Método Histórico e o Método Analítico, e o relatório da pesquisa na forma do presente artigo, é na Base Lógica Indutiva[2]. As técnicas de apoio empregadas foram: Técnica da Categoria, do Referente e da Pesquisa Bibliográfica[3].

É pressuposto estratégico do presente Artigo a adoção de conceitos operacionais bem específicos e diferenciados entre as categorias Ética, Moral e Direito, o que se trata a seguir na presente Introdução. Aqui o Autor do presente artigo mantem o posicionamento conceitual

---

[1] **Cesar Luiz PASOLD** é Doutor em Direito do Estado pela USP; Pós Doutor em Direito das Relações Sociais pela UFPR; Professor e Orientador de Dissertações e Teses nos Cursos de Mestrado e de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Advogado- OAB/SC 943. CV Lattes: http://lattes.cnpq.br/6851573982650146**.** Email: cesarpasold@gmail.com.

[2] Importante alertar que não foi utilizado o método comparativo em nenhuma das fases da Pesquisa cujos resultados são relatados neste artigo. Esta ressalva é relevante porque o que se fez foi ilustrar o exame do caso concreto – atuação do Médico Marco Bobbio na situação terminal de Norberto Bobbio, sem desconsiderar a relação pai e filho - verificando a normativa em cinco Códigos Deontológicos ou Éticos Médicos selecionados, entre os quais, com ênfase, o do Brasil.

[3] PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** teoria e prática. 12. ed.rev.São Paulo: Conceito Editorial, 2011,p.25, 53,81 e ss.

construído e consolidado ao longo de sete anos, especialmente em três momentos/obras intituladas "O Advogado e a Advocacia"[4] (2001), "Personalidade e Comunicação"[5](2005) , e o "Ensaio sobre a Ética de Norberto Bobbio"[6](2008), e resultantes de reflexões a partir de leituras atentas de um conjunto de obras muito importantes para tais concepções[7].

Registra-se no presente artigo, pois, como proposta epistemo-operacional uma matriz conceitual específica das categorias Ética e Moral, entendidas como inconfundíveis entre si, e assim também para a categoria Direito. A Moral é considerada uma disposição subjetiva de determinação do que é correto e do que é incorreto para sob tal pressuposto, estabelecer-se uma noção própria do Bem e do Mal. Já a Ética é proposta como a atribuição [também subjetiva] de valor ou importância a pessoas, condições e comportamentos e, sob tal dimensão, é estabelecida uma noção específica de Bem a ser alcançado em determinadas realidades concretas, as institucionais e/ou as históricas[8]. O conceito operacional para a categoria Direito aqui proposto para efeitos de raciocínio é o que o entende como elemento valorizador, qualificador e atribuidor de efeitos a um comportamento, com o objetivo de que sejam asseguradas adequadamente a organização das relações humanas e a justa convivência, tendo a Sociedade conferido ao Estado o

---

[4] PASOLD, Cesar Luiz. **O Advogado e a Advocacia.** 3.ed. rev.atual.amp.Florianópolis: OAB/SC Editora, 2001.

[5] PASOLD, Cesar Luiz. **Personalidade e Comunicação**. 2 ed. rev.amp. Florianópolis: Plus Saber Editora, 2005.

[6] PASOLD, Cesar Luiz. **Ensaio sobre a Ética de Norberto Bobbio**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. Em especial da p.24 a 29.

[7] É justo homenagear aqui estes autores e obras que tanto forneceram e fornecem sustentação à fundamentação e sustentação dos Conceitos Operacionais então construídos e até aqui empregados com convicção teórica e prática, mas sempre sob a perspectiva de impactos e mudanças que possam vir, a perceber com a humildade científica que o Autor do presente artigo procura sempre cultivar e praticar. Esta bibliografia de leitura referencial foi: ABBAGNANO,Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes,1998. Título original: Dizionario di Filosofia; ARISTOTELES. **Ética a Nicômacos.** Tradução de Mário da Gama Kury. 3 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília,1999.Título original: Ethicon Nikomacheion; ARISTÓTELES. **Arte Retórica e Arte Poética.** Tradução de Antonio Pinto de Carvalho. Rio de Janeiro: Tecnoprint, s/d. 289 p. Título original: Art Rhétorique et Art Poétique; COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**- Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno. 3 reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2006; FIGUEIRA, M. S. A eticidade no ofício de julgar. **Verbis**. (12), 1998; GIANOTTI, José Arthur. Moralidade Pública e Moralidade Privada. *In* NOVAES, Adauto (org.). **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras/Secretaria Municipal de Cultura, 1992, p.239 a 245; HEGEL, G. W.F. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997. Título original:não disponível; HERMANS, Wilhelmus Godefridus. **Ética**- ensaio sociofilosófico. Brasília: OAB Editora, 2004; JONAS, Hans. **Técnica, medicina y ética**- Sobre la práctica del principio de responsabilidade. Tradução de Carlos Fortea Gil. Barcelona: Paidós, 1997. Título original: Technik, Medizin und Ethik.Zur Praxis des Prinzips Veranticortung;LAFER, Celso. A MENTIRA- Um capítulo das relações entre a ética e a política. *In* NOVAES, Adauto (org.) **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras/Secretaria Municipal de Cultura,1992;LIMA, Hermes. **Introdução à ciência do direito.**11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961;MELO, Osvaldo Ferreira de. Ética e Direito. **NEJ-** Vol.11 – n.1- p.35-39/jan-jun 2006; MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2000; PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1966. Título original: Éthique et Droit; REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 10 ed. rev. São Paulo: Saraiva,1983;ROUANET, Sérgio Paulo. Dilemas da Moral Iluminista. *In* NOVAES, Adauto (org.). **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras/Secretaria Municipal de Cultura, 1992, p. 149 a 162; SINGER, Peter. **Vida Ética**- Os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade. Tradução de Alice Xavier. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. Título original: Writings on na ethical life; TUGENDHAT, Ernst. **Lições sobre Ética.** 3 ed. Tradução de Róbson Ramos dos Reis, Aloísio Ruedell, Fernando Pio de Almeida Fleck, Errnildo Stein, Joãosinho Berckenkamp, Marianne Kolb, Mario Fleig. Petrópolis: Vozes, 1996.Título original: Vorlesungen über Ethik; WIENER, Norbert. **Cibernética e Sociedade.** Tradução de José Paulo Paes. 7. ed. São Paulo: Cultrix, 2000. 190p. Título original: The Human use of Human Beings.

[8] Conforme consta em: PASOLD, Cesar Luiz. **Personalidade e Comunicação,** 2 ed. rev.amp. Florianópolis: Plus Saber Editora, 2005, p.99. Também em: PASOLD, Cesar Luiz. **O advogado e a advocacia,** 3.ed. rev. atual.amp.Florianópolis: OAB/SC Editora, 2001 p.141.

necessário poder coercitivo para a preservação da ordem jurídica e a realização da Justiça[9].

Neste artigo não se aborda a questão em tela nem sob o ângulo da Moral nem do Direito. Assim, estabelecidos os conceitos operacionais distintos para Ética, Moral e Direito, prossegue o presente artigo, fornecendo um panorama da profícua vida intelectual e científica de Norberto Bobbio, portanto vendo-o em sua história como professor, cientista, jurista e filósofo. Serve tal descrição para contribuir à melhor compreensão do *Taedium Vitae* que Bobbio sentiu quando não tinha mais condições físicas de produzir intelectualmente e participar ativamente de eventos científicos e culturais.

1. A MORTE E A SÍNTESE DA VIDA PROFISSIONAL DE BOBBIO

Aos 09 de janeiro de 2004, em Turim, Itália, faleceu NORBERTO BOBBIO, aos 94 anos. Professor, Filósofo, Teórico e Cientista Político, Jurista, autor de muitos livros dotados de elevada qualidade descritiva, histórica, analítica e inspiradores de estudos de reflexão e de crítica cientificamente responsável. Seu filho, o cardiologista Marco Bobbio informou que o Pai "nos últimos três meses de vida repetia com frequência a expressão latina *taedium vitae* para dizer que estava cansado da vida"[10].

Ora, que vida teve Norberto? E o que nela pode tê-lo levado a sentir mais ainda o tédio quando já estava idoso, improdutivo intelectualmente e isolado em sua residência? Estas indagações são relevantes na medida em que suas respostas possam subsidiar reflexões éticas sobre a morte do Jurista e suas circunstâncias. Apresenta-se em seguida um panorama da Vida e Obra de Norberto Bobbio[11], optando pela descrição inclusive de alguns detalhes e momentos que, a juízo do Autor deste artigo e salvo melhor, possam estimular reflexões conducentes aos propósitos do presente texto.

Bobbio nasceu em 18 de outubro de 1909, em Turim, um dia antes do falecimento de Cesare Lombroso que Norberto fazia questão de definir como “docente de Medicina Legal e de

[9] Conforme então proposto em PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica e Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 10 ed. rev. amp. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2007. p. 80. (negrito no original).

[10] E**m BOBBIO, Marco. Moderação e Serenidade. Entrevista para Adriana Dias Lopes, revista Veja-edição 2402, ano 47, nº49, 03/12/2014, p.17 a 22.**

[11] Aqui, realiza-se um desafiante exercício de síntese do Capítulo “NORBERTO BOBBIO:UM RETRATO NECESSÁRIO”, exposto integralmente em: PASOLD, Cesar Luiz. **Ensaio sobre a Ética de Norberto Bobbio**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p.31 a 149. São mantidas certas transcrições literais e, evidentemente, reportadas suas fontes em rodapés, porque contribuem muito para compreender a personalidade histórica de Bobbio e a riqueza intelectual de sua vida.

Higiene Pública na Universidade de Turim"[12]. Bobbio era filho de Luigi Bobbio, médico cirurgião e de Rosa Caviglia. O seu ingresso na Universidade de Turim ocorreu em 1927, especificamente na Faculdade de Jurisprudência, e entre seus Professores destaca-se aqui o nome de Gioele Solari, que foi o seu orientador na "tese sobre Filosofia do Direito e ciência do direito em 1931"[13]. Dois anos após, mais precisamente em julho de 1933 obteve o seu "segundo diploma"[14], agora em Filosofia, cuja tese de conclusão tratou da fenomenologia de Husserl. E, no mês de março de 1934 conquistou a livre docência em Filosofia do Direito, com o uma "memória" voltada para o *Indirizzo fenomenológico nella filosofia sociale e giuridica*[15]. 1935 é o ano em que Bobbio ascende à função na Universidade Livre de Camerino": ministrou aula primeiro no mês de novembro e permaneceu nesta Instituição até 1938[16], sendo Secretário da Faculdade e, depois, a de Diretor do Círculo jurídico, "que era a biblioteca da Faculdade"[17]. Em 15 de maio de 1935 foi preso, juntamente com amigos que integravam o grupo intitulado "Justiça e Liberdade". Neste mesmo ano escreveu e enviou carta – documento que acabaria por se transformar num dos dois momentos ideológicos mais polêmicos de existência - ao Ditador do Governo fascista da Itália, a Benito Mussolini. Nela, entre outros momentos, diz-se ser detentor de "consciência fascista", "que estaria sendo ofendida por acusações então circulantes na polícia política de que ele, Bobbio, seria anti-fascista"[18]. Dela viria a retratar-se mais adiante. Em 1937, passando férias em Berlim aproveitou para completar um estudo sobre Max Scheler, encerrando suas pesquisas sobre a fenomenologia, corporificado em artigo denominado "*La personalitá di Max Scheler*". Naquele momento ocorreu algo muito importante para sua vida de Bobbio, como Cientista do Direito: conheceu Carl Schmitt, por quem foi simpaticamente recebido em um jantar. Ali houve longa conversa, ao final da qual Schmitt presenteou Bobbio com alguns livros. Houve significativa troca de correspondência e entre os dois

---

[12] BOBBIO, Norberto. **Diário de um século**: Autobiografia.Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus,1998. Título original: Autobiografia.p. 2.

[13] POLITO, Pietro (org.) Notas biográficas. *In* BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória.** De senectute e outros escritos autobiográficos. Tradução Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997.Título original: De senectute. p. 184. Vide, também, SANTILLÁN, José Fernández. Apresentação- Biografia e história. *In* BOBBIO, Norberto. (org. José Fernández Santillán). **Norberto Bobbio:** o filósofo e a política. Tradução de Cesar Benjamin e Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003. Título original: Norberto Bobbio: el filosofo y la politica.p. 16. E vide mais: BOBBIO, Norberto. Prefazione. *In* VIOLI, Carlo (org.). **Bibliografia degli scritti di Norberto Bobbio. 1934-1993.** Roma: Gius.Laterza & Figli, 1995, p. XXXI.

[14] Vide BOBBIO, Norberto. **Diário de um século**: Autobiografia.Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus,1998, p. 16.

[15] Conforme o registro de ROSSI, Pietro. Introduzione. *In* ZAGREBESLKY, Gustavo et ali. **Norberto Bobbio tra diritto e política.** Roma: Editori Laterza, 2005. p. VI.

[16] ALVES, Alaôr Caffé. Apresentação. *In* BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Studatti. 2 ed. Bauru: Edipro, 2003. 192 p. Título original: Teoria della norma giuridica.p.9.

[17] BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória.** De senectute e outros escritos autobiográficos. Tradução Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997. Título original: De senectute. P.186.

[18] BOBBIO, Norberto. **Diário de um século**: Autobiografia.Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus,1998, p. 28.

no periodo de 1948 a 1953, e em 1980. Em 1938 acontece um novo fato com repercussões de ordem ideológica, pois Bobbio fez sua inscrição para o cargo de professor titular em Siena. Surgiram obstáculos oriundos da burocracia estatal, agora, em virtude de sua participação em atividades anti-fascistas. Estas restrições causaram grande revolta em Bobbio. Sob emoção, dirige-se a um tio General que era amigo de Emilio De Bono, que tinha relações próximas a Mussolini. Emilio redige carta ao Chefe de Governo pleiteando em favor de Bobbio (o general) e de Bobbio (o sobrinho), Norberto[19]. Ele, por mérito, venceu o concurso e superados os obstáculos fica na Universidade de Sena exercendo o magistério de janeiro de de 1939[20], até 1940. Registre-se que a sua tese de concurso dedicou-se ao exame da "*A analogia na lógica do Direito*"[21]. A partir de 1939 torna-se ativo participante do movimento italiano anti-fascista, participando das reuniões do movimento liberal socialista. E é neste que ele se dedica pela primeira vez ao estudo de Thomas Hobbes, fazendo interessante resenha (publicada na *Rivista di filosofia*[22]) de ensaio de Carl Schmitt sobre o *Leviatã*.

De dezembro de 1940 até 1948, Bobbio atuou na Faculdade de Jurisprudência da Universidade de Pádua, lecionando Filosofia do Direito e sendo Secretário da Faculdade por oito anos[23]. De 1940 a 1942 formou-se o *Partito d'Azione* (Partido da Ação),[24] fato muito relevante na vida de Bobbio, porque esta foi a única agremiação político-partidária que ele integrou como filiado, não ficando por muito tempo nesta condição, ao qual aderiu em outubro de 1942 e não por muito tempo. Foi militante na clandestinidade e integrou a resistência, ficando "ao lado com os comunistas", eis que ele entendia a luta de libertação do facismo como uma preliminar de uma "*rivoluzione democrática*"[25] e não uma espécie de luta de classes. Em 1º de janeiro de 1942 foi nomeado Professor Titular na Universidade de Pádua[26]. Bobbio casou-se em 1943, no dia 28 de

---

[19] A carta encontra-se em português nas páginas 33 e 34 de BOBBIO, Norberto. **Diário de um século**: Autobiografia.Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus,1998.

[20] POLITO, Pietro (org.). Notas biográficas. *In* BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória.** De senectute e outros escritos autobiográficos. Tradução Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997. Título original: De senectute. p. 186.

[21] LAFER, Celso. Um professor: a autobiografia de Bobbio. *In* CARDIN, Carlos Henrique (org.). **Bobbio no Brasil** - um retrato intelectual. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001, p.83.

[22] BOBBIO, Norberto. Premissa. *In* BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Tradução de Carlos Nélson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991. Título original: Thomas Hobbes.p. I.

[23]BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória.** De senectute e outros escritos autobiográficos. Tradução Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997.Título original: De senectute.p.80.

[24] Registe-se que muito mais tarde, em 1966, Bobbio viveria o seu segundo momento de relação com Partido Político, comparecendo ao Palácio de Esportes de Roma, *"tomado por uma multidão"*,e apoiando a XXXVII Convenção do PSI e a XV Convenção do PSDI que se decidiram pela unificação, nascendo o PSU (Partido Socialista Unificado).

[25] BOBBIO, Norberto. Autobiografia Intellettuale. *In* VIOLI, Carlo (org.). **Bibliografia degli scritti di Norberto Bobbio. 1934-1993.** Roma: Gius.Laterza & Figli, 1995, p. XI e XII.

[26] POLITO, Pietro. (org.). Notas biográficas. *In* BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória.** De senectute e outros escritos autobiográficos. Tradução Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997. Título original: De senectute. p. 186.

abril com Valéria Cova, que viria a ser uma acompanheira extraordinária dele. O fascismo caiu em 25 de julho daquele ano. Em 26 de julho Bobbio foi para Milão, participando das manifestações populares de apoio a queda do fascismo e integrou ativamente os debates sobre as manifestações de três partidos políticos. A ocupação alemã na Itália durou de setembro de 1943 a abril de 1945. Neste período Bobbio, recolhido, dedicou-se a estudos e leituras reflexivas, especialmente de "obras editadas e inéditas de Carlo Cattaneo", autor que Bobbio ria qualificar de seu segundo mestre, logo depois de Croce, que, sempre considerou como seu mestre maior. Importante registrar que de 6 de dezembro de 1943 até o final de fevereiro de 1944, Bobbio ficou preso no quartel da política republicana, na cidade de Pádua, porque era considerado como integrante do "Comitê de Ação pela Libertação da Itália", tida como sendo uma associação secreta antifascista.[27] Em 1944 dois destaques de publicações de Bobbio. Em setembro de 1944 circula o primeiro número do jornal *L´Ora dell´Azione*, praticamente em inteiro teor com escritos de Bobbio, com destaque para o que ele sempre considerou como sendo o seu "primeiro artigo político", intitulado "Esclarecimento". Nele, postulava que "os intelectuais deveriam fugir de dois comportamentos, ambos negativos: a politicagem, ou o empenho na política com fins pessoais, e a apolítica, entendida como indiferença pela política"[28]. O segundo destaque neste ano é que a Editora Schiantore lançou o seu livro intitulado "*La Filosofia Del Decadentismo*", obra que recebeu tradução para o inglês em 1948 e em 1949 para o castelhano. No final de 1945 fez viagem à Inflaterra, onde conheceu Harold J. Laske, cientista político e membro do Partido Trabalhista inglês. Em 2 de junho de 1946, Bobbio foi candidato pelo Partido da Ação, para a Assembleia Constituinte italiana. Não se elegeu e seu Partido obteve apenas 1,5% dos votos, sendo que a vitória foi da Democracia Cristã com 35,2%[29]. Bobbio considerou importante aquele que chamou de "arranque da transformação democrática do país".[30] Os 5 anos que vão de 1945 e 1950, são

[27] BOBBIO, Norberto. **Diário de um século**: Autobiografia.Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus,1998. Título original: Autobiografia. p. 1 e 2.

[28] POLITO, Pietro (org.).Notas biográficas. *In* BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória.** De senectute e outros escritos autobiográficos. Tradução Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997.Título original: De senectute. p. 187.

[29] BOBBIO, Norberto. **Diário de um século**: Autobiografia.Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus,1998.Título original: Autobiografia. p.76. Também em POLITO, Pietro (org.). Notas biográficas. *In* BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória.** De senectute e outros escritos autobiográficos. Tradução Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997.Título original: De senectute. p. 187.

[30] Tradução livre do autor do presente Livro para o seguinte texto em espanhol: " Después de la liberación y del arraqnque de la transformación democrática del país, desvanecida la ilusion de la unidade de política e cultura, descubierto el error del compromisso minmediatamente político del intelectual, a vieja y ya anacrónica figura del educador, ha venido siendo sustituida poco a poco por la del hombre de letras y de ciencias, cuya tarea debería ser la de dar su contribución específica, que es sobre todo una contribución especifica, que es sobre todo una contribución de conocimiento, a la percepción, a la aclaración, a las posibles soluciones de los problemas de la época, em una situación em que nos se trataba tanto de hacer a los italianos como de rehacer a Italia." Conforme BOBBIO, Norberto. **Perfil ideologico del siglo XX en Italia**. Tradução para o español de Stella Mastrangelo. México-DF: Fondo de Cultura Económica, 1993. Título original: Profilo ideologico del Novecento italiano, p. 13.

muito produtivos, e em especial porque Bobbio escreveu artigos e ensaios sobre o tema federalismo, tendo proferido palestras e cursos a respeito do pacifismo e sua história.[31]Especificamente em 1946, Bobbio atendeu convite do Reitor da Universidade de Pádua, e tendo a Itália enfim liberta da tutela fascista, proferiu a aula que inaugura o ano Acadêmico, tendo por "*A pessoa e o Estado*".[32]. Ainda em 1946, consagrando o que Bobbio denominava "caminhada progressiva da democracia", "*desfez-se a discriminação dos sexos*" na Itália, consagrando-se "sufrágio universal, sem restrições" [33]. Bobbbio era contrário ao absenteismo eleitoral e, por isto, aprovou a Lei nº 1058 que, em um de seus artigos previa uma pena considerada "branda" para os eleitores que se abstivessem de votar nas eleições para as Câmaras dos Deputados.[34] Ao final do mês de Março de 1948 ocorreu um fato muito importante na vida acadêmica de Bobbio, porque ele foi nomeado Professor Titular em Filosofia do Direito pela Universidade de Turim[35], exercendo o magistério na cátedra de Filosofia do Direito até 1972. Como de 1973 até 1984, ano no qual foi jubilado como Professor Emérito, também nela atuou mas então na disciplina Filosofia Política na Faculdade de Ciências Políticas [36] sucedendo Alessandro Passserin d ´Entreves[37], Bobbio manteve-se vinculado, ativo, produtivo, por 36 anos com a Universidade de Turim.

Em maio de 1950 foi fundada em Veneza, liderada por Umberto Campagnolo, "*Sociedade Européia de Cultura – SEC*", da qual Bobbio foi um de seus fundadores e, depois, presidente honorário, tendo como objetivo a união de "homens de cultura por meio de vínculos de solidariedade e amizade". A adesão à Sociedade se deu por nomes significativos da intelectualidade da época, como, por exemplo, Thomas Mann, Urs von Balthazar, Sir Haldane,

---

[31] BOBBIO, Norberto. Prefácio à primeira edição italiana. *In* BOBBIO, Norberto. **O problema da guerra e as vias da paz.** Tradução de Álvaro Lorencini. São Paulo: Editora UNESP, 2003. Título original: Il problema della guerra e le vie della pace. p. 40.

[32] BOBBIO, Norberto. Premissa. *In* BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Tradução de Carlos Nélson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991. Título original: Thomas Hobbes.p. I. Também em BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória.** De senectute e outros escritos autobiográficos. Tradução Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997.Título original: De senectute. p. 92. E, vide também: BOBBIO, Norberto. Prefazione. *In* VIOLI, Carlo (org.). **Bibliografia degli scritti di Norberto Bobbio. 1934-1993.** Roma: Gius.Laterza & Figli, 1995, p. XXVIII.

[33] vide manifestação de Bobbio em: CARDIN, Carlos Henrique (org.). **Bobbio no Brasil** - um retrato intelectual. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001,Título original: Autobiografia. p. 40 e 41.

[34] No caso, a pena prevista era a inscrição em uma lista " exposta durante um mês no mural da prefeitura", e se a abstenção se prolongasse por cinco anos seguidos, a pena seria a " notificação fato nos certificados de boa conduta": conforme BOBBIO, Norberto. **Entre duas Repúblicas** : as origens da democracia italiana. Tradução de Mabel Malheiros Bellati. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001. Título original: Tra due repubblichi- Alle origini della democrazia italiana. p.110.

[35] Conforme POLITO, Pietro (org.). Notas biográficas. *In* BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória.** De senectute e outros escritos autobiográficos. Tradução Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997.Título original: De senectute. p. 188.

[36] vide ALVES, Alaor Caffé. Apresentação. *In* BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Studatti. 2 ed. Bauru: Edipro, 2003. 192 p. Título original: Teoria della norma giuridica. p. 9.

[37] BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória.** De senectute e outros escritos autobiográficos. Tradução Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997.Título original: De senectute. p. 138.

Antyonio Banfi, Henri Lefebbre, André Sigfried e Stephen Spender[38]. Ainda neste ano de 1950 foi eleito Presidente do *Centro del libro popolare*, cargo que exerceu por seis anos[39]. A partir também de 1952 com Nicola Abbagnano dirigiu a *Rivista di filosofia*. No mesmo ano toma posse na *Accademia della scienze di Torino*[40]. Em 1953 recebeu um convite de Chaim Perelman, para participar e o aceitou, do Congresso Internacional de Lógica Jurídica, que Bobbio considerou como sua "primeira participação, ainda muito tímida, em um congresso internacional"[41]. Ainda em 1953 tornou-se diretor (cargo que ocupou *per alcuni anni*) do *Istituto di Scienze politiche "Gioele Solari*" da Universidade de Turim[42]. Em 1954 foi publicado o seu primeiro ensaio sobre Kelsen, autor de sua confessada especial admiração. Aliás, Bobbio afirmou explicitamente que converteu-se ao "kelsenismo", já, quando há muitos anos tinha se dedicado à pesquisa e comentários sobre a teoria do direito do clássico Carnelutti [43]. Em 1955, com a China já sob a dominação de Mao Tsé Tung, uma delegação italiana foi convidada e realizou visita aquele País, com a participação de Bobbio na condição de convidado, em viagem que durou um mês. A consideração de Bobbio sobre esta viagem é contundente: "foi uma viagem inesquecível, que me marcou profundamente. Se a viagem à Inglaterra significou a descoberta da Democracia, a viagem à China representou o meu encontro com o comunismo real" [44]. Em 1956, Bobbio teve mais um momento delicado em sua vida como intelectual e cientista. É que naquele ano, em fevereiro, Kruschev discursou no XXº Congresso do Partido Comunista da União Soviética, publicando os horrores do regime liderado por Stalin. A revista italiana *Nuovi Argumenti*, escolheu Bobbio – considerado como um dos intelectuais de esquerda - convidando-o a responder 9 perguntas sobre o tema. As respostas dele tiveram grande repercussão e polêmica. Debateu com ele divergia e quando o assunto morreu, Bobbio silenciou por 20 anos sobre tema. Somente voltou a publicar ideias a respeito de "marxismo e Estado" cerca de 20 anos depois, numa de suas obras hoje consideradas clássicas,

---

[38] BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória.** De senectute e outros escritos autobiográficos. Tradução Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997.Título original: De senectute. p. 110 e 111.

[39] Conforme VIOLI, Carlo. Nota Biográfica. *In* VIOLI, Carlo (org.). **Bibliografia degli scritti di Norberto Bobbio. 1934-1993.** Roma: Gius.Laterza & Figli, 1995, p. XXXIV.

[40] BOBBIO, Norberto. **Contribuicion ala teoría del derecho**. Tradução para o español de Afonso Ruiz Miguel.Madri:Editorial Debate, 1990. (sem o título original disponível).

[41] BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória**. De senectute e outros escritos autobiográficos. Tradução Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997.Título original: De senectute. p. 16. E, vide POLITO, Pietro (org.). Notas biográficas. *In* BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória**. De senectute e outros escritos autobiográficos. Tradução Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997.Título original: De senectute. p. 189. E, vide também: BOBBIO, Norberto. **Autobiografia Intellettuale**. *In* VIOLI, Carlo (org.). **Bibliografia degli scritti di Norberto Bobbio**. 1934-1993. Roma: Gius.Laterza & Figli, 1995, p. IX.

[42] VIOLI, Carlo. Nota Biográfica. *In* VIOLI, Carlo (org.). **Bibliografia degli scritti di Norberto Bobbio**. 1934-1993. Roma: Gius.Laterza & Figli, 1995, p. XXXIIV.

[43] Conforme BOBBIO, Norberto. Autobiografia Intellettuale. *In* VIOLI, Carlo (org.). **Bibliografia degli scritti di Norberto Bobbio**. 1934-1993. Roma: Gius.Laterza & Figli, 1995, p. V.

[44] BOBBIO, Norberto. **Diário de um século**: Autobiografia.Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus,1998. Título original: Autobiografia. p 102.

intitulada "Qual Socialismo?". Ainda em 1956 foi lançada em Turim, a "primeira tradução completa dos escritos políticos e jurídicos de Kant, na coleção dos ´Clássicos Políticos da Utet´: *Immanuel Kant, Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, com traduções de Gioele Solari e Giovanni Vidari. A edição foi póstuma e teve a efetiva colaboração de Bobbio[45]. E, 1957 foi o ano de lançamento da primeira edição de "Diritto e Stato nel Pensiero di Emanuele Kant". Em nosso país este importante texto foi publicado no ano de 1984, com o título em tradução literal ao português, assim: "Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant" [46]. Neste mesmo ano, mais um momento especialmente significativo para Bobbio: o único encontro pessoal que teve com Hans Kelsen, ocorrido em 22 e 23 de junho, em Paris, no primeiro congresso do *Institut International de Philosophie Politique*. O tema do evento era Direito Natural, e Bobbio proferiu palestra sob título *Quelques arguments contre le droit naturel* [47]. Também ainda neste esteve nos colóquios do "Centre Nacional de Recherche de Logique" promoção de Chaim Perelmann, na cidade de Bruxelas. E, mais ainda, esteve no congresso do vigésimo ano da morte de Gramsci. Este autor, aliás, foi objeto de pesquisas profundas de Bobbio, cuidando "principalmente de três temas: a dialética, a sociedade civil, o esboço de uma possível teoria política (a ser reconstruída)". Dez anos depois, em 1967 e vinte anos depois (1987), respectivamente nos trigésimo e quinquagésimo anos de morte de Gramsci, Bobbio pontificou com escritos sobre este ideólogo importantíssimo para a Teoria Política italiana e mundial.[48]. Retornando ao ano de 1957, registre-se que nele e em 1958, na Universidade de Turim, Bobbio ministrou o curso "Teoria da Norma Jurídica". Os textos a respeito, deram origem ao livro homônimo[49]. No mesmo biênio veio a lume a "Teoria do Ordenamento Jurídico" [50], escrito para a disciplina denominada Filosofia do Direito, que, como Bobbio fazia questão de enfatizar, " era matéria do primeiro ano de Direito"[51]. Em 1959, dois eventos importantes. O primeiro, em novembro, é sua participação no IV Congresso Mundial de Sociologia, realizado Stresa, e no qual ministrou conferência sobre "*La teoria della*

---

[45] BOBBIO, Norberto. Prefácio à segunda edição. *In* BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant.** Tradução de Alfredo Fait. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984. Título original: Diritto e Stato nel Pensiero di Emanuele Kant, p.9.

[46] Vide o indicado na nota de rodapé acima.

[47] POLITO, Pietro (org.). Notas biográficas. *In* BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória.** De senectute e outros escritos autobiográficos. Tradução Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997.Título original: De senectute. p. 190.

[48] BOBBIO, Norberto. **Ensaios sobre Gramsci e o Conceito de Sociedade Civil.** Tradução de Marco Aurélio Nogueira e Carlos Nélson Coutinho. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Título original: Saggi su Gramsci, p. 12.

[49] Versão brasileira: BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Studatti. 2 ed. Bauru: Edipro, 2003. 192 p. Título original: Teoria della norma giuridica.

[50] Versão brasileira: BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. Título original: Teoria dell´ordinamento giuridico.

[51] Conforme LAFER, Celso. Norberto Bobbio, Teoria do Ordenamento Jurídico. *In* CARDIN, Carlos Henrique (org.). **Bobbio no Brasil** - um retrato intelectual. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001, p.75.

classe política negli scrittori democratici in Itália"[52].

Também o ano de 1960 tem momentos relevantes na produtiva vida intelectual de Bobbio. Em julho, Bobbio, Alessandro Passerin d´Entrèves e Renato Treves, apresentaram um convite aos Professores Herbert Lionel Adolphus **Hart e** Alf Niels Christian **Ross**, para participarem de um seminário sobre o positivismo jurídico", que, patrocinado pela Rockefeller Foundation, ocorreu ocorreu na Villa Serbelloni di Bellagio [53]. De 18 a 22 de março deste mesmo ano de 1960, for realizado o "XVIII Congresso Nacional da Società Filosófica Italiana, Palermo-Messina", e entre suas comunicações introdutórias Bobbio proferiu discurso sobre o tema "Verdade e liberdade".[54]. No ano acadêmico de 1960-1961 Bobbio construiu e apresentou lições sobre o positivismo jurídico. Em 24 de setembro de 1961 foi realizada, da cidade de Perúgia à de Assis, a *Marcha da Paz,* organizada por Aldo Capitini, num momento em que "o mundo vivia sob o pesadelo do equilíbrio do terror atômico e construíram-se bombas que, de um lado e de outro, tinham o poder de destruir dez vezes a espécie humana". Bobbio nela esteve e quando voltou a Turim manifestou-se sobre sobre ela em artigo publicado na revista *Resistenza* que se encerra com uma proposta de concepção da paz como valor maior: "...a paz é o bem absoluto, condição necessária para o exercício de todos os outros valores"[55]. Neste ano de 1961 e dentro da mesma linha temática Bobbio redigiu, a pedido da editora Einaudi, o prefácio da edição italiana do livro do filósofo alemão Günther Anders intitulada *"Essere o non essere. Diario di Hiroshima e Nagasaki*", e que continha a proposta de "um código moral, que diante da ameaça de aniquilação da humanidade deveria enunciar novos deveres, vinculadores de todos os homens"[56]. Bobbio registra que foi a partir deste livro que prefaciou que ele começou a interessar-se pelo problema das novas armas e por "aquilo que então se começava a chamar a 'formação de uma consciência atômica'"[57]. Ainda em 1961 tornou-se Presidente do *Centro Studi Piero Gobetti di Torino*, cargo que viria a ocupar até

---

[52] Conforme registros feitos por POLITO, Pietro (org.). Notas biográficas. *In* BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória.** De senectute e outros escritos autobiográficos. Tradução Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997.Título original: De senectute. p. 190 e 191.

[53] BOBBIO, Norberto. Prefácio à Nova Edição. *In* BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de Filosofia do Direito. Tradução de Márcio Pugliesi et alli. São Paulo: Ícone, 1995. (sem título original no exemplar utilizado),p.11.

[54] BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade e outros ensaios morais**.Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora UNESP, 2002. Título original: Elogio della mitezza e altri scritti morali.p. 207.

[55]*In* BOBBIO, Norberto. **Diário de um século**: Autobiografia.Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus,1998. Título original: Autobiografia. pp.205,206 e 207.

[56] Conforme BOBBIO, Norberto. **Diário de um século**: Autobiografia.Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus,1998.Título original: Autobiografia. p. 209. Neste momento- 1961-, afirma Bobbio, ele começou a se ocupar do "*tema da guerra na área atômica*".

[57] Assim está em BOBBIO, Norberto. Prefácio à primeira edição italiana. *In* BOBBIO, Norberto. **O problema da guerra e as vias da paz.** Tradução de Álvaro Lorencini. São Paulo: Editora UNESP, 2003. Título original: Il problema della guerra e le vie della pace. p. 40.

o ano de 1993[58] . Em 1962 iniciou, mantendo-se também na Filosofia do Direito, o magistério da disciplina acadêmica Ciência Política, ambas na Universidade de Turim [59]. Em 1964 a *Internationale Vereinigung für Rechtsphilosophie* promoveu, em Toulouse, o "Coloque de philosophie du droit compare", dedicado ao tema "Droit et nature des choses". Bobbio foi convidado para nele participar por Werner Maihofer, e "apresenta uma dissertação sobre a natureza das coisas na doutrina italiana"[60] . Em 1965, o Círculo Jurídico da Universidade de Siena lança a primeira edição da *Bibliografia degli scritti di Norberto Bobbio (1934-1964),* organizada por Carlo Violi[61]. A partir de 1965 tornou-se sócio correspondente da *British Academy* [62]. No denominado mundo ocidental, em 1968, um fato destacou-se, caracterizado por manifestações estudantis, muitas com violência, que aconteceram em cidades de diversos Países da Europa, sendo que na cidade onde Bobbio vivia e trabalhava, Turim, também ocorreram. Bobbio acabou por vivenciar um momento especial, na medida em que seu filho primogênito Luigi destacou-se como um dos líderes do movimento estudantil, o qual entrou em confronto com a Administração Universitária e com os Professores. Bobbio escreveu e a revista *Resistenza* publicou quatro artigos sobre o delicado momento[63], no qual agiu como professor e como pai. No mesmo ano, foi constituida uma Comissão Técnica pelo Ministério da Instrução Pública da Itália, integrada Norberto Bobbio (da Universidade de Turim), Arrigo Boldrini (da Universidade Católica de Milão) e Beniamino Andreatta (da Universidade de Bolonha). A ela foi atribuida a missão de dirigir a nova Faculdade de Sociologia da Universidade de Trento, especificamente no tempo de "transição de instituto privado a faculdade estatal" [64]. Também em 1968, do verão ao outono, Bobbio escreveu um conjunto de ensaios para o último volume da coletânea *Storia della letteratura italiana*, a convite de Natalino Sapegno[65]. No ano

---

[58] VIOLI, Carlo. Nota Biográfica. *In* VIOLI, Carlo (org.). **Bibliografia degli scritti di Norberto Bobbio. 1934-1993.** Roma: Gius.Laterza & Figli, 1995, p. XXXIV.

[59] Conforme LAFER, Celso. Um professor: a autobiografia de Bobbio. *In* CARDIN, Carlos Henrique (org.). **Bobbio no Brasil** - um retrato intelectual. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001,p.84.

[60] conforme POLITO, Pietro (org.).Notas biográficas. *In* BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória.** De senectute e outros escritos autobiográficos. Tradução Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997.Título original: De senectute. p. 191.

[61] Assim registrado por POLITO, Pietro (org.). Notas biográficas. *In* BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória.** De senectute e outros escritos autobiográficos. Tradução Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997.Título original: De senectute. p. 191. E também em VIOLI, Carlo. Avvertenza. *In* VIOLI, Carlo (org.). **Bibliografia degli scritti di Norberto Bobbio. 1934-1993.** Roma: Gius.Laterza & Figli, 1995, p. XXXVII, nota de rodapé nº 2.

[62] Vide VIOLI, Carlo. Nota Biográfica. *In* VIOLI, Carlo (org.). **Bibliografia degli scritti di Norberto Bobbio. 1934-1993.** Roma: Gius.Laterza & Figli, 1995, p. XXXIV.

[63] Ver nota n° 25 na p.148 em BOBBIO, Norberto. **Diário de um século**: Autobiografia.Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus,1998. Título original: Autobiografia.

[64] Conforme POLITO, Pietro (org.). Notas biográficas. *In* BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória.** De senectute e outros escritos autobiográficos. Tradução Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997.Título original: De senectute. p. 192.

[65] Assim está em BOBBIO, Norberto. **Perfil ideologico del siglo XX en Italia**. Tradução para o español de Stella Mastrangelo. México-DF: Fondo de Cultura Económica, 1993. Título original: Profilo ideologico del Novecento italiano, p. 7.

seguinte, 1969, em Turim foi criada a Faculdade de Ciências Políticas[66]. Nela Bobbio trabalhou muito tempo e com dedicação. Em de fevereiro de 1969 Bobbio ministrou na Casa de Cultura de Milão uma conferência sobre a "desventura" do pensamento de Carlo Cattaneo, cuja condição de reformador exaltou, especialmente diante de uma realidade atemporal.[67] Ainda em 1969, mais um momento importante: a revista "De homine" publicou o ensaio sob o título "Etica e conflitti di gruppo", de Giuliano Pontara, a cujo autor Bobbio confessou ter um grande débito, especialmente pela sua "iniciação na ética gandhiana da não-violência", cujo complemento teórico ocorreu na leitura do livro deste autor que seria publicado em 1990, com o título *Antígone e Creonte, Ética e política nell'a era atômica"* [68].

Em 1972, decidiu aceitar convite de Alessandro Passerin d`Entreves, e assumiu a cátedra de Filosofia Política na Faculdade de Ciências Políticas da Universidade de Turim, sem qualquer hesitação porque ele e Alessandro foram, em distintos momentos, alunos "do mesmo mestre, Gioele Solari que, com a história das doutrinas políticas, iniciara na Itália um ciclo de estudos conduzidos mediante rigoroso método histórico e com forte inspiração filosófica"[69]. No ano acadêmico de 1972-1973, ministrou o seu primeiro curso "como titular da cátedra de filosofia da política", que foi dedicado ao tema *Società civile e stato*", seguindo-se diversos outros cursos que serviram de base para muitos de seus livros. Exerceu o cargo de Diretor da Faculdade no período de 1973 a 1976[70]. No período de 25 a 27 de setembro de 1972, na Academia Nacional de Lincei, foi realizado "um congresso internacional", para registrar os "cinqüenta anos de aniversário da morte" a Pareto, que foi, confessadamente, um dos autores prediletos de Bobbio e a respeito de

---

[66] Conforme LAFER, Celso. Um professor: a autobiografia de Bobbio. *In* CARDIN, Carlos Henrique (org.). **Bobbio no Brasil** - um retrato intelectual. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001,p.84 e 85.

[67] BOBBIO, Norberto. **Perfil ideologico del siglo XX en Italia**. Tradução para o español de Stella Mastrangelo. México-DF: Fondo de Cultura Económica, 1993. Título original: Profilo ideologico del Novecento italiano.p. 284.

[68] BOBBIO, Norberto. (org. Michelangelo Bovero) **Teoria Geral da Política:** a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2002. Título original: Teoria Generale della Politica. p. 263, nota de rodapé nº 29. Também em BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Tradução de Carlos Nélson Coutinho. 5 reimp. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Título original: L' Etàt dei Diritti, p.159, nota de final de capítulo nº 4.

[69] Vide BOBBIO, Norberto. Prefácio para a edição brasileira. *In* BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo.** Tradução de Sérgio Bath. 2 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília,1980. Título original: La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico: anno accademico 1975-76.p. IX a XI.

[70] Vide POLITO, Pietro (org.). Notas biográficas. *In* BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória.** De senectute e outros escritos autobiográficos. Tradução Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997.Título original: De senectute. p. 193. Especificamente sobre o Curso dedicado ao dualismo entre sociedade civil e Estado, e a participação de Michelangelo Bovero nos estudos desta temática, vide BOBBIO, Norberto. Premissa. *In* BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. Sociedade e Estado na filosofia política moderna. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 3 ed. São Paulo: Brasiliense, 1991. Título original: Società e stato nella filosofia politica moderna, p. 9 e 10.

cujo pensamento muito escreveu [71] . A Paz foi um dos valores básicos da Ética pessoal e científica de Bobbio, aliás o principal valor no que concerne às suas recomendações para uma vida politica melhor.[72] Por isto, com muito prazer e convicção, em 15 de setembro de 1974, na cidade de San Remo, proferiu a aula inaugural do Curso sobre Direito Humanitário Internacional. Título da aula: "A idéia de paz e o pacifismo". Nela, "leva em consideração a relação paz-guerra, seja do ponto de vista conceitual seja do ponto de vista sociológico, e traça uma breve história das várias formas de pacifismo distinguindo-as com base na diferente explicação que cada uma delas fornece da causa principal das guerras" [73]. Ainda em 1975, participou de "Simpósio Gramsciano" efetuado em Paris, onde e quando foi lançada nova edição francesa dos *"Cadernos do Cárcere"* de Antonio Gramsci. Lá e então Bobbio apresentou a comunicação intitulada "Velho e novo em Gramsci"[74]. Em 1976 ministrou um de seus cursos de maior repercussão, intitulado "A teoria das formas de governo na história do pensamento político", em que "explora a 'lição dos clássicos', seus temas recorrentes, e a contribuição que podem dar para o entendimento da atualidade"[75]. De "fins de 1976 a fins de 1980" produziu, colaborando periodicamente em jornal, artigos que são publicados em *La Stampa* e no *Avanti!* Tais textos foram reunidos e publicados em Livro, intitulado *Ideologie e il potere in crise[76].* Em 1978 a data em destaque é o dia 9 de maio: trata-se de um dia fatídico porque nele culmina aquela que Bobbio classifica como a "mais temerária e clamorosa ação terrorista na Itália", com o bárbaro assassinato de Aldo Moro[77]. Em 25 de outubro Bobbio proferiu uma conferência que ele próprio classificou como "memorável", "em Madri, em uma sala das Cortes, a convite do então presidente do grupo parlamentar do PSOE (*Partido Socialista Obrero Español*), Gregório Peces - Barba Martinez, nos dias em que estava em curso a aprovação da nova Constituição espanhola". Então, falou de um assunto que na época o preocupava "muito" e que

---

[71] BOBBIO, Norberto. **Ensaios sobre ciência política na Itália**. Tradução de Maria Celeste F. Faria Marcondes. Brasília: Editora Universidade de Brasília- São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001. Título original: Saggi sulla scienza política in Italia.p.8, nota de rodapé nº1.

[72] Veja PASOLD, Cesar Luiz. **Ensaio sobre a Ética de Norberto Bobbio**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 232 a 247.

[73] BOBBIO, Norberto. **O problema da guerra e as vias da paz.** Tradução de Álvaro Lorencini. São Paulo: Editora UNESP, 2003. Título original: Il problema della guerra e le vie della pace. p. 45.

[74] BOBBIO, Norberto. **Ensaios sobre Gramsci e o Conceito de Sociedade Civil.** Tradução de Marco Aurélio Nogueira e Carlos Nélson Coutinho. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Título original: Saggi su Gramsci, p.107, em especial, ali, a primeira nota de rodapé.

[75] LAFER, Celso. Um professor: a autobiografia de Bobbio. *In* CARDIN, Carlos Henrique (org.). **Bobbio no Brasil** - um retrato intelectual. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001, p.85. Vide também BOBBIO, Norberto. Prefácio. *In* BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade;** por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. Título original: Stato, governo, società. Per uma teoria generale della política.p.10.

[76] No Brasil, consumou-se no **As Ideologias e o Poder em Crise,** com a tradução de João Ferreira, publicado pela Editora Universidade de Brasília.

[77] BOBBIO, Norberto. **As Ideologias e o Poder em Crise.** 4 ed. Tradução de João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.Título original: Ideologie e il potere in crise,p. 11.

também era atual no país que o hospedava: "democracia e socialismo"[78]. E, eis um momento extremamente importante na vida de Bobbio: 16 de maio de 1979, ele ministrou aquela que ele próprio considerou como sua "última aula", com a qual encerrou a sua profícua "trajetória como professor", "...aos setenta anos, depois de quarenta anos de ensino"[79]. Ainda em 1979, é publicado na Itália o seu livro "O problema da guerra e os caminhos da paz" [80] com o qual Bobbio se destacou, na Europa, como "proeminente e lúcido defensor de uma ativa consciência pacifista"[81] .

Mesmo sem exercer mais o Magistério, a vida intelectual de Bobbio permanece ativa. Por exemplo, em 1980, no mês de outubro, em Castelgandolfo, acontece o Congresso "Max Weber e o Direito", no qual Bobbio apresentou trabalho denominado "Max Weber e Hans Kelsen"[82] . Outro exemplo: em 1981, em Roma, ocorreu um Seminário sobre o Conceito de Esquerda, evento que Bobbio adjetivou de muito importante porque o considerou como o marco histórico da "tomada de consciência da necessidade de começar a discutir a razão e o significado da esquerda, inclusive por pessoas alinhadas à esquerda[...]"[83]; e em novembro deste mesmo ano participou do segundo seminário internacional, em Milão, dedicado a Gaetano Mosca e com título *Governo e governabilità nel sistema político e giuridico di G. Mosca*[84]; a *Amnesty International* promoveu congresso sobre *La pena di morte nel mondo*, e Bobbio proferiu a palestra de abertura, em 1982[85]; neste mesmo ano, em setembro, acompanhado por sua esposa e por sua cunhada, esteve no Brasil, tendo pronunciado duas conferências na Faculdade de Direito da USP [86] e, em Brasília,

---

[78] BOBBIO, Norberto (org. De Alberto Pappuzi). **Diário de um século**: Autobiografia.Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus,1998. Título original: Autobiografia.p.237.

[79] BOBBIO, Norberto (org. De Alberto Pappuzi). **Diário de um século**: Autobiografia.Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus,1998. Título original: Autobiografia.p. 161.

[80] A edição brasileira veio somente em 2003: BOBBIO, Norberto. **O problema da guerra e as vias da paz**. Tradução de Álvaro Lorencini. São Paulo: Editora UNESP, 2003. Título original: Il problema della guerra e le vie della pace.

[81] Conforme LAFER, Celso. Guerra, Direito e poder no Golfo Pérsico. *In* CARDIN, Carlos Henrique (org.). **Bobbio no Brasil** - um retrato intelectual. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001, p.90.

[82] Veja o texto em português em: BOBBIO, Norberto. (org. José Fernández Santillán). **Norberto Bobbio:** o filósofo e a política. Tradução de Cesar Benjamin e Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003. Título original: Norberto Bobbio: el filosofo y la politica.p. 117 a 134.

[83] BOBBIO, Norberto. Prefácio à Primeira Edição Italiana. *In* BOBBIO, Norberto. **Direita e esquerda**: razões e significados de uma distinção política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2 ed. São Paulo: Unesp, 2001. Título original: Destra e sinistra: ragioni e significati di uma distinzione politica. Nuova edizione riveduta e ampliata com uma risposta ai critici, p. 28, nota de rodapé nº 2.

[84] BOBBIO, Norberto. **Ensaios sobre ciência política na Itália**. Tradução de Maria Celeste F. Faria Marcondes. Brasília: Editora Universidade de Brasília- São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001. Título original: Saggi sulla scienza política in Italia.p.7, nota de rodapé nº1.

[85] POLITO, Pietro (org.). Notas biográficas. *In* BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória.** De senectute e outros escritos autobiográficos. Tradução Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997.Título original: De senectute. p. 195.

[86] LAFER, Celso. Prefácio à Edição Brasileira- A Autoridade de Norberto Bobbio. *In* BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória.** De senectute e outros escritos autobiográficos. Tradução Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997.Título original: De senectute. p.XXV.. Contudo em CARDIN, Carlos Henrique. Apresenteação. *In* CARDIN, Carlos Henrique (org.). **Bobbio no Brasil** - um retrato

participou da série "*Encontros da UnB"*[87]. Destaque-se em, em Milão, no dia 8 de março de 1983 Bobbio proferiu uma conferência no seminário destinado a compor um "Pequeno Dicionário das Virtudes", sob apoio da Fundação Corrente e promovido por Ernesto Treccani. A virtude por ele escolhida foi a serenidade (*mitezza*) e sobre ela discorreu com o título "Elogio à serenidade". O texto básico desta conferência transformou-se em uma das mais elogiadas e debatidas produções intelectuais de Bobbio, com traduções em inglês, francês, espanhol e português. Neste último caso, tornou-se o ensaio que inicia o volume da obra "Elogio da Serenidade e outros ensaios morais" [88]. Em 18 de outubro de 1983, foi ao *Convento di San Domenico*, em Bolonha, e lá proferiu conferência sob o título "Prós e contras de uma ética laica". [89]. De 14 a 17 de novembro de 1983, ocorreu em Roma o Congresso Internacional sobre Marx, patrocinado pelo Instituto Gramsci, e Bobbio ali apresentou trabalho intitulado *Marx, lo stato e i classici* [90]. Em novembro de 1983 proferiu uma conferência no Palácio das Cortes, em Madrid, a convite de seu Presidente Professor Gregório Peces-Barba, sob o título "O Futuro da democracia" [91]. E em 1983 foi publicado na Itália o fruto de um projeto muito ambicioso, que resultou exitoso, do qual Bobbio foi um dos três organizadores (juntamente com Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino): o *Dizionario di política*[92]. Nele, além de co-organizador, Bobbio é o autor de quinze verbetes. Mais um momento de especial destaque: 18 de julho de 1984, o então Presidente da República Italiana, Sandro Pertini, com base no artigo 59 da Constituição Italiana nomeou Norberto Bobbio Senador Vitalício

---

intelectual. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001, p.7 esta visita Bobbio ao Brasilestá registrada como ocorrida em "1983".

[87] Informa Carlos Henrique CARDIN que "atenderam ao convite para debater as suas obras com acadêmicos nacionais e para apresentar suas autobiografias, entre outros, Raymond Aron, Gilberto Freyre, John Kenneth Galbraith, René Dubos, Mario Vargas Llosa, Afonso Arinos de Mello Franco, Ernest Gellner, Leszek Kolakowski e Miguel Reale", além de Norberto Bobbio. Conforme CARDIN, Carlos Henrique. Apresentação. *In* CARDIM, Carlos Henrique (org.). **Bobbio no Brasil** - um retrato intelectual. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001, p.7. Vide também a p. 114.

[88]Veja BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade e outros ensaios morais**.Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora UNESP, 2002. Título original: Elogio della mitezza e altri scritti morali.p. 206.O texto integral em português encontra-se nesta obra retro citada da p. 29 a 99. A origem deste ensaio está igualmente registrada e seu texto integral publicado em francês, em BOBBIO, Norberto. **Le sage et la politique –** Écrits Moraux sur la vieillesse et la douceur. Traduit de l'italien par Pierre-Emmanuel Dauzat et Denis Trierweiler. Paris: Édicion Albin Michele, 2004. (Sem menção ao título original no exemplar utilizado). p. 67 a 98.

[89] BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade e outros ensaios morais**.Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora UNESP, 2002. Título original: Elogio della mitezza e altri scritti morali.p. 208. Um texto adaptado desta conferência encontra-se em BOBBIO, Norberto. (org. José Fernández Santillán). **Norberto Bobbio:** o filósofo e a política. Tradução de Cesar Benjamin e Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003. Título original: Norberto Bobbio: el filosofo y la politica.p. 179 a 191.

[90] O texto em português, sob título "Marx, o Estado e os clássicos" encontra-se em BOBBIO, Norberto. (org. José Fernández Santillán). **Norberto Bobbio:** o filósofo e a política. Tradução de Cesar Benjamin e Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003. Título original: Norberto Bobbio: el filosofo y la politica.p. 77 a 116.

[91] Conforme BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra,1986. Título original: Il futuro della democrazia. Uma difesa delle regole del gioco. p.10.

[92] No Brasil: BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política.** Tradução de Carmen C. Varriale et all. 12 ed. Brasília: Editora Universidade Brasília, 2004. II Vol. Título original: Dizzionario di politica.

(*senatore a vita*), "pelos altíssimos méritos no campo social, científico, artístico e literário"[93]. E naquele ano em que comemorava 75 anos, uma decisão unânime, do Colegiado da Faculdade de Ciências Políticas de Turim lhe conferiu o título de Professor Emérito. E, "em 18 de outubro, o mesmo Conselho festeja seus cinqüenta anos de atividades científicas e seu 75º aniversário". Nesta ocasião foi apresentado o volume *Norberto Bobbio: 50 anni di studi. Bibliografia degli scritti 1934-1983,* organizado por Carlo Violi", que Bobbio classificou como "uma admirável bibliografia", pela metodologia utilizada, já que o conteúdo não lhe "cabia julgar" [94]. Em 18 e 20 de outubro de 1984, na cidade de Turim, foi realizado congresso denominado *Per uma teoria generale della política*, dedicado ao "seu pensamento e à sua obra"[95]. Em 16 de março de 1989 Bobbio, recebeu o prêmio internacional da Société Européenne de Culture, em reconhecimento pela sua "contribuição na promoção da solidariedade entre os homens e os povos através da política e da cultura". No dia de seu octagésimo aniversário, 18 de outubro de 1989, o livro de Bobbio contendo seus ensaios sobre Thomas Hobbes, editado pela Einaudi, foi apresentado na Aula Magna da Universidade de Turim[96]. Naquela ocasião, Bobbio proferiu discurso intitulado "Reflexões de um Octogenário".[97].

Em 1990 foi lançada a *Bibliografia degli scritti di Norberto Bobbio, 1934-1993*, mais uma vez organizada por Carlo Violi[98]. De 20 a 24 de julho de 1992, a Universidade Internacional Menéndez y Pelayo, em Santander, no Palácio de Magdalena, promoveu uma jornada de estudos sobre "La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio". Ali, na jornada de encerramento Bobbio fez um pronunciamento intitulado "Autobiografia intelectual"[99]. Em 6 de junho, Bobbio recebeu o diploma *honoris causa* da Universidade Autônoma de Madri[100]. Em 19 de outubro de 1996, data de seu 87° aniversário, ocorreu, na sede da Giulio Einaudi Editore, o lançamento do *De senectute*,

---

[93] POLITO, Pietro (org.). Notas biográficas. *In* BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória.** De senectute e outros escritos autobiográficos. Tradução Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997.Título original: De senectute. p. 195.

[94] BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória.** De senectute e outros escritos autobiográficos. Tradução Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997.Título original: De senectute. p. 162. Vide também VIOLI, Carlo. Avvertenza. *In* VIOLI, Carlo (org.). **Bibliografia degli scritti di Norberto Bobbio. 1934-1993.** Roma: Gius.Laterza & Figli, 1995, p. XXXIX, nota de rodapé nº 5.

[95] POLITO, Pietro (org.).Notas biográficas. *In* BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória.** De senectute e outros escritos autobiográficos. Tradução Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997.Título original: De senectute. p. 196.

[96] POLITO, Pietro (org.).Notas biográficas. *In* BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória.** De senectute e outros escritos autobiográficos. Tradução Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997.Título original: De senectute. p. 196.

[97] O texto integral em português está em: BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória.** De senectute e outros escritos autobiográficos. Tradução Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997.Título original: De senectute. p. 116 a 121.

[98] Veja VIOLI, Carlo. Avvertenza. *In* VIOLI, Carlo (org.). **Bibliografia degli scritti di Norberto Bobbio. 1934-1993.** Roma: Gius.Laterza & Figli, 1995, p. XL, nota de rodapé 6.

[99] O texto integral em Português está em: BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória.** De senectute e outros escritos autobiográficos. Tradução Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997.Título original: De senectute. p. 122 a 141.

[100] O discurso de Bobbio, sob nome "Um balanço", está em: BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória.** De senectute e outros escritos autobiográficos. Tradução Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997.Título original: De senectute. p. 162 a 173.

"*il suo ultimo libro*"[101][102]. Em 1997 foi lançada a primeira edição de uma obra que colecionou ensaios importantes de Bobbio, "*a cura de Michelangelo Bovero*", intitulada *Del Fascismo alla democrazi*.[103] De agosto a dezembro de 2000, Bobbio manteve um diálogo forte com Maurizio Viroli, o qual, foi transformado em texto que foi "inúmeras vezes" revisado por ambos, tornou-se o livro *Dialogo intorno allá Republica*[104]. E, utilizando a expressão de Pietro Rossi, conforme já informado ao início do presente artigo, *la morte lo há colto il 9 gennaio 2004*[105].

2. O *TAEDIUM VITAE* DE NORBERTO BOBBIO E A ÉTICA DA DECISÃO DE SEU FILHO, O MÉDICO MARCO BOBBIO

Mesmo tendo sido relatada resumidamente a vida profissional de Norberto Bobbio, resta evidenciada a riqueza intelectual e científica de sua vida, a qual a partir de dado momento, pelos efeitos da idade avançada, é tolhida, diminuida radicalmente, deixando-o inativo e sem produção.

Por isto, é compreensivel que ele, nestas condições por pelo menos quatro anos sucessivos, tenha sentido tédio, desânimo e desmotivação para viver. Não tomou nenhuma providência para interromper a sua existência, mas verbalizou a insatisfação de que estava tomado, para os familiares, em especial os filhos. Em outubro de 2003 completou 94 anos de vida. Dois meses depois, em 27 de dezembro, sofreu uma pneumonia, tendo sido submetido à internação hospitalar, considerada a sua dificuldade para respirar. Melhorou deste mal, e retornou para sua casa. Mas, em breve tempo agrava-se o seu estado e, em cumprimento a decisão de seu filho Marco Bobbio, médico cardiologista, foi dispensado deliberadamente qualquer tratamento para prolongar a sua vida, bem como não foi adotada nenhuma providência medicamentosa que abreviasse a chegada de sua morte, cuidando-se, contudo, de haver "suporte médico para controlar o mal-estar causado pela doença"[106]. Bobbio faleceu em 09 de janeiro de 2004.

---

[101] Em tradução livre, do autor deste trabalho, para o português: o seu último livro. Conforme o registro de ROSSI, Pietro. Introduzione. *In* ZAGREBESLKY, Gustavo et ali. **Norberto Bobbio tra diritto e política.** Roma: Editori Laterza, 2005. p. XVI.

[102] BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória.** De senectute e outros escritos autobiográficos. Tradução Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997.Título original: De senectute.

[103] BOBBIO, Norberto. **Dal fascismo ala democrazia.** I regimi, le ideologie, le figure e la cultura politiche. (A Cura de Michelangelo Bovero).Milano:Baldino&Castoldi, 1997. Esta obra voltou a ter edições póstumas em 2008 e em 2014.

[104] VIROLI, Maurizio. Prefácio. *In* BOBBIO, Norberto e VIROLI, Maurizio. **Diálogo em torno da República:** os grandes temas da política e da cidadania. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2002. Título original: Diálogo intorno alla republica.p. 7.

[105] ROSSI, Pietro. Introduzione. *In* ZAGREBESLKY, Gustavo et ali. **Norberto Bobbio tra diritto e política.** Roma: Editori Laterza, 2005.p. V.

[106] Conforme **BOBBIO, Marco. Moderação e Serenidade. Entrevista para Adriana Dias Lopes, revista Veja-edição 2402, ano 47, nº49, 03/12/2014, p.21.**

Esta conduta resultante de decisão do médico Marco Bobbio, filho do paciente, merece sofrer crítica ou restrição sob a perspectiva de uma Ética Geral? E sob a percepção de uma Ética especificamente Médica?

No que concerne à Ética Geral (e aqui não se cuida da Moral, conforme distintos conceitos operacionais propostos ao início deste artigo), a indagação poderia contemplar o aspecto específico resultante do fato de a decisão da conduta ser oriunda de um dos três filhos do paciente, no caso, do filho Médico por profissão. Esta condição, pontue-se, o qualificava mais para o tipo de decisão desde o ponto de vista clínico e médico. Não se teve acesso à informação sobre se Marco Bobbio consultou ou não seus outros dois irmãos[107]. Se o fez, deve ter obtido o apoio para a opção que acabou sendo efetivada. E, neste contexto não há nenhum arranhão à Ética Geral, porque a medida adotada respeitou a Dignidade Humana de Norberto Bobbio, respeitando sua vida, sua vontade verbalizada de forma indireta, e a sua morte. Mas, é conveniente considerar a segunda hipótese situacional, aquela que traz a possibilidade de Marco não ter consultado os dois irmãos. E sob tal referente pode-se inferir que tomou o caminho ditado pela sua condição de filho que amava o Pai e, principalmente, pela sua consciência de Médico.

Sob tal perspectiva em que a formação profissional se faz presente fortemente, pode-se levar a questão para o campo da Ética Médica, e, nele objetivamente verificar como ela se enquadra.

Considerando o *"Código de deontológia médica" da Itália*[108]*, enfatiza-se o seu artigo16, cuja transcrição literal se faz necessária, porque o teor é claro e didático, para apreciação da aplicação ou não ao caso concreto. Assim:*

> **Artigo 16: Obstinação diagnóstico-terapêutica.**
>
> O médico, levando em consideração a vontade do paciente quando expressa, deve abster-se da obstinação no tratamento diagnóstico e terapêutico, nas situações em que não se pode fundamentalmente beneficiar a saúde do doente e/ou melhora da qualidade de vida”[109].

Merece destaque, outrossim, dentro do Capítulo V, intitulado “Assistência aos Doentes Incuráveis”, o artigo 39, que dispõe:

---

[107] A esposa de Bobbio já havia falecido e obviamente não havia como consultá-la.

[108] Este Código foi aprovado em 10 de dezembro de 2006, portanto dois anos após a morte de Bobbio. Para os efeitos do exercício efetuado no presente artigo, ele é valido na medida em que a sua explicitação é compatível com a linha de análise aqui adotada, ou seja, não se busca “enquadrar ou não Marco Bobbio”, mas sim, objetivamente, verificar a situação diante de certas normas éticas, selecionadas a título exemplificativo.

[109] Conforme consta no excelente artigo: PESSINI, Leo. **Códigos de ética e questões de final de vida: Uma leitura ética comparada.** *In* http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/artigo2.htm - acesso em 08/04/2015.

> Art. 39: Assistência ao doente com prognóstico infausto. Em caso de doenças ou prognósticos seguramente infaustos ou surgidos na fase final, o médico deve através de atos e comportamentos idôneos, poupar o doente de sofrimentos psicofísicos, proporcionar tratamentos apropriados quando seja possível, que salvaguardem a qualidade de vida e a dignidade da pessoa.
>
> Em caso de comprometimento do estado de consciência, o médico deve prosseguir na terapia de sustento vital, até quando se julgue razoavelmente útil, evitando toda forma de obstinação.[110]

Para os efeitos do presente artigo, considera-se que Norberto Bobbio expressou, mesmo que se considere como de forma indireta, seu desejo de que a vida não lhe fosse prolongada artificialmente, porque sentia e verbalizou seu *Taedium vitae*, ou seja, o seu tédio/cansaço de viver. Nesta linha, a decisão de Marco Bobbio estaria abrigada no artigo 16. De outra parte, Norberto teve seu estado de saúde agravado logo após uma melhora de pneumonia, o que também alberga a conduta de Marco no artigo 39.

Nesta trilha de raciocínio, a opção de Marco Bobbio pode ser considerada como estando amparada também:

(1) pelo "Código Deontológico" de Portugal, no artigo 49 que cuida do "dever da abstenção da terapêutica sem esperança", inserido no Capítulo II; e,

(2) pelo *"Código de Ética e Deontologia Médica" de Espanha, cujo* Capítulo VII é integralmente dedicado à morte, e em cujo artigo 27, item 2 se encontra que "o médico não deverá iniciar ou continuar ações diagnósticas ou terapêuticas sem esperança, inúteis ou obstinadas".[111]

Desde uma perspectiva mundial, destaca-se agora o "CODIGO INTERNACIONAL de ETICA MEDICA"[112]. Ele foi inicialmente aprovado pela "3ª Asamblea General de la AMM[113]", realizada m Londres, Inglaterra, em 1949., Foi modificado pela "22ª Asamblea Médica Mundial", que ocorreu em 1968 em Sydney, Austrália, e, depois, pela " 35ª Asamblea Médica Mundial" realizada em Veneza, Itália, em 1983. Nele, entre os "Deberes de los Medicos en general"[114], encontra-se literalmente que:

---

[110] Também conforme consta em PESSINI, Leo. Códigos de ética e questões de final de vida: Uma leitura ética comparada. *In* http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/artigo2.htm -acesso em 08/04/2015.

[111] Também conforme consta em PESSINI, Leo. Códigos de ética e questões de final de vida: Uma leitura ética comparada. *In* http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/artigo2.htm -acesso em 08/04/2015 acesso em 08 de abril de 2015.

[112] Conforme: Associação Mundial de Medicina. Código Internacional de Ética Médica. *In* http://www.wma.net/es/30publications/10policies/c8/17a_es.pdf acesso em 08 de abril de 2015.

[113] A sigla AMM significa: Associação Médica Mundial.

[114] "Deveres dos Médicos em geral". (Tradução livre do autor do presente artigo).

> "EL MEDICO DEBE, en todos los tipos de práctica médica, dedicarse a proporcionar un servicio médico competente, con plena independencia técnica y moral, con compasión y respeto por la dignidad humana.".[115]

Ora, na verdade o que este "dever' consagra é o reconhecimento explícito de um Princípio da Ética Médica Mundial, qual seja o de que no exercício da medicina o seu profissional deve ser competente, ter independência técnica e moral (aqui, com a devida venia, a palavra mais adequada seria: ética), tendo compaixão para com o paciente e respeito pela dignidade humana.

Marco Bobbio, no episódio e conforme seu próprio relato, cumpriu este Princípio/Dever[116], especialmente no que concerne ao exercício da compaixão (que não se há de confundir com piedade) para com o seu pai/paciente (e para com o *Taedium vitae* de Norberto), e ao respeito pela Dignidade Humana. Este respeito, venia pela insistência, a de ser praticado quanto à vida e quanto à morte das pessoas.

E, o caso sob exame no presente artigo, como fica quando se considera o vigente Código de Ética Médica do Brasil?[117]

Aprovado pela RESOLUÇÃO CFM Nº 1931/2009, que foi publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2009, Seção I, p. 90 e com retificação publicada no D.O.U. de 13 de outubro de 2009, Seção I, p.173, entrou em vigência no Brasil o novo Código de Ética Médica, em 13 de abril de 2010[118].

A sua forma e conteúdo está legitimada, porque o Código resultou de decisões aprovadas pela IV Conferência Nacional de Ética Médica, sendo a sua elaboração decorrente da "participação de Delegados Médicos de todo o Brasil". Ele possui algumas características muito interessantes que merecem ser pontuadas. A primeira é uma das diretrizes gerais na qual se encontra explícito que o Código é composto por regras que vão bem além do estrito disciplinamento do exercício da profissão médica, alcançando todas as atividades em que são utiizados conhecimentos advindos

---

[115] "O MÉDICO DEVE, em todos os tipos de prática médica, dedicar-se a proporcionar um serviço médico competente, com total independência técnica e moral, tendo compaixão e respeito pela dignidade humana." (Tradução livre do autor do presente artigo).

[116] Alerta-se o Leitor que foge ao escopo do presente artigo discutir os conceitos de Princípio, de Direito e de Dever. Nesta frase, está-se conectando a palavra original no documento examinado ("deber"= dever) com a idéia de que ele extrapola a condição de dever e alcança o patamar de Princípio Ético Médico.

[117] Aqui foram considerados, concentrando e selecionando especificamente quanto à conduta de Marco Bobbio, os textos: PASOLD, Cesar Luiz. **O novo Código de Ética Médica: primeira aproximação descritiva.** *In* **http://www.advocaciapasold.com.br/publicacoes/artigos.php** - acesso em 08 de abril de 2015 e, PASOLD, Cesar Luiz. **A Principiologia do novo Código de Ética Médica.** *In* http://www.advocaciapasold.com.br/publicacoes/artigos.php - acesso em 08 de abril de 2015.

[118] Todas as citações e transcrições literais que seguem tem como fonte**: CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA.** RESOLUÇÃO CFM Nº 1931/2009-Institui o Código de Ética Médica. *In* **http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.htm** - acesso em 11 de abril de 2015.

da Medicina. Estruturalmente ele é integrado por “25 princípios fundamentais do exercício da Medicina, 10 normas diceológicas, 118 normas deontológicas e quatro disposições gerais”.

Destacam-se alguns princípios:

(1) o constante no inciso XXII, cujo teor é: “Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.”;

(2) o sexto princípio que estabelece que o médico terá respeito absoluto pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício; disto, decorre que ao médico é vedado utilizar os seus conhecimentos em tríplice dimensão negativa: a) para causar sofrimento físico ou moral; b) para o extermínio do ser humano; e c) para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade;

(3) o vigésimo primeiro Princípio que cuida do relevante aspecto relacionado ao processo de tomada de decisões profissionais no qual “de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas”;

(4) o vigésimo segundo Princípio que trata das situações clínicas irreversíveis e terminais, nas quais “o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.”

E, ressalta-se também o seguinte trecho estratégico do artigo 23: “É vedado ao médico:” [...] “Tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto”.

Ele corresponde ao sexto Princípio acima já destacado e cujo inteiro teor é:

> VI - O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.

Marco Bobbio agiu, é necessário repetir, respeitando a dignidade de seu pai Norberto, em conduta compatível com o espírito e o núcleo da letra do acima citado artigo 23.

No que concerne aos quatro princípios do Código de Ética Médica do Brasil, retro

selecionados e destacados, há que frisar que o médico Marco Bobbio:

(1) não submeteu o paciente a procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários, e cuidou para que Norberto não tivesse sofrimento;

(2) atuou em absoluto respeito ao ser humano Norberto Bobbio evitando-lhe sofrimento físico ou mental;

(3) no seu processo de tomada de decisão profissional o Médico Marco considerou fortemente a informação privilegiada que tinha como filho de Norberto, o qual verbalizou insistentemente o seu taedium vitae;

(4) evitou procedimentos desnecessários, seja de diagnóstico seja de terapêutica, e propiciou os cuidados paliativos apropriados ao paciente.

Uma primeira indagação pontual pode ser apresentada: a condição de Marco como filho não traz nenhuma ressalva de ordem ética à atuação médica (inclusive com decisão estratégica sobre conduta quanto à morte) junto ao pai Norberto enfermo?

No exame dos Códigos de Ética selecionados para sustentar ilustrativamente o presente artigo, este aspecto específico não foi encontrado.

Contudo, a leitura e a reflexão havidas sobre os dispositivos axiológicos examinados durante a pesquisa, permitem a opinião no sentido de que a relação familiar (qualquer que seja o grau, que no caso é muito próxima) entre médico e paciente, em si, não constitui impeditivo à atuação do profissional.

O que os fundamentos explícitos e alguns implícitos (portanto, nestes a percepção é mais subjetiva) encontrados nos Códigos apreciados, parecem indicar é que o mais importante a atentar são as atitudes os comportamentos[119] do profissional médico, verificando-se o nível de sua sustentabilidade axiológica. Neste mister, deve-se dar atenção, principalmente, à obediência ao princípio do respeito à Dignidade Humana, ao processo de tomada de decisão amparado na competência técnica, seja a diagnóstica e seja a terapêutica, e nos valores da adequada prática da Medicina.

E a segunda indagação pontual, para encerrar: ao relatar o fato em entrevista publicada em

[119] "**Atitude** entendida como pré disposição ou tendência interna na Personalidade, diferencia-se de **comportamento** na medida em que este é compreendido como ação ou omissão, numa dada situação". *In* PASOLD, Cesar Luiz. **Personalidade e Comunicação**. 2.ed.rev.amp.Florianópolis:Plus Saber, 2005, p.69, nota de rodapé nº 36.(negritos no original).

revista de circulação nacional no Brasil, Marco Bobbio- independentemente de sua nacionalidade - quebrou a regra ética do sigilo profissional?

Sob o ponto de vista do Código Brasileiro que se enfatiza no presente artigo, traz-se à colação o teor do art. 73: "revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente. Parágrafo único. permanece essa proibição: a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido; [...]."

Neste momento a condição de médico e concomitantemente de filho do paciente agrava ou atenua?

Ou não há violação ao sigilo profissional, porque existe motivo justo, qual seja, o de sustentar solidamente a defesa pública da aplicação do princípio ético do respeito à Dignidade Humana (na vida e na morte) do Paciente?

Estas derradeiras indagações ficam também como especiais estímulos à reflexão dos Leitores!

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo procurou-se realizar um processo reflexivo, desde o ponto de vista axiológico, sobre o fato de Marco Bobbio, médico cardiologista italiano, ter decidido não aplicar nenhum tratamento de prolongamento de vida ao seu pai, o Filósofo, Cientista e Jurista Norberto Bobbio, quando este sofreu reinternação hospitalar em estado grave, aos 94 anos de idade, vindo a falecer.

O principal argumento do médico é que Norberto vinha verbalizando aos familiares um Taedium Vitae.

Tal sentimento pode ser considerado como plenamente justificável, porque a vida dele – Norberto Bobbio –como se exemplificou no item anterior do presente artigo, foi extensa e muito produtiva, sendo ele o originador de estímulos significativos, relevantes e de excelência qualitativa em diversos campos do conhecimento humano.

Esta sua influência epistemológica ocorreu mormente na Filosofia, na Filosofia do Direito, na Ciência Política, na Teoria Política, na Filosofia Política e na Teoria Geral do Direito e do Estado.

Para subsidiar ilustrativamente tal reflexão foram examinados cinco Códigos de Ética inclusive o atualmente vigente no Brasil, este com ênfase. [120]

A conclusão foi a de que, consideradas as disposições deontológicas selecionadas, o médico Marco Bobbio atuou no episódio sem arranhão ético.

Ao preparar o final deste artigo, levantou-se objetivamente o aspecto relacionamento familiar (proximíssimo, no caso) do médico Marco como filho do paciente Norberto, e considerando-se que a atuação de Marco como profissional não sofre reparo por ser filho do paciente, não se identifica problema ético.

Deixa-se, mais ainda, uma indagação especial aos Leitores quanto à infração ou não de Marco Bobbio à regra ética do sigilo profissional quando tornou pública sua conduta e a situação da morte de Norberto Bobbio, em entrevista publicada numa revista brasileira de circulação nacional.

E, por fim, registra-se a esperança de que este modesto artigo possa estimular pesquisas, debates e aprofundamento do tema nele tratado a partir de caso real, sempre sob a égide da mais adequada relação entre a Vida, a Morte[121] e a Dignidade Humana[122].

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia.** Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes,1998. Título original: Dizionario di Filosofia.

ALVES, Alaôr Caffé. Apresentação. *In* BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica.** Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Studatti. 2 ed. Bauru: Edipro, 2003. 192 p. Título original: Teoria della norma giuridica.

ARISTOTELES. **Ética a Nicômacos**. Tradução de Mário da Gama Kury. 3 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília,1999.Título original: Ethicon Nikomacheion.

[120] Códigos de Itália, Portugal, Espanha, Brasil e Código Internacional de Ética, conforme referenciado nos rodapés pertinentes, retro.

[121] Quanto ao direito a uma morte digna, veja-se noticiário sobre proposta, na França, de direito à morte com dignidade, em: MENEZES, Daniel. **França propõe a sedação terminal para uma morte digna.** *In http://www.opotiguar.com.br/franca-propoe-a-sedacao-terminal-para-uma-morte-digna/* - acesso em 12 de abril de 2015.

[122] Esta tríade é tema com forte conexão com a questão do Testamento Vital. Sobre o assunto, vide: PENALVA, Luciana Dadalto. **As contribuições da Experiência** Estrangeira para o debate acerca da Legitimidade do Testamento Vital no Ordenamento Jurídico Brasileiro. In http://www.advocaciapasold.com.br/artigos/arquivos/testamento_vital_-_contribuicao.pdf - acesso em 08 abril 2015.

ARISTÓTELES. **Arte Retórica e Arte Poética**. Tradução de Antonio Pinto de Carvalho. Rio de Janeiro: Tecnoprint, s/d. 289 p. Título original: Art Rhétorique et Art Poétique.

ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. Código Internacional de Ética Médica. *In* http://www.wma.net/es/30publications/10policies/c8/17a_es.pdf. Acesso em 08/04/15.

BOBBIO, Marco. **Moderação e Serenidade**. Entrevista para Adriana Dias Lopes, revista Veja-edição 2402, ano 47, nº49, 03/12/2014, p.17a 22.

BOBBIO, Norberto. **Diário de um século**: Autobiografia. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus,1998. Título original: Autobiografia.

BOBBIO, Norberto. Prefazione. *In* VIOLI, Carlo (org.). **Bibliografia degli scritti di Norberto Bobbio.** 1934-1993. Roma: Gius.Laterza & Figli, 1995.

BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória.** De senectute e outros escritos autobiográficos. Tradução Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997. Título original: De senectute.

BOBBIO, Norberto. Premissa. *In* BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Tradução de Carlos Nélson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991. Título original: Thomas Hobbes.

BOBBIO, Norberto. **Perfil ideologico del siglo XX en Italia.** Tradução para o español de Stella Mastrangelo. México-DF: Fondo de Cultura Económica, 1993. Título original: Profilo ideologico del Novecento italiano.

BOBBIO, Norberto. Prefácio à primeira edição italiana. *In* BOBBIO, Norberto. **O problema da guerra e as vias da paz.** Tradução de Álvaro Lorencini. São Paulo: Editora UNESP, 2003. Título original: Il problema della guerra e le vie della pace.

BOBBIO, Norberto. **Entre duas Repúblicas**: as origens da democracia italiana. Tradução de Mabel Malheiros Bellati. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001. Título original: Tra due repubblichi-Alle origini della democrazia italiana.

BOBBIO, Norberto. Autobiografia Intellettuale. *In* VIOLI, Carlo (org.). **Bibliografia degli scritti di Norberto Bobbio**. 1934-1993. Roma: Gius.Laterza & Figli, 1995.

BOBBIO, Norberto. Prefácio à segunda edição. *In* BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant.** Tradução de Alfredo Fait. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984. Título original: Diritto e Stato nel Pensiero di Emanuele Kant.

BOBBIO, Norberto. **Ensaios sobre Gramsci e o Conceito de Sociedade Civil**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira e Carlos Nélson Coutinho. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Título original: Saggi su Gramsci.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Studatti. 2 ed. Bauru: Edipro, 2003. 192 p. Título original: Teoria della norma giuridica.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. Título original: Teoria dell´ordinamento giuridico.

BOBBIO, Norberto. Prefácio à Nova Edição. *In* BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de Filosofia do Direito. Tradução de Márcio Pugliesi et alli. São Paulo: Ícone, 1995. (sem título original no exemplar utilizado).

BOBBIO, Norberto. **Contribuicion ala teoría del derecho**. Tradução para o español de Afonso Ruiz Miguel.Madri:Editorial Debate, 1990. (sem o título original disponível).

BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade e outros ensaios morais.**Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora UNESP, 2002. Título original: Elogio della mitezza e altri scritti morali.

BOBBIO, Norberto. Prefácio à primeira edição italiana. *In* BOBBIO, Norberto. **O problema da guerra e as vias da paz**. Tradução de Álvaro Lorencini. São Paulo: Editora UNESP, 2003. Título original: Il problema della guerra e le vie della pace.

BOBBIO, Norberto. Prefácio para a edição brasileira. *In* BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. Tradução de Sérgio Bath. 2 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília,1980. Título original: La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico: anno accademico 1975-76.

BOBBIO, Norberto. (org. Michelangelo Bovero) **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2002. Título original: Teoria Generale della Politica.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nélson Coutinho. 5 reimp. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Título original: L' Etàt dei Diritti.

BOBBIO, Norberto. Premissa. *In* BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 3 ed. São Paulo: Brasiliense,

1991. Título original: Società e stato nella filosofia politica moderna.

BOBBIO, Norberto. **Ensaios sobre ciência política na Itália**. Tradução de Maria Celeste F. Faria Marcondes. Brasília: Editora Universidade de Brasília- São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001. Título original: Saggi sulla scienza política in Italia.

BOBBIO, Norberto. Prefácio. *In* BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade; por uma teoria geral da política.** Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. Título original: Stato, governo, società. Per uma teoria generale della política.

BOBBIO, Norberto. **As Ideologias e o Poder em Crise**. 4 ed. Tradução de João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. Título original: Ideologie e il potere in crise.

BOBBIO, Norberto. (org. José Fernández Santillán). **Norberto Bobbio**: o filósofo e a política. Tradução de Cesar Benjamin e Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003. Título original: Norberto Bobbio: el filosofo y la politica.

BOBBIO, Norberto. Prefácio à Primeira Edição Italiana. *In* BOBBIO, Norberto. **Direita e esquerda:** razões e significados de uma distinção política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2 ed. São Paulo: Unesp, 2001. Título original: Destra e sinistra: ragioni e significati di uma distinzione politica. Nuova edizione riveduta e ampliata com uma risposta ai critici.

BOBBIO, Norberto. **Le sage et la politique** – Écrits Moraux sur la vieillesse et la douceur. Traduit de l'italien par Pierre-Emmanuel Dauzat et Denis Trierweiler. Paris: Édicion Albin Michele, 2004. (Sem menção ao título original no exemplar utilizado).

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra,1986.Título original: Il futuro della democrazia. Uma difesa delle regole del gioco.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política.** Tradução de Carmen C. Varriale et all. 12 ed. Brasília: Editora Universidade Brasília, 2004. II Vol. Título original: Dizzionario di politica.

BOBBIO, Norberto. **Dal fascismo ala democrazia**. I regimi, le ideologie, le figure e la cultura politiche. (A Cura de Michelangelo Bovero).Milano: Baldino&Castoldi, 1997.

CARDIN, Carlos Henrique (org.). **Bobbio no Brasil** - um retrato intelectual. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001,Título original:

Autobiografia.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética- Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno**. 3 reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2006;

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. RESOLUÇÃO CFM Nº 1931/2009-Institui o Código de Ética Médica. *In* http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.htm. Acesso em 08/04/15.

FIGUEIRA, M. S. **A eticidade no ofício de julgar**. Verbis. (12), 1998.

GIANOTTI, José Arthur. Moralidade Pública e Moralidade Privada. *In* NOVAES, Adauto (org.). **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras/Secretaria Municipal de Cultura, 1992.

HEGEL, G. W.F. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997. Título original:não disponível.

HERMANS, Wilhelmus Godefridus. **Ética- ensaio sociofilosófico**. Brasília: OAB Editora, 2004.

JONAS, Hans. **Técnica, medicina y ética- Sobre la práctica del principio de responsabilidade**. Tradução de Carlos Fortea Gil. Barcelona: Paidós, 1997. Título original: Technik, Medizin und Ethik. Zur Praxis des Prinzips Veranticortung.

LAFER, Celso. A MENTIRA- Um capítulo das relações entre a ética e a política. *In* NOVAES, Adauto (org.) **Ética.** São Paulo: Companhia das Letras/Secretaria Municipal de Cultura, 1992.

LAFER, Celso. Um professor: a autobiografia de Bobbio. *In* CARDIN, Carlos Henrique (org.). **Bobbio no Brasil** - um retrato intelectual. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001.

LAFER, Celso. Norberto Bobbio, Teoria do Ordenamento Jurídico. *In* CARDIN, Carlos Henrique (org.). **Bobbio no Brasil** - um retrato intelectual. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001.

LAFER, Celso. Guerra, Direito e poder no Golfo Pérsico. *In* CARDIN, Carlos Henrique (org.). **Bobbio no Brasil** - um retrato intelectual. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001.

LAFER, Celso. Prefácio à Edição Brasileira- A Autoridade de Norberto Bobbio. *In* BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória**. De senectute e outros escritos autobiográficos. Tradução Daniela Versiani.

Rio de Janeiro: Campus, 1997.Título original: De senectute.

LIMA, Hermes. **Introdução à ciência do direito**.11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

MELO, Osvaldo Ferreira de**. Ética e Direito**. NEJ- Vol.11 – n.1- -p.35-39/jan-jun 2006.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2000.

MENEZES, Daniel. **França propõe a sedação terminal para uma morte digna**.*In* http://www.opotiguar.com.br/franca-propoe-a-sedacao-terminal-para-uma-morte-digna/. Acesso em 08/04/15.

NOVAES, Adauto (org.). **Ética.** São Paulo: Companhia das Letras/Secretaria Municipal de Cultura, 1992.

PASOLD, Cesar Luiz. **Personalidade e Comunicação**, 2 ed. rev.amp. Florianópolis: Plus Saber Editora, 2005.

PASOLD, Cesar Luiz. **O advogado e a advocacia**, 3.ed. rev. atual.amp.Florianópolis: OAB/SC Editora, 2001.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica e Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 10 ed. rev. amp. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2007.

PASOLD, Cesar Luiz. **Ensaio sobre a Ética de Norberto Bobbio**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. Em especial da p.24 a 29.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 12.ed.rev.São Paulo: Conceito Editorial, 2011,p.25, 53,81 e ss.

PASOLD, Cesar Luiz. **O novo Código de Ética Médica**: primeira aproximação descritiva. *In* http://www.advocaciapasold.com.br/publicacoes/artigos.php. Acesso em 08/04/15.

PASOLD, Cesar Luiz. **A Principiologia do novo Código de Ética Médica**. *In* http://www.advocaciapasold.com.br/publicacoes/artigos.php. Acesso em 08/04/15.

PENALVA, Luciana Dadalto. **As contribuições da Experiência Estrangeira para o debate acerca da Legitimidade do Testamento Vital no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. *In* http://www.advocaciapasold.com.br/artigos/arquivos/testamento_vital-contribuicao.pdf. Acesso em 08/03/15.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo:

Martins Fontes, 1966. Título original: Éthique et Droit.

PESSINI, Leo. **Códigos de ética e questões de final de vida**: Uma leitura ética comparada. *In* http://www.portalmedico.org.br/*novocodigo*/artigo2.htm - acesso em 08/04/2015.

POLITO, Pietro (org.) Notas biográficas. *In* BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória.** De senectute e outros escritos autobiográficos. Tradução Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997.Título original: De senectute.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 10 ed. rev. São Paulo: Saraiva,1983.

ROUANET, Sérgio Paulo. Dilemas da Moral Iluminista. *In* ROSSI, Pietro. Introduzione. *In* ZAGREBESLKY, Gustavo et ali. **Norberto Bobbio tra diritto e política**. Roma: Editori Laterza, 2005.

SANTILLÁN, José Fernández. Apresentação- Biografia e história. *In* BOBBIO, Norberto. (org. José Fernández Santillán). **Norberto Bobbio**: o filósofo e a política. Tradução de Cesar Benjamin e Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003. Título original: Norberto Bobbio: el filosofo y la politica.

SINGER, Peter. Vida Ética- **Os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade**. Tradução de Alice Xavier. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. Título original: Writings on na ethical life.

TUGENDHAT, Ernst. **Lições sobre Ética**. 3 ed. Tradução de Róbson Ramos dos Reis, Aloísio Ruedell, Fernando Pio de Almeida Fleck, Errnildo Stein, Joãosinho Berckenkamp, Marianne Kolb, Mario Fleig. Petrópolis: Vozes, 1996.Título original: Vorlesungen über Ethik.

VIOLI, Carlo (org.). **Bibliografia degli scritti di Norberto Bobbio**. 1934-1993. Roma: Gius.Laterza & Figli, 1995.

WIENER, Norbert. **Cibernética e Sociedade**. Tradução de José Paulo Paes. 7. ed. São Paulo: Cultrix, 2000. 190p. Título original: The Human use of Human Beings.

O ATIVISMO JUDICIAL E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: GOVERNO DE HOMENS OU GOVERNO DE LEIS? A INTERNAÇÃO DE ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI E O USO DO SUBJETIVISMO EM DETRIMENTO DO OBJETIVISMO LEGAL

Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto[1]

INTRODUÇÃO

Uma das questões mais inquietantes dos últimos anos tem sido, sem dúvida alguma, aquela que diz respeito ao chamado ativismo judicial.

Diariamente tomamos conhecimento de uma série de decisões judiciais que, por vezes, avançam, não só naquilo que é considerado espaço unicamente legislativo, mas também enfrentando questões que já possuem regramento próprio. Há, nesses casos, uma desconsideração da norma posta e sua substituição por uma compreensão da norma constitucional adequada ao "sentimento" do julgador.

Para isso, há uma larga utilização de princípios constitucionais (ou que se dizem como tal), dando ensejo a interpretações aplicáveis a casos que entendem únicos e isolados. Cresce o particularismo em detrimento da generalidade da aplicação normativa, elemento este que sempre foi a sua característica principal e a mais aproveitada pelo Estado de Direito. Afinal, a consolidação da modernidade passou pelo abandono da vontade de um só, marca do absolutismo, para chegar a concepção da vontade geral com a compreensão de que todos são iguais perante a lei. Vale dizer: a mesma lei para todos.

E para isso usa-se como exemplo uma hipótese concreta: o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/92), em seu artigo 122, é taxativo ao apontar em quais hipóteses poderá ser aplicada ao adolescente que pratica ato infracional a mais grave das medidas, qual seja, a internação em estabelecimento educacional: no caso de ato cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; por reiteração no cometimento de outras infrações graves ou, por último, por

[1] Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor de Processo Civil do Curso de Graduação em Direito da UFSC; Professor do Curso de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade do Vale do Itajaí-SC e Juiz de Direito Substituto de 2º Grau do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina lotado na 2ª Câmara de Direito Público. Email: franciscojneto@uol.com.br.

descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

No caso de tráfico de drogas, hipótese tratada à exaustão pela jurisprudência dada a sua grande ocorrência no nosso quadro social atual – e reconhecido elemento impulsionador da criminalidade –, determinados julgados, em lugar de optarem pela aplicação da internação apenas aos casos previstos em lei, tem optado por aplicá-la também em casos de tráfico de drogas sem violência real, sempre calcados em argumentos dotados de grande subjetividade.

E é justamente isso que se pretende discutir aqui: em que medida esta prática revela um retorno a um modelo de Estado pré-moderno, em que impera um governo dos homens em detrimento de um governo de leis, uma das mais excepcionais conquistas da modernidade? Isso não viola o princípio da legalidade e da igualdade perante a lei?

Para enfrentar tais questionamentos, penso ser importante destacar, em primeiro lugar, a concepção de Direito que temos na atualidade. Se no passado o Direito Natural foi a principal forma de compreender e de explicar o Direito, em sua substituição surgiu o Direito Positivo e a busca de certeza que dele advém, discutindo-se atualmente se ele ainda serve para representar os modelos atuais, marcados pela positivação não mais em textos legislativos, mas sim em textos constitucionais. Depois disso, é preciso rever e discutir a influência do sistema político e a mudança do Estado de Direito para o chamado "Estado Constitucional de Direito", elemento que, sem dúvida alguma, igualmente potencializou o modelo de decisão calcado em princípios constitucionais.

A partir daí, possível examinar como os juízes tem se comportado diante deste quadro e, ainda, se a postura adotada com a larga utilização de princípios, repita-se, muitas vezes *contra legem* (e isso sem qualquer exame aprofundado de adequação constitucional) encontra respaldo no elemento fundamental que deve permear toda e qualquer relação entre o sujeito e o Estado: a democracia.

1. 1ª CONCEPÇÃO DE DIREITO: O JUSNATURALISMO (FUNDAMENTOS E MODALIDADES)

O jusnaturalismo, que se apresenta em essência como uma resposta filosófica, evidentemente não surgiu antes da chamada "percepção filosófica", o que nos permite afirmar ser ele, (o direito natural) tão antigo quando o pensamento ocidental. Sua presença já era sentida na Grécia do final do Século VII a.c. entre os filósofos chamados de pré-socráticos. Em Heráclito,

encontra-se a proposição de que existe uma lei que rege o mundo e o coloca em ordem, e não desordem e, no século V a.c. – período chamado de "humanista" – é Sócrates (470-399 a.c.) quem afirma que, acima dos homens, existe um mundo de valores objetivos, entre eles a justiça[2]. Anos mais tarde, apresenta-se o período clássico, com Platão (427-347 a.c.) e Aristóteles (384-322 a.c.), e o refinamento dessas ideias, com o pensamento de que existe uma ordem natural que independe do mundo real, dos fatos e das ações humanas.

Contemporâneo a estes últimos, aparece também Sófocles (495-406 a.c.) e sua peça "Antígona". Nela se dá a conhecida passagem em que a protagonista, em um diálogo com o soberano (Creonte) – após confessar que havia desobedecido a uma das suas ordens – faz uma crítica ao direito estatal com a invocação do direito natural. A respeito da lei considerada injusta, diz ela:

> Não foi, com certeza, Zeus que as proclamou, nem a Justiça com trono entre os deuses dos mortos que as estabeleceu para os homens. Nem eu supunha que tuas ordens tivessem o poder de superar as leis não-escritas, perenes, dos deuses, visto que és mortal. Pois elas não são de ontem, nem de hoje, mas são sempre vivas, nem se sabe quando surgiram.

Como se vê, em todos eles a compreensão de que, além da existência de um conjunto de direitos em uma ordem natural (que se apresenta imutável ao homem), a aceitação de que este direito natural deva ser a base para a validade do direito posto pelo soberano.

Tais ideias evidentemente influenciaram o período subsequente, o que pode ser percebido já com os escritos de Cícero (106-43 a.c.), em Roma, especialmente com duas afirmações feitas por ele: 1) o Direito tem sua base e fundamento na natureza, nascendo dela; 2) esse fato faz com que essa lei natural tenha precedência – em todos os aspectos – sobre as normas humanas[3]. Com o cristianismo, momento importante pela nova concepção de mundo que oferece, surge uma nova forma de justificação do direito natural, e é a partir daí que ele se forma de modo a possibilitar a grande influência que vem a exercer no ocidente.

Firma-se a compreensão de que *non videtur lex quae iusta non fuerit* (não há lei que não seja justa), o que agrega ao jusnaturalismo uma de suas marcas fundamentais: a possibilidade de descumprimento da lei positiva em caso de contrariedade da lei natural. Quando a lei for injusta, não será lei (*lex injusta non est Lex).*

---

[2] FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio. **Derecho Natural:** Introducción filosófica al derecho. Madrid: Universidade Complutense, Faculdad de Derecho, 1977. p. 191.

[3] FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio. **Derecho Natural:** Introducción filosófica al derecho. Madrid: Universidade Complutense, Faculdad de Derecho, 1977. p. 218.

No início da Idade Moderna, surge outra versão de jusnaturalismo, esta também preocupada em promover a defesa dos direitos individuais e a limitação do poder dos governantes. É o chamado "jusnaturalismo racionalista", que tem sua base calcada na completa emancipação do direito natural da teologia ao concebê-lo como um objeto passível de conhecimento, da mesma forma que os números ou figuras geométricas, de modo que, assim como podem ser operados estes últimos, ainda que nada materialmente haja para contar ou para descrever suas formas, "así también es posible conocer un orden normativo (moral y jurídico) independiente de toda experiência o revelación"[4].

Essa concepção foi acompanhada por diversos autores daquele período (Samuel Puffendorf, Cristiano Tomasio e Cristiano Wolf), o que fez com que tais ideias chegassem aos séculos XVII e XVIII com vigor suficiente para embalar as revoluções que viriam a ocorrer e, novamente, mudar os rumos da história ocidental, assim como ocorrera com o cristianismo.

Nesses movimentos, encontra-se a noção de pacto social apresentada por Thomas Hobbes (1588-1679) com a afirmação de que, em seu estado de natureza, o homem é egoísta, o que causa uma guerra permanente, e de que o homem é o lobo do próprio homem (*homo hominis lupus*). Por isso, faz-se necessária a existência do Estado como forma de sair dessa situação, para o que não dispensa o direito natural, apesar de reconhecer sua insuficiência.

Na mesma linha seguiram John Locke (1632-1704) e Jean Jacques Rousseau (1712-1778). Em todos eles encontra-se o entendimento que contribuiu para a construção de uma compreensão de que o Estado e suas instituições são resultado da vontade dos homens. Assim, o Estado e o Direito não existem por obra de Deus ou dos costumes, mas sim como produto de seres racionais que atuam guiados por seus interesses[5].

Passado esse período, no século XIX o jusnaturalismo experimenta um período de baixa, o que se dá especialmente pelo surgimento de correntes filosóficas que repelem a metafísica e dão maior atenção aos atos e fatos humanos e, ainda, a uma explicação histórica da realidade. Some-se a isso o surgimento das correntes positivistas – que fazem nascer o positivismo jurídico – e, ainda, a crítica ao direito natural e a defesa de que só é direito o direito positivo.

Esse momento foi apenas mais um dentre tantos outros. Daí falar-se sempre em "eterno

[4] PRIETO SANCHÍS, Luis. **Apuntes de teoria del derecho**. 2ª ed. Madrid, Espanha: Trotta, 2005. p 308.

[5] PRIETO SANCHÍS, Luis. **Apuntes de teoria del derecho**. 2ª ed. Madrid, Espanha: Trotta, 2005. p 309.

retorno do direito natural" ou simplesmente de sua revitalização, pelo menos em duas dimensões muito claras: 1) a dimensão moral, em que serve como espaço de crítica ao Direito, externada essa crítica sobre o direito positivo. É o chamado "jusnaturalismo deontológico" em contraposição ao "jusnaturalismo tradicional", baseado em certo objetivismo moral que intenta ser contraponto aos diversos e ocasionalmente injustos direitos positivos; e 2) a dimensão jurídica, que propõe a recuperação de uma ideia conhecida e que acompanha o direito natural em toda a sua história: a necessária conexão entre direito e moral. É a compreensão de o Direito "que é" não poder se desconectar por completo do direito que "deve ser", de modo que a justiça não será apenas um juízo crítico externo que se faz sobre determinada ordem jurídica, mas sim um ingrediente imprescindível dele mesmo[6].

Em síntese: o Direito é algo mais que uma simples manifestação de vontade política, constituindo-se em um conjunto de limites supralegais, fora do controle dos legisladores e dos governantes.

De tudo o que foi colocado, percebe-se que, apesar de algumas variações, o jusnaturalismo não se afasta da ideia de que o Direito possui uma ordem de valores conhecíveis através da razão. Além disso, permanece ele ainda ligado a uma compreensão de que é um espaço privilegiado de crítica ao direito posto pelo Estado, tal qual presente em Sófocles e sua peça "Antígona" (495-406, a.c.). Assim pensado, o direito injusto jamais será direito.

Em síntese, em relação a ele (o direito natural), pode-se dizer: 1) Todo sistema ostenta uma pretensão de justiça e correção, posto que resultaria contraditório uma ordem normativa que se apresentasse como injusta; 2) A existência de um sistema não necessita só do reconhecimento e cumprimento externos, mas também do reconhecimento interno (juízes e funcionários); 3) Ainda que nada garanta que as normas jurídicas sempre coincidam com os ideais de justiça, tomada a perspectiva de quem participa do sistema, sempre será possível afirmar que uma norma radicalmente injusta não é uma norma jurídica (seriam patologias do sistema); e, por fim, 4) O cabal conhecimento do Direito – seja científico, seja operativo – exige que o intérprete adote o chamado "ponto de vista interno", que deverá ser comprometido com os valores éticos essenciais pertencentes ao sistema, necessários para a realização dos juízos de validez.

[6] PRIETO SANCHÍS, Luis. **Apuntes de teoria del derecho**. 2ª ed. Madrid, Espanha: Trotta, 2005. p 312.

2. 2ª CONCEPÇÃO DE DIREITO: O POSITIVISMO JURÍDICO (BASES TEÓRICAS E PRINCIPAIS TESES)

Quanto ao direito positivo, é em meados do Século XIX que surge essa nova concepção de Direito que, além de pretender afastar todo e qualquer aporte metafísico de sua essência, se coloca como manifestação da soberania estatal em face do exercício do monopólio de sua produção. Por trás de tudo, a ideia do contrato social defendida por autores como John Locke (1632-1704) e Jean Jacques Rousseau (1712-1778), que sustentam ser o Estado e suas instituições o resultado da vontade dos homens, de forma que Estado e Direito não existem por obra de Deus ou dos costumes, mas sim como produto de seres racionais que atuam guiados por seus interesses.

Seu desenvolvimento e processo de hegemonia abrangeram três momentos bem definidos e localizados: a "Escola Histórica do Direito" na Alemanha, que afirmou ser o direito um fenômeno histórico e produto do "espírito do povo"; a "Escola da Exegese", surgida na França e que apregoou a identificação do direito com a lei (melhor seria falar em redução) e, por fim, a "Jurisprudência Analítica" na Inglaterra, que afirmou ser o Direito determinações emanadas pelos soberanos em relação aos súditos, sempre respaldadas pela coação[7].

Passado esse momento inicial, no início do Século XX surgiu Hans Kelsen e a "Teoria Pura do Direito", o que deu significativa contribuição à compreensão do Juspositivismo. Sustenta ele que o sistema jurídico é do tipo dinâmico, onde as normas têm sua validade determinada pelas sucessivas delegações de poder, livrando-as da contaminação dos fatos ao afirmar que de algo que é não poderá decorrer algo que deve ser e, de algo que deve ser, não poderá decorrer algo que é[8]. Daí que a validade de uma norma não pode decorrer simplesmente do fato de ter emanado de um

[7] Em relação ao primeiro (Escola Histórica do Direito), apresentou-se ele como uma concepção de direito surgida nos séculos XVIII e XIX, auge do romantismo; fornece os principais elementos de crítica ao direito natural, o que se dá a partir da primeira obra que pode efetivamente ser considerada como expressão dessa corrente. Escrita por Gustavo Hugo, em 1798, com o título de "Tratado do direito natural como filosofia do direito positivo". O segundo deles, a Escola da Exegese, usa da codificação, que é por onde se dá a troca do jusnaturalismo racionalista para o positivismo jurídico em sua compreensão mais radical, vez que "identifica o direito com a lei e confia aos tribunais a missão de estabelecer os fatos dos quais decorrerão as consequências jurídicas, em conformidade com o sistema de direito em vigor" (PERELMAN, 1999, p. 32). Por último, o terceiro dos movimentos, a chamada "Jurisprudência Analítica", que foi criada por John Austin (1790-1859), aluno de Jeremy Bentham (1748-1832), autor britânico que influenciou vários países com sua codificação do direito, mas não conseguiu a adoção de suas ideias em seu país de origem, a Inglaterra. Iluminista e utilitarista, defendeu a codificação do direito britânico e sua sistematização, com o objetivo de clarificação e limitação dos poderes dos juízes. Para ele, só o direito positivo poderia ser direito; daí negar a existência do direito natural e, por consequência lógica, a existência de direitos anteriores ao Estado.

[8] Segundo KELSEN, os ordenamentos normativos poderiam ser divididos em dois tipos: 1) os estáticos, em que as normas estão relacionadas umas às outras como as proposições de um sistema dedutivo, eis que derivam umas das outras, partindo de uma ou mais normas originárias de caráter geral – e 2) os dinâmicos, em que "as normas que os compõem derivam umas das outras através de sucessivas delegações de poder, isto é, não através da autoridade que os colocou" (BOBBIO, 1994, p. 71-72). Para ele o ordenamento jurídico é do tipo deste último já que "o enquadramento das normas é julgado com base num critério meramente formal, isto é, independentemente de seu conteúdo" (BOBBIO, 1994, p. 73).

agente. Há necessidade de que este agente tenha competência conferida por uma norma para que sua validade esteja presente, a qual vincula o agente e o indivíduo que está obrigado a cumpri-la.

Outro ponto fundamental da Teoria Pura do Direito de Kelsen, e que interessa aqui, é a concepção do sistema em sua forma de pirâmide e a noção de hierarquia das fontes do Direito, o que contribuiu decisivamente para que, sob o ponto de vista científico, o raciocínio jurídico fosse organizado.

Depois dele, outro autor de grande importância foi Herbert Hart, que ofereceu forte contribuição à construção de um conceito de Direito, o que foi decisivo para consolidar o Positivismo Jurídico ao promover sua desvinculação da coatividade, até então tida como inerente a ele.

A seu ver, as normas – além de não possuírem a coatividade como elemento identificador – dividem-se em dois tipos: normas primárias, que são as que prescrevem determinados comportamentos e normas secundárias, que poderão ser de reconhecimento, de mudança e de adjudicação.

Para ele, comparados os diversos tipos de leis encontrados em qualquer sistema jurídico moderno, percebe-se a insuficiência da compreensão do Direito como ordens coercitivas. Após afirmar que "nem todas as leis ordenam que se façam ou se deixem de fazer determinadas coisas", aponta[9]:

> Há ramos importantes do Direito aos quais essa analogia com as ordens apoiadas em ameaças deixa de se aplicar, já que desempenham uma função social totalmente diferente. As normas jurídicas que definem as formas de se fazer ou celebrar contratos, testamentos ou matrimônios válidos não exigem que as pessoas ajam desta ou daquela maneira independentemente de sua vontade. Essas leis não impõem deveres ou obrigações.

Além disso, o modelo de Direito desenhado – no caso, pelo Positivismo clássico de Austin –, que sustenta a ameaça como seu traço distintivo, merece de Hart objeções em três pontos fundamentais, que dizem respeito: 1) ao conteúdo da lei, já que – como acima demonstrado – algumas normas possuem conteúdos que não se mostram semelhantes ao modelo das normas com ameaças de sanção pelo descumprimento; 2) ao âmbito de aplicação, já que, se o Direito é determinado pela existência da ameaça, resta sem explicação o caráter auto-obrigatório da lei que

[9] HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por BULLOCH, Penelope A. e RAZ, Joseph. H. L. A. Hart. Tradução de SETTE-CÂMARA, Antonio de Oliveira. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 37.

incide inclusive em relação àqueles que detêm o poder de sancionador[10]; e, por fim, 3) à sua origem, já que existem os costumes (o Direito consuetudinário), aos quais se reconhece juridicidade.

O terceiro e último autor de grande importância foi Norberto Bobbio, que identificou as três formas pelas quais o Positivismo Jurídico se apresentou desde o seu surgimento. Para ele há um Positivismo como abordagem ou modo de se aproximar do direito, um Positivismo como teoria, onde o fenômeno jurídico se identifica com a formação de um poder soberano como capacidade para exercer a coação (O Estado) e, por fim, um Positivismo como ideologia, que é de onde resulta o fetichismo em relação à lei, que é onde se identificam seus adoradores, qualquer que seja ela[11].

São três formas independentes entre si (ser positivista em um dos sentidos não importa em sê-lo no outro) e a de maior aceitação é a primeira, que fala do Positivismo Jurídico como enfoque ou modo de aproximação do Direito, até porque é onde as divergências com o Direito Natural ficam mais evidentes e, ainda, onde suas teses centrais podem ser apresentadas em apenas duas: a tese das fontes sociais do direito e a tese da separação entre direito e moral.

3. O CONSTITUCIONALISMO DO PÓS GUERRA E A DISCUSSÃO DAS BASES DO POSITIVISMO JURÍDICO

Uma das questões que é consenso na doutrina, e um fato histórico perceptível, é a emergência de um novo modelo de Constituição após o fim da 2ª Guerra Mundial, que reforça sua posição de elemento central quando se fala em organização e sistematização do poder, ressaltando a grande estrutura que lhe dá suporte, a saber, o Estado de Direito. Tal reforço foi fundamental, dado que a maneira pela qual ele vinha sendo compreendido não foi suficiente para impedir os regimes totalitários, de esquerda e de direita, que acabaram por fazer eclodir uns maiores momentos de barbárie que a humanidade assistiu no século XX.

---

[10] HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por BULLOCH, Penelope A. e RAZ, Joseph. H. L. A. Hart. Tradução de SETTE-CÂMARA, Antonio de Oliveira. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 57.

[11] Norberto Bobbio é considerado um dos pioneiros no enfrentamento do positivismo jurídico intencionando a identificação de seus fundamentos. Fez isso em um trabalho publicado em 1961 sob a forma de artigo depois incorporado (em 1965) ao livro "El problema del positivismo jurídico" (BOBBIO, 1992). Nele, Bobbio afirma que o "positivismo jurídico", apesar de ter sido apresentado historicamente como uma única doutrina, tem-se expressado ao largo de sua história sob três formas básicas, sem que entre elas haja uma necessária conexão conceitual, de modo que ser positivista em uma dessas concepções não implica necessariamente sê-lo em outra.

A concepção de que Estado de Direito é governo *sub lege*, ou submetido a leis, e governo *per lege*, ou exercido mediante leis gerais e abstratas não foi suficiente. Os movimentos antes mencionados (tanto de esquerda como de direito) acabaram por evidenciar sua fraqueza teórica, deixando claro que tanto a versão oferecida pelo Estado Liberal, como a versão oferecida pelo Estado Social, trazia consigo a fungibilidade ideológica inerente ao Estado de Direito, apontada como decorrente de sua adesão ao Positivismo Jurídico com a redução do Direito à lei. Em uma frase: o Estado de Direito era em uma fórmula vazia, aplicável a todo e qualquer Estado[12]. Assiste-se então ao esgotamento do Estado de Direito, o que dá espaço para o surgimento de uma nova concepção onde, além da vinculação formal, o Estado de Direito poderia oferecer uma vinculação substancial ao exercício do poder.

Ou seja, a mesma insuficiência sentida com o Positivismo Jurídico chega ao Estado de Direito, independentemente de sua conformação (se liberal ou social), o que dá impulso às modificações que almejam a colocação da Constituição no centro e no topo da estrutura do Estado, a exemplo do que ocorreu na filosofia e na teoria do Direito.

Pois bem. E é com ideia de que é necessária uma vinculação formal e material das normas com a Constituição, que constrói-se a ideia de que é possível compreender-se duas formas de "Estado de Direito": uma em sentido fraco (apenas formal) e outra em sentido forte (também substancial). Na primeira ele será apenas e tão somente um poder conferido pela lei e exercido na forma e procedimento previstos, ao passo que na segunda (sentido forte ou substancial), ele será entendido no sentido de que qualquer poder deve ser limitado pela lei, não só quanto a sua forma, mas também em relação a seu conteúdo[13].

A partir dessa separação se torna possível buscar a transformação necessária para a superação da anterior ideia de Estado de Direito e, com isso, encontrar uma fórmula política adequada para dar conta do momento, já que essa divisão (a par das alterações na Teoria do

---

[12] Elias Díaz acrescenta: "a pesar de todas sus protestas demogógicas y 'revolucionárias', la verdad es que el facismo continúa siendo capitalismo. Su crítica al individualismo y al abstancionismo liberal no alcanza y no pretende alcanzar el centro de esos mecanismos, que no es outro que ese capitalismo y esa burguesía. Al contrario, lo que hace es eliminar el obstáculo que para éste había llegado a representar el liberalismo a causa de la posible evolución y apertura de los sistemas liberales hacia la democracia y el socialismo. Evolución y apertura, en gran parte, impuesta por las exigencias de la nueva clase, el proletariado" (1998, p. 57).

[13] FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón.** Madrid: Trotta, 1995. p. 856. Nas palavras de FERRAJOLI, no caso do primeiro (formal), designa ele "cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos" (FERRAJOLI, 2005, p. 13), ao passo que, no caso do segundo (substancial), significa "sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y, por tanto), limitados o vinculados por ella, no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos" (FERRAJOLI, 2005, p. 13).

Estado e na Teoria do Direito) importa na definição de dois modelos normativos distintos: de um lado, o modelo paleopositivista do Estado Legislativo de Direito (Estado legal) formado fundamentalmente por regras e, de outro, o modelo neojuspositivista do Estado Constitucional de Direito (ou Estado Constitucional), marcado pela existência de princípios e regras, com constituições rígidas e mecanismos de controle de constitucionalidade.

Subjacente a tudo isso, há uma outra transformação que decorre diretamente do constitucionalismo rígido: a subordinação da lei às normas constitucionais equivale a introduzir uma dimensão substancial não só em relação às condições de validade da norma, mas também em relação à natureza da democracia, já que esta passa a garantir também os direitos da minoria em relação aos poderes da maioria, que agora ficam limitados.

Desse movimento, surge o tem que sido chamado de "novo constitucionalismo" (ou neoconstitucionalismo), teoria que tem como objetivo principal proporcionar cobertura teórica, conceitual e normativa a esse processo de crescente importância do texto constitucional e das normas nele inseridas. É bem verdade que a palavra "neoconstitucionalismo" tem sido empregada em variados sentidos e aplicada de modo um tanto confuso, apesar do claro objetivo de indicar distintos aspectos de uma possível nova cultura jurídica[14]. Porém, inegável que tal constitucionalismo se apresenta voltado à superação da debilidade estrutural do âmbito jurídico presente no Estado Legislativo de Direito.

Para tanto, afirmará o caráter jurídico e vinculante dos textos constitucionais, a rigidez das Constituições e a qualificação de determinados referentes jurídicos, tais como os direitos fundamentais, signos desse processo que – ao seu final – se apresentará como um autêntico "câmbio genético" do antigo Estado de Direito, transformando-se definitivamente em Estado Constitucional de Direito[15].

Nesse modelo, encontra-se uma constitucionalização da ordem jurídica, processo que se dá através de uma profunda transformação do ordenamento jurídico, ao término do qual, estará o ordenamento totalmente impregnado pelas normas constitucionais, fator determinado pela existência de uma Constituição "extremamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudência y el estilo doctrinal, la acción de

[14] PRIETO SANCHÍS, Luis. **Apuntes de teoria del derecho**. 2ª ed. Madrid, Espanha: Trotta, 2005. p 123.
[15] ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia**. 4ª ed. Trad. de GASCÓN, Marina. Madrid: Trotta, 2002. p. 33.

los actores políticos, así como las relaciones sociales”[16].

Daí um aspecto interessante que merece relevo: em tempos de constitucionalismo forte e com normas que muitos apontam como verdadeiros valores morais, surge uma enorme dificuldade em compatibilizar este quadro com uma concepção de Direito proposta pelo Juspositivismo onde, uma de suas principais teses, é a separação entre direito e moral[17].

A respeito disso, é preciso dizer que não se desconhece a existência de formulações que procuram fugir desta polarização, gerada pela apontada incorporação e inclusão de valores morais nos textos constitucionais como ocorreu a partir da segunda metade do século passado. Uma dessas foi apresentada por Herbert Hart e a sustentação de que existe um positivismo brando ou includente, com um conteúdo mínimo de direito natural em cada sistema normativo. Evidente a contribuição de tais teses, mas não há como desconhecer que o protagonismo social, político e principalmente o jurídico, provocaram abalos na forma de compreender o Direito, o que pode ser facilmente verificado nos conflitos de princípios constitucionais, vale dizer, em conflitos de tais valores inseridos nas Constituições.

Afinal, a consolidação do Positivismo Jurídico não o deixou livre das transformações políticas e sociais que afetaram o mundo moderno e contemporâneo. Assim foi quando da transformação do Estado Liberal em Estado Social e, mais recentemente, na passagem do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito. Nesse momento, aliás, é que se dá o questionamento principal: o Positivismo Jurídico está superado?

No que se refere a teoria do direito, há respostas contundentes em sentido positivo, e isto por um motivo principal: as teses que sustentam o positivismo jurídico já não cabem mais dentro do constitucionalismo, havendo a necessidade de sua reformulação, especialmente para que se dê conta das normas de conteúdo moral que foram inseridas nas Constituições do século XX.

Assim pensam Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero. Em um texto intitulado “*Dejemos atrás el positivismo jurídico*”, esses autores não contestam a veracidade das duas teses principais do

---

[16] GUASTINI Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: **Neoconstitucionalismo(s).** CARBONELL Miguel (edición). 2ª ed. Madrid: Ed. Trotta, 2005. p. 49.

[17] Em relação a esse tópico, não se pode negar que, mesmo com a adoção de um “positivismo brando ou includente” (Hart e seus “conteúdos mínimos de direito natural”), as bases juspositivistas sofreram forte abalo com a apresentação das teses de Ronald Dworkin, professor britânico que polarizou com Herbert Hart um dos debates mais intensos e produtivos do direito nos últimos anos. Entre seus trabalhos, o livro de maior influência – que interessa diretamente aqui – é “Levando os direitos a sério”. Nele o autor expõe o que chamou de “uma teoria liberal do direito”. É um trabalho marcado pela crítica à teoria por ele chamada de “teoria dominante do direito”, parte dela dominada pelo positivismo jurídico, em que Dworkin reconhece a teoria defendida por H. L. A. Hart como a mais influente de todas as teorias (DWORKIN, 2007, p. XI).

positivismo (fonte social do direito e separação do direito com a moral), mas afirmam sua debilidade, o que ocorre em dois planos: 1) são irrelevantes; e, 2) constituem um obstáculo "que impide el desarrollo de una teoria y una dogmática del Derecho adecuadas a las condiciones del Estado Constitucional"[18].

Quanto ao primeiro plano, o da irrelevância, recordam eles que muitos autores Jusnaturalistas estão de acordo com a tese das fontes sociais do Direito, compreendida como realidade histórica mutável, dos quais Radbruch, Fuller e Finnis são exemplos, o que faz desaparecer a diferença entre os dois grupos e torna semelhantes seus enfoques. O mesmo ocorre com a tese da separação entre direito e moral, especialmente se for considerado o ponto de vista dos positivistas com a concepção de Juspositivismo brando ou inclusivo em que se sustenta a existência de um mínimo de Direito Natural nos ordenamentos positivados[19].

Quanto ao segundo plano – o do obstáculo, ressaltam Atienza e Manero que o problema do Juspositivismo não está tão somente nas teses que o definem, mas também em certas concepções que o acompanharam e que dizem respeito "a la concepción descriptivista de la teoria del Derecho y a la concepción de las normas jurídicas como directivas de conducta que resultan de otros tantos actos de prescribir"[20], as quais foras defendidas por autores como Kelsen, Ross ou Hart.

Nesses dois pontos existe um elemento comum: a compreensão de que a teoria do direito é orientada a uma descrição livre de valorações do seu objeto. Isso gerou uma incomunicabilidade com o discurso prático em geral e um afastamento daqueles que não eram os cultores dessa teoria do direito, de modo que, se nada podia ser dito ou recomendado em relação ao seu bom desenvolvimento e funcionamento, seria natural um desinteresse daqueles teóricos que não eram seus cultivadores.

Nas palavras de Manoel Atienza e Juan Ruis Manero:

---

[18] ATIENZA, Manoel; MANERO Juan Ruis. Dejemos el positivismo para trás. In **ISONOMI**A: ***Revista de Teoría y Filosofía del Derecho,*** n. 27 (octubre 2007). México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, [s.a.]. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com/portal/doxa/isonomia>. Acesso em: 01.02.2010, p. 21.

[19] ATIENZA, Manoel; MANERO Juan Ruis. Dejemos el positivismo para trás. In **ISONOMI**A: ***Revista de Teoría y Filosofía del Derecho,*** n. 27 (octubre 2007). México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, [s.a.]. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com/portal/doxa/isonomia>. Acesso em: 01.02.2010, p. 21.

[20] ATIENZA, Manoel; MANERO Juan Ruis. Dejemos el positivismo para trás. In **ISONOMI**A: ***Revista de Teoría y Filosofía del Derecho,*** n. 27 (octubre 2007). México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, [s.a.]. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com/portal/doxa/isonomia>. Acesso em: 01.02.2010, p. 21.

> "no podía interesar a los filósofos de la moral o la política y en cuanto a los dogmáticos, un aparato conceptual que se ve a sí mismo como orientado exclusivamente a la descripción del sistema jurídico ha de verse, necessariamente, como de interes limitado por quien trata, fundamentalmente, de suministrar criterios para la mejor aplicación y desarrollo de ese mismo sistema jurídico"[21].

E concluem: o Juspositivismo, ao ver as normas como diretivas de conduta, meramente descritivas, e ao dar ênfase a seu elemento de autoridade em detrimento do seu aspecto valorativo, ficou inabilitado para dar conta dos problemas atuais. Sua visão do Direito é como o de um sistema, e não como prática social complexa, característica principal dos ordenamentos atuais em que a Constituição ocupa todos os espaços de regulação normativa[22].

Ora, como se vê, de uma concepção de direito que se sustentava inteiramente na ordem metafísica, chega-se a outra calcada em elementos firmados na realidade, em bases postas pela ação humana exclusiva e totalmente conhecível através de ordenamentos jurídicos organizados.

Denunciado seu esgotamento e estabelecido o debate sobre sua superação, pode-se identificar que a inclusão da moral entre os seus elementos – necessários ou não – acabou por gerar um abalo no Positivismo clássico determinando então uma forma de compreender o Direito (um novo paradigma): o paradigma constitucional**.**

4. CONSTITUCIONALIMO DE PRINCÍPIOS X CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA:

Em que pese as bases firmes em que tais posicionamentos estão assentados, importante destacar que significativas opiniões se apresentam em sentido contrário, apontando que, em lugar de um novo paradigma de direito, ou de uma nova forma de compreendê-lo, estamos sim diante de um reforço do positivismo jurídico.

É bem verdade que, a exemplo daqueles que sustentam sua superação, nem sempre são coincidentes os posicionamentos a ponto de separá-los em duas ou três correntes apenas. Há uma diversidade de posicionamentos que merecem ser respeitados. Mas, apesar dessa dificuldade, há que se considerar que pontos em comum existem, e por isso mesmo podem ocorrer alguns agrupamentos.

---

[21] ATIENZA, Manoel; MANERO Juan Ruis. Dejemos el positivismo para trás. In **ISONOMI**A: ***Revista de Teoría y Filosofía del Derecho,*** n. 27 (octubre 2007). México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, [s.a.]. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com/portal/doxa/isonomia>. Acesso em: 01.02.2010, p. 22.

[22] ATIENZA, Manoel; MANERO Juan Ruis. Dejemos el positivismo para trás. In **ISONOMI**A: ***Revista de Teoría y Filosofía del Derecho,*** n. 27 (octubre 2007). México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, [s.a.]. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com/portal/doxa/isonomia>. Acesso em: 01.02.2010, p. 26.

Atento a isso, um dos maiores opositores a esta forma de pensar é Luigi Ferrrajoli, para quem o positivismo jurídico, mesmo em tempos de constitucionalismo, ainda é a melhor de compreender o direito.

Em defesa desse ponto de vista, argumenta que a questão da "conexão conceitual" entre direito e moral apresentada por autores como Robert Alexy e Manuel Atienza – que resulta na compreensão de que uma "pretensão de justiça" ou um mínimo ético seriam elementos internos e estruturais e condições necessárias de juridicidade, e não pontos de vista externos – coloca por terra algumas das grandes conquistas da modernidade: a certeza do direito como pressuposto de igualdade e liberdade, a laicidade das instituições públicas e, por outro lado, o papel crítico, protetivo e reformador da política em relação ao direito positivo. Até porque "gracias a esta exterioridad, que ha ido realizándose a través de la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho positivo vigente, el punto de vista ético-político se há disociado y separado del punto de vista jurídico"[23].

Esse pensamento é contestado por Manuel Atienza[24], para quem o Garantismo cumpriria melhor com seus objetivos se abandonasse o positivismo jurídico. Para Atienza, não há como incluir a concepção de positivismo de Ferrajoli em qualquer das três formas clássicas apresentadas por Bobbio (positivismo como enfoque, como teoria ou como ideologia), já que:

> [...] no es positivista en el primeiro de los sentidos, puesto que él no mantiene ya una neta distinción entre el derecho como hecho y como valor, entre el derecho que es y el derecho que debe ser; tampoco lo sería en el segundo, ya que no acepta ni la tesis de la supremacia de la ley ni la del caráter pleno y coherente del ordenamiento jurídico; y habría, paradójicamente, alguma razón para considerar que presta adhesión al positivismo ideológico en cuanto que, de alguna forma, viene a sostener que el derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo, es justo.

Respondendo a essa argumentação, Ferrajoli afirma que nunca lhe convenceu muito bem a classificação de Bobbio a respeito dos tipos de positivismo, já que em nenhuma delas há referência ao constitucionalismo. Além disso, e se for para identificar-se com alguma das três formas, seria positivista no primeiro dos sentidos, já que é inegável que a constituição também é um fato, "es decir 'derecho que es', o derecho 'positivo', o 'existente' o 'vigente', si bien entreña una relación de deber ser con la legislación ordinaria que, sin embargo, podría perfectamente no

[23] FERRAJOLI, Luigi; MORESO Juan José; ATIENZA, Manuel. **La teoria del derecho en el paradigma constitucional**. Madrid: Fundación Colóquio Jurídico Europeo, 2008. p. 189.

[24] FERRAJOLI, Luigi; MORESO Juan José; ATIENZA, Manuel. **La teoria del derecho en el paradigma constitucional**. Madrid: Fundación Colóquio Jurídico Europeo, 2008. p. 147.

ser la que según la constitución debería ser”[25].

A seu ver, com o constitucionalismo, tem-se um modelo de direito em que não só a existência das normas está vinculada a sua forma de produção, mas também os critérios substanciais de reconhecimento de sua validade, os quais estão colocados, artificialmente, pelo próprio direito positivo. Dessa forma, o constitucionalismo, em vez de constituir um debilitamento do positivismo jurídico ou, ainda, sua superação pela contaminação jusnaturalista, representa sim seu reforço, apresentando o juspositivismo em sua forma mais extrema e acabada.

Este quadro se deve ao fato de que, como ele (o constitucionalismo) designa uma concepção e um modelo de direito em que a vinculação se dá por critérios formais e substanciais, não se pode esquecer que estes critérios de validez são colocados artificialmente pelo sistema, ou seja, pelo próprio direito positivo. Ao final, é ele (direito positivo) que disciplina

> positivamente no sólo las condiciones formales de existencia de las normas, que dependem de la correspondência empírica entre su forma y las normas formales sobre su produccíon, sino también las condiciones sustanciales de su validez, que dependen de la coherencia lógica de sus significados y, por lo tanto, de sus contenidos, con normas sustanciales de grado sobre-ordenado a ellas: en breve, no sólo el ser sino también el deber ser del derecho[26].

Ferrajoli acaba por colocar em destaque não só um dos pontos fundamentais da sua concepção de direito e de sistema normativo, mas também a importância que tem, para o próprio positivismo, o constitucionalismo como fato histórico. Superada uma primeira revolução com o nascimento do estado moderno e o positivismo que imperou no século XIX, dá-se uma segunda, ultrapassando-se o que pode ser chamado de Estado Legislativo de Direito para se alcançar o Estado Constitucional de Direito e o controle do direito pelo próprio direito, não só formalmente, mas também substancialmente. Com isso, afirma ele, temos um “*nexo entre democracia e positivismo jurídico que se completa com a democracia constitucional. Este nexo entre democracia e positivismo geralmente é ignorado. Entretanto devemos reconhecer que somente a rígida disciplina positiva da produção jurídica esta em grau de democratizar tanto a sua forma quanto os seus conteúdos*”[27]

E nesse ponto ficam evidente as oposições entre a concepção garantista de um

---

[25] FERRAJOLI, Luigi; MORESO Juan José; ATIENZA, Manuel. **La teoria del derecho en el paradigma constitucional**. Madrid: Fundación Colóquio Jurídico Europeo, 2008. p. 189.

[26] FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón.** Madrid: Trotta, 1995. p. 08.

[27] FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 23.

constitucionalismo positivista e o constitucionalismo não positivista e principialista: para o primeiro inexiste a conexão direito e moral, o que é aceito pelo segundo; para o primeiro não há distinção qualitativa entre princípios e regras, o que é essencial para o segundo e, por fim, para o primeiro a ponderação é prática aceita e louvável, ao passo que para o segundo, esse espaço é ocupado pela subsunção.

Fugindo de qualquer aprofundamento em relação a essas questões – que são de grande importância – mas que nesse momento não se mostram fundamentais, o fato é que FERRAJOLI identifica enormes riscos na adoção do constitucionalismo de princípios, os quais podem ser assim sintetizados: adoção de uma espécie de dogmatismo moral conexo ao constitucionalismo conhecido como cognotivismo ético; enfraquecimento do papel normativo das constituições e, portanto, da hierarquia das fontes e, por fim, "o ativismo judicial e o enfraquecimento da submissão dos juízes à lei e da certeza do direito, que colocam em xeque, por sua vez, as fontes de legitimação da jurisdição"[28].

Além desses, Lênio Streck tem apontado o chamado "problema do pan-principiologismo", onde ocorre o "crescimento criativo de um conjunto de álibis teóricos que vem recebendo convenientemente o nome de princípios, os quais, reconheço, podem ser importantes na busca de soluções jurídicas na cotidianidade das práticas judiciárias, mas que, em sua maior parte, possuem nítidas pretensões de meta-regras, além de, em muitos casos sofrerem de tautalogia. E isso pode representar uma fragilização do direito, ao invés de o reforçar"[29].

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: O ATIVISMO JUDICIAL E O ABANDONO DO GOVERNO DE LEIS

Feitas as considerações acima, que apontam para as bases do surgimento do ativismo judicial no campo da teoria do direito, penso que a esses motivos, outro, de ordem política, deve ser acrescentado.

Vivemos em sociedades crescentemente complexas, especialmente no que se refere a demanda pelo reconhecimento de direitos. Daí deriva uma falta de consenso no parlamento, o que se reflete na produção de textos normativos dotados de elevado grau de abertura

[28] FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 27.

[29] FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 67.

interpretativa. E penso que justamente isso também faz surgir, em lugar do "grande sábio" legislador, um "grande sábio" judicial, não raro acompanhado de um "paternalismo judiciário", já que o juiz é que se torna (ou se coloca) como o protagonista maior na concretização daquele direito constitucionalmente previsto, apesar das dúvidas a respeito de sua legitimidade para tanto.

No caso do Brasil, esse movimento é perceptível ao se proceder a análise de inúmeras decisões judiciais, restando claro que o juiz brasileiro rompeu com a concepção típica de um juiz do estado liberal, colocando-se como verdadeiro e efetivo protagonista na defesa dos direitos e garantias fundamentais.

Há um novo espaço de atuação jurisdicional, o que aponta para a pergunta inicial: retornamos ao governo de homens em lugar do governo de leis?

Para responder a essa indagação, em primeiro lugar, penso que é importante destacar que a tensão criada para a concretização dos direitos fundamentais – com o juiz rompendo as barreiras impostas pelos cultores do liberalismo – é natural do sistema e possui claras razões de ordem política que o explicam. Afinal, se a Constituição é a norma maior, dotada de uma série de direitos e de mecanismos de concretização, natural que seja o Poder Judiciário o responsável pela implementação quando não observado pelos demais poderes.

Além disso, o que se vê na atualidade é uma espécie de padronização do discurso político, vale dizer, torna-se cada vez mais difícil identificar diferenças entre os políticos ou governantes que se apresentam. A impressão que se tem é que todos dizem a mesma coisa e apostam suas diferenças apenas e tão somente (não que não sejam importantes) em diferenças gerenciais. E para que se dê o consenso, necessária a aproximação das teses opostas, o que resulta na abertura do texto legal, relegando ao intérprete/aplicador a missão de dar contornos mais específicos ao direito normatizado.

Não penso, importante dizer, que tal movimento seja de todo negativo. Ao contrário. Não é nenhum absurdo afirmar que diversos direitos sociais jamais seriam implementados sem decisões judiciais impondo sua concretização. E é por esta razão que, assim como pensa FERRAJOLI, admito a existência de um irredutível espaço de discricionariedade na atividade jurisdicional.

Contudo, e apesar desse reconhecimento, penso que esse movimento (ou a existência de muitos desses espaços) trás mais prejuízos a democracia do que benefícios, já que cria uma espécie de "atalho" para sua conquista, desprezando o campo próprio dela, que é o espaço

político.

Afinal, para que servem as casas legislativas no estado democrático de direito senão para assegurar e implementar direitos?

É preciso recordar que ativismo judicial sempre existiu, mas nem sempre com os melhores objetivos. É o que se percebe quando se examina as decisões do STF no período da ditadura militar: centenas de habeas corpus negados sob a justificativa de que o AI n. 5 impedia o questionamento judicial das decisões com base nele tomadas. Isso é ativismo, sem dúvida alguma.

Outro exemplo. Segundo o disposto no art. 122, do ECA, a medida sócio-educativa de internação de adolescentes somente poderá ser aplicada em três situações: quando for autor de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; por reiteração no cometimento de outras infrações graves e, por fim, por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

O Superior Tribunal de Justiça, desde o ano de 2001, decidia que, no caso da segunda hipótese, havia a necessidade de que para legitimar a internação, havia a necessidade de o adolescente tivesse três ou mais contudas anti-sociais, assinaladas por uma especial gravidade (HC 15.082, julgado em 06.03.2001, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca). Para embasar tal conclusão, fez-se a distinção entre reincidência (mais de uma) e reiteração (mais de duas). Com isso, ante a ausência de um critério mais claro e definido, ofereceu-se algo mais objetivo.

Contudo, em novembro de 2004, sob a justificativa de que inexiste qualquer norma legal que dê fundamento a tal posicionamento, o STF (HC 84.218-6, rel. Min. Joaquim Barbosa) entendeu que não há necessidade de que sejam três ou mais. Nas palavras do relator "nada impede também que o jovem que ostente apenas uma prática infracional grave seja sancionado com medida de internação, se, **diante das condições pessoais do jovem, esta se mostre necessária**".

Ou seja, ante um critério mais objetivo, o STF entendeu de aplicar um critério subjetivo, completando mais adiante o relator: "deve o magistrado atentar para as condições específicas do adolescente, como por exemplo, o meio social onde vive, seu grau de escolaridade, sua família, suas ocupações, ou seja, tudo aquilo que permite uma maior análise subjetiva do jovem".

A indagação "governo de homens ou governo de leis" é das mais antigas e é lembrada aqui no mesmo sentido que Bobbio o faz em texto publicado em "O futuro da democracia": não se

refere apenas a questão de quem irá governar, mas também como irá governar.

Bem diz bem EROS GRAU em seu livro "porque tenho medo dos juízes": "não há de ter faltado ética e justiça à humanidade. Tantas éticas e tantas justiças quantas as religiões, os costumes, as culturas, em cada momento histórico, em cada recanto geográfico. Muitas éticas, muitas justiças. Nenhuma delas, porém suficiente para resolver a contradição entre o universal e o particular, porque a ideia muito dificilmente é conciliável com a realidade. A única tentativa viável, embora precária, é encontrada na legalidade e no procedimento legal, ou seja, no direito posto pelo Estado, este com o qual operamos no cotidiano forense, chamando-o de direito moderno, identificado com a lei"[30].

No sistema atual, o juiz tem sido mais um produtor de inseguranças do que qualquer outra coisa. Não há viabilidade a uma sociedade que se desenvolve baseada em particularismos, sejam eles criados pela lei, sejam eles criados pelos juízes.

Tal modalidade de atuação judicial, além de ser ínfima para a solução dos problemas, acaba por produzir danos que considero irreparáveis para a democracia: um canal alternativo, acompanhado de desmobilização e apatia política (indolência).

A esse respeito, há cerca de 2.300 anos atrás um dos filósofos gregos de maior influência já havia dito: "não é mais justo mandar que obedecer: convém fazer uma e outra coisa alternadamente. Tal é a lei. E a ordem é a lei. É melhor, pois, que seja a lei que ordene, antes que o faça um cidadão qualquer. O mesmo raciocínio exige que, sendo preferível confiar a autoridade a um número reduzido de cidadãos, deles se façam os servidores e os guardiões da lei. É preciso que haja magistratura; mas assegura-se que não é justo que um só homem exerça uma magistratura suprema quando todos os outros são iguais. Aliás, crendo-se que a lei não possa tudo especificar, poderá um homem fazê-lo com precisão? Quando a lei tem assentado com zelo as regras gerais, ela abandona a inteligência e à apreciação mais justa dos magistrados, para que eles julguem e decidam. Autorizados mesmo a corrigir e a retificar, caso a experiência lhes prove ser possível fazer melhor que as disposições escritas. Assim, querer que a lei mande é querer que Deus e a razão mandem sós. Mas dar a superioridade ao homem é dá-la ao mesmo tempo ao homem e à fera. O desejo tem qualquer coisa de bestial. A paixão corrompe os magistrados e os melhores homens, a inteligência sem paixão, tal é a lei" (Aristóteles, em "A Política", livro 3º, p.

[30] GRAU, Eros Roberto. **Por Que Tenho Medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios).** São Paulo: Malheiros. 2013 (sem apêndices). p. 16.

113/114).

Como se vê, mais uma vez é preciso olhar o passado e buscar na experiência dos antigos as respostas para o momento atual.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABELLÁN, Marina Gascón. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo** – Estudios sobre el pensamiento jurídico. Edição de Miguel Carbonell y Pedro Salazar. Madrid: Trotta, 2005. p. 21-39

ATIENZA, Manoel; MANERO Juan Ruis. Dejemos el positivismo para trás. In **ISONOMI**A: ***Revista de Teoría y Filosofía del Derecho,*** n. 27 (octubre 2007). México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, [s.a.]. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com/portal/doxa/isonomia>. Acesso em: 01.02.2010, p. 7-28.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de SANTOS, Maria Celeste Leite dos. 5ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.

_____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de PUGLIES, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. ***El problema del positismo jurídico***. Tradução de VALDES, Ernesto Garzón. 2ª ed. México: Fontamara, 1992.

DÍAS, Elias. ***Estado de derecho y sociedad democrática***. 3ª ed. Madrid: Taurus, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de BOEIRA, Nelson. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio. ***Derecho Natural: Introducción filosófica al derecho***. Madrid: Universidade Complutense, Faculdad de Derecho, 1977.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón.** Madrid: Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi; MORESO Juan José; ATIENZA, Manuel. **La teoria del derecho en el paradigma constitucional**. Madrid: Fundación Colóquio Jurídico Europeo, 2008.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **Por Que Tenho Medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. São Paulo: Malheiros. 2013 (sem apêndices).

GUASTINI Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: **Neoconstitucionalismo(s).** CARBONELL Miguel (edición). 2ª ed. Madrid: Ed. Trotta, 2005.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por BULLOCH, Penelope A. e RAZ, Joseph. H. L. A. Hart. Tradução de SETTE-CÂMARA, Antonio de Oliveira. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de MACHADO, João Batista. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Apuntes de teoria del derecho**. 2ª ed. Madrid, Espanha: Trotta, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia**. 4ª ed. Trad. de GASCÓN, Marina. Madrid: Trotta, 2002.

JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS A PARTIR DA METÁFORA DA TEORIA DOS JOGOS[1]

Alexandre Morais da Rosa[2]

INTRODUÇÃO

Este artigo não pretende expor teorias mirabolantes, que se desfazem na primeira ida ao Fórum ou aos repositórios de julgados e, muito menos, pretende se abraçar com o realismo jurídico, a saber, simplesmente acomodar as diversas decisões dos tribunais, fazendo parecer algo harmônico. Esse universo em que os manuais se apresentam, expondo os princípios (diversos) e, depois, repetindo o que se construiu no século passado acerca das noções de Jurisdição, Ação e Processo, já foi feito. Alguns muito bem e outros nem tanto. A pretensão desse modelo de compreensão é mais livre, inesperada e um tanto quanto pragmática. Para Slavoj Zizek[3], ela apresenta uma visão em paralaxe da questão do processo penal a partir da noção de guerra e da teoria dos jogos, cujo tema encontra-se bem desenvolvido por Alexandre Morais da Rosa[4].

Há um óbice moral (cristão) em relação à compreensão do processo como jogo. Não se pretende demovê-los desse preconceito. O convite é para entender o processo como uma atividade institucionalizada, que busca um resultado movido pelo imaginário das antecipações de sentido entre os jogadores e os julgadores, os quais são regulados por normas jurídicas. Não se tratam de jogos lúdicos em que os jogadores possuem disponibilidade sobre o conteúdo das normas, dado que são impostas pelo Estado. Entre a teia normativa e suas diversas possibilidades prevalece a *performance* dos jogadores, suas táticas (curto prazo) e estratégias (longo prazo), sempre providas de incerteza e instabilidade. A autonomia do Direito e do processo deveria propiciar o sentido compartilhado das normas em que o jogo jurídico se instaura e desenvolve. Compreender o processo como jogo é uma tarefa inafastável em tempos de superação da Filosofia da Consciência pela Filosofia da Linguagem[5].

---

[1] Texto apresentado no I Encontro Brasileiro de Pesquisa e Epistemologia Jurídica – Limites e Possibilidades do conhecimento científico no Direito, sob a coordenação do Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues. UFSC. Florianópolis, 23-26 de setembro de 2014.

[2] Alexandre Morais da Rosa é Doutor em Direito – UFPR. Professor da UFSC e UNIVALI. Juiz de Direito (TJSC).

[3] ZIZEK, Slavoj. **Visão em paralaxe**. Trad. Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2008.

[4] MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

[5] STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2011.

1. O PROCESSO A PARTIR DA METÁFORA DO JOGO

A noção de jogo é antiga e, com Johan Huzinga[6], pode-se dizer que é no jogo e pelo jogo que a civilização surge e se desenvolve. E todo jogo significa alguma coisa no sistema da vida, especialmente na descarga de adrenalina, nos estados de tristeza e êxtase que proporciona. No jogo, podem-se unir tensão, estratégia, táticas, alegria, dissabor, mudanças repentinas de posição, enfim, o jogo é a metáfora da vida. Daí a pretensão de integrar o jogo no campo do processo penal. Robles[7], por sua vez, sustenta que o direito é comparável aos jogos, já que, em ambos, aparecem comportamentos de cooperação, competência, luta e conflito, em que o resultado não depende somente da sorte, mas da *performance* dos jogadores em face do Estado Juiz.

Não se tratam propriamente de jogos de azar, não obstante o fator *álea* esteja presente. Isso porque na loteria e na roleta, por exemplo, toda a dimensão do resultado independe das qualidades ou da ação dos jogadores. A fatalidade prevalece, já que a perícia e a capacidade técnica, a estratégia e as táticas são inúteis. No processo penal, a sorte possui seu lugar e deve ser considerada na elaboração da estratégia e das táticas no decorrer da partida, mas guardam pertinência com a capacidade, experiência e atitude do jogador. A protagonista dos jogos processuais é sempre uma ação humana e, daí, a importância da teoria dos jogos[8].

Em texto clássico, Calamandrei[9] já afirmava que decorar as regras de xadrez não torna o sujeito um grande enxadrista[10], bem como saber as regras processuais não o capacita, por si, como grande jogador processual, mas sem saber as regras, todavia, não se joga. Compreender a dogmática crítica é pressuposto para quem quiser se tornar um grande jogador ou julgador.

No jogo processual dos Juizados Especiais Criminais, as regras são impostas pelo Estado (Lei n. 9.099/95) e sustentadas pelo magistrado. Limitam o tempo, desde a denúncia até o trânsito em julgado, e o espaço (Tribunal) em que será jogado. O jogo é dinâmico e com a possibilidade de mudança, alternância, vitória, empate ou derrota. E pode se renovar (jogos repetitivos ou noutras instâncias recursais). De alguma maneira, o jogo processual penal dá ordem parcial ao caos,

---

[6] HUIZINGA, Johan. **Homo ludens**. Trad. João Paulo Monteiro. São Paulo: Perspectiva, 2008.

[7] ROBLES, Gregorio. **La Justicia em los juegos**. Madrid: Trotta, 2010.

[8] ROBLES, Gregorio. **As regras do direito e as regras dos jogos**: ensaio sobre a teoria analítica do direito. Trad. Pollyana Mayer. São Paulo: Noeses, 2011. p. 12.

[9] CALAMANDREI, Piero. **O processo como jogo**. Trad. Roberto Del Claro. Revista de direito processual civil. Curitiba: Gênesis, 2002, v. 23, p. 192.

[10] BECKER, L.A. **Qual é o jogo do processo**? Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2012. Sabe-se, ademais, das críticas de Dworkin sobre o *gap* interpretativo do jogo de xadrez como metáfora do direito (Império do Direito). Conferir Ronaldo Porto Macedo Jr (2013).

estipulando o local do jogo, seus limites, regras, jogadores e julgadores. Daí seu efeito cativante. Para ser um bom jogador não basta somente conhecer as regras processuais. É preciso ter habilidade, inteligência, ritmo, harmonia, capacidade de improviso e *fair play*. Ao se assumir a função de jogador ou julgador, no jogo processual penal, acontece a criação de ambiente apartado das preferências pessoais. Utilizam-se máscaras e lugares diferenciados, para os quais a estética e a *performance* roubam a cena.

O espetáculo do jogo processual lança luzes narcísicas, promove o aparecimento de traços não existentes e/ou obliterados na vida privada. Pulsa. Agita. Explode. É o rito coletivo pelo qual a punição se legitima. O Tribunal é o lugar sagrado onde as condutas tidas como criminosas entram em campo. O mistério do jogo, seu caráter aleatório, as possibilidades de surpresa e mudança fascinam. A estética é diversa, as togas, as indumentárias criam a realidade. Está separado do mundo da vida, e nele acontece o espetáculo do crime e do castigo. Especialmente no Direito, Huizinga[11] aponta o processo como uma competição. Os jogadores estão dominados pela recompensa da vitória, afinal, ninguém entra no jogo para perder. No julgamento, há sempre uma parcela de sorte/azar e uma guerra de argumentos.

As normas de organização do Poder Judiciário e dos jogadores não são normas processuais, embora incluídas no estudo do processo penal justamente porque são prévias. É por elas que são estabelecidos os sujeitos que atuarão e o lugar onde somente, então, acontecerão os jogos processuais. Essas normas criam as competências e preexistem ao processo em si, sendo, portanto, condição de possibilidade. A Constituição da República criou os órgãos julgadores, de acusação e de defesa, fixando as regras de fixação de competência. É somente a partir delas que se pode fazer acontecer o processo penal. E as regras dependem da convenção Estatal, ou seja, da elaboração de produção normativa. É um produto convencional, tanto assim que as regras – estrutura e funcionamento – variam conforme os países. E, se estão postas por atos normativos, são linguagem, suscetíveis, pois, aos jogos de linguagem.

2. A GUERRA PROCESSUAL

Se o processo é uma guerra[12] autorizada pelo Estado, em que o mais forte não

[11] HUIZINGA, Johan. **Homo ludens**. Trad. João Paulo Monteiro. São Paulo: Perspectiva, 2008.

[12] JR. LOPES, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

necessariamente ganha, mesmo assim, os fundamentos da Teoria da Guerra[13] podem ser invocados para se buscar entender a lógica do processo penal desde que vinculados à teoria dos jogos, até porque o fundamento da guerra e da pena é o mesmo. Para Luigi Ferrajoli[14], "Disso resulta excluída, ademais, toda função ética ou pedagógica da pena, concebida como aflição taxativa e abstratamente preestabelecida pela lei, que não pode ser alterada com tratamentos diferenciados do tipo terapêutico ou correcional.". Cabe lembrar, nesse sentido, da Teoria Agnóstica da Pena, cujo tema pode ser mais bem aprofundado na obra de Salo de Carvalho[15]. A guerra processual busca o confronto e a vitória, muitas vezes sem levar em conta os custos e os recursos necessários e disponíveis, especialmente diante da escassez[16]. Daí que a existência de uma tática bem sucedida pode gerar espaço para negociação no *iter* processual. No decorrer da instrução, diante das sucessivas jogadas (subjogos), não raro, surge realinhamento dos objetivos possíveis.

A dinâmica do jogo processual entendido pela metáfora da guerra sustenta algo em desequilíbrio. A questão é bem complexa e nessa versão compacta cabe sublinhar que no processo penal se instaura modalidade de competição (jogo), na qual se pode invocar o equilíbrio de *Nash* e entender o motivo da dificuldade de cooperação. No jogo processual, de regra, o julgador e os jogadores tomam decisões maximizadoras de seus interesses a partir da análise de custos e benefícios individuais *(payoffs)* e não levam em consideração as consequências das consequências, a saber, as externalidades[17] e prejuízos individuais (dos demais jogadores) e à coletividade[18].

A incerteza e opacidade[19] do campo de batalha processual podem ser chamadas de

---

[13] CLAUSEWITZ, Carl von. **Da Guerra**. Trad. Teresa Barros P. Barroso. São Paulo: Martins Fontes, 1979. A obra de Clausewitz foi se modificando com o tempo e não é acabada, nem coerente. Não pode ser lida dogmaticamente. Serve para entender a dinâmica de um modelo que se apresenta, como metáfora, para o processo judicial, desde que mitigado pela teoria dos jogos, no que se chama, aqui, de Jogos de Guerra. Cabe lembrar que o universo clausewitiziano se dá pelas diretrizes de aniquilação: a) agir de forma simultânea e com as forças concentradas; b) com rapidez e ações diretas; c) de forma ininterrupta.

[14] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 33.

[15] CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena: O modelo garantista de limitação do poder punitivo. In: CARVALHO, Salo de. **Crítica à Execução Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 3-43.

[16] MORAIS DA ROSA, Alexandre; AROSO LINHARES, José Manuel. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

[17] Embora a noção de externalidade se vincule aos ganhos econômicos, pode-se adotar a compreensão dos efeitos (negativos ou positivos) do jogo processual em relação a terceiros não envolvidos diretamente no processo penal.

[18] PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise económica da litigância**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 46.

[19] CÁRCOVA, Carlos Maria**. La opacidad del derecho**. Madrid: Trotta, 1998. "*Existe, pues, una opacidade de lo jurídico. El derecho, que actúa como una lógica de la vida social, con un libreto, como una partitura, pardójicamente, no es conocido o no es comprendido por los actores en escena. Ellos cumplen ciertos rituales, imitam algunas conductas, reproducen ciertos gestos, con*

"atritos", como queria Clausewitz[20], ao exigirem a tomada de posição estratégica e tática, antecipando os movimentos do jogador. A transformação do processo em jogo de guerra possibilita entender a pressão externa de personagens, especialmente do populismo penal[21]: a) mídia – vende o produto crime; b) políticos –usam o medo como plataforma política; c) máfia, crime organizado – lavam dinheiro do tráfico de drogas e pessoas, os quais podem intervir na prova (coação); d) polícia – valorizam seu *status*; e) magistrados, Ministério Público, defensores. Esses novos jogos penais viciados pelo populismo não servem para estabilizar, mas para renovar o estado de medo e pânico.

Sabe-se que a pena não resolve, nem encaminha a questão. A crença no aumento de punições e processos penais céleres, sem garantias processuais, fomenta a sensação de segurança, tão imaginária quanto as histórias infantis, ainda que vendidas pela mídia *delivery* e manejadas politicamente. Vende-se o crime como o sintoma do mal a ser extirpado[22]. É preciso entender a relação entre jogo processual e política. Sem isso a leitura do processo penal e dos movimentos de recrudescimento é ingênua. O processo pode cooperar com o controle social. Não pode ser um aliado de trincheira. Se assim se postar, perde a dimensão coletiva de garantia que a razão exige. É necessária certa autonomia do processo penal. Não se pode condenar ninguém, em Democracia, com fins exclusivamente políticos e/ou midiáticos. Daí a função contramajoritária do processo penal: deve ser o jogo democrático pelo qual se pode, ao final, se e somente se, cumpridas as normas, aplicar-se uma sanção estatal. Do contrário, o *doping* estatal prevalecerá[23].

Daí que o domínio das normas processuais, mesmo sendo importante para compreensão do fenômeno processual, depende, ainda, das noções teóricas (penais, processuais e criminológicas) do julgador e dos jogadores envolvidos, não só formalmente, mas sim materialmente[24]. Poderão ser movidos pela vitória a qualquer custo – mesmo por meio de provas ilícitas – em nome de um "bem" (dito) maior, por exemplo, a diminuição da criminalidade, ou pelo

---

escasa o nula percepción de sus significados y alcances." (p. 18).

[20] CLAUSEWITZ, Carl von. **Da Guerra**. Trad. Teresa Barros P. Barroso. São Paulo: Martins Fontes, 1979.

[21] LACLAU, Ernesto. **La razón populista**. Trad. Soledad Laclau. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011.

[22] PASTANA, Débora Regina. **Cultura do medo**: reflexões sobre a violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: Método, 2003. SILVA, Denival Francisco da (org.). **Sistema Punitivo:** o neoliberalismo e a cultura do medo. Goiânia: Kelps, 2012.

[23] O processo que pretende fazer justiça com condenação sem limites se vale do "pragmatismo punitivista", o qual aceita, muitas vezes, jogadas trapaceadas, com base em elementos ilícitos voltados ao fim maior: condenar. Em alguns casos, o regozijo beira à obtenção da felicidade da missão cumprida. Esse texto busca lançar luzes sobre o modo obscuro em que o processo judicial se instaura e segue.

[24] Os jogadores podem ser aparentemente iguais, como, aliás, parece a noção idealizada de parte. Ninguém duvida que num jogo de futebol entre dois times com onze (11) jogadores, como bem aponta Becker, o Benfica seja melhor do que o time dos Professores da Faculdade de Direito.

acolhimento de função de garantia (defesa dos direitos individuais). Talvez a assunção alienada da noção de guerra seja verificável quando o jogador, em nome do resultado, aceita mitigar os princípios da própria guerra, uma vez que a necessidade de vitória, conforme Giorgio Agamben[25] e Ricardo Timm de Souza[26], exclui a legalidade impeditiva do êxito. Vira uma "guerra suja", como visto comumente nos regimes de exceção. Ainda que haja vitória, tal qual na trapaça, há mácula democrática. Se o resultado condenar sempre é o *leitmotiv*, pouco resta para impedir a fraude e a ilegalidade[27]. Essa tensão entre segurança coletiva e direitos individuais não é novidade[28]. De qualquer sorte, dependerá de escolhas antecedentes a maneira pela qual o julgador e os jogadores se postarão diante da informação probatória trazida.

O processo judicial possui a tendência de ficar intenso e o momento de produção probatória encontra seu ápice. O "atrito", como a forma de dificuldades de informação, faz com que a prova seja sempre uma exceção e, como tal, inserida numa lógica singular, sem universalismos. Deve-se, pois, (i) dominar a teoria processual e de direito penal; (ii) ter-se experiência de jogo (de combate) ou treinamento e (iii) entender o caráter cambiante do jogo e das sucessivas rodadas (subjogos).

Parece inevitável que se possa compreender a ação do julgador e dos jogadores no processo penal como o resultado de uma fusão temporal de horizontes (decisão judicial) e perspectivas sobre o(s) mesmo(s) acontecimento(s) do mundo da vida (imputação). A racionalidade pública, pela qual se apurará a responsabilidade (culpabilidade) penal do agente[29], é o processo penal, pelo qual os jogadores (acusador e defensor) lançarão a estratégia (pretensões de validade) nos subjogos, mediados pelas normas processuais (regulação da informação-prova), com o fim de obter a vitória (decisão favorável do julgador).

---

[25] AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

[26] TIMM DE SOUZA, Ricardo. **Justiça em seus Termos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

[27] Esperar equilíbrio moral no jogo processual é aceitar o processo como elemento de divertimento ou passa tempo. Os jogadores querem ganhar. Os limites morais podem funcionar, no limite, em cada jogador singularmente, mas não operam de maneira universal. Muitas vezes os acusadores e julgadores (*sic*) se valem de jargões como: "se não paga por esse, por certo, paga por outro".

[28] LOPES, Edson. **Política e Segurança Pública**: uma vontade de sujeição. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009.

[29] NUNES, Leandro Gornicki. **Culpabilidade e Exculpação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. O acusado, como agente racional, é a simplificação que se vale a teoria do delito para autorizar a aplicação de sanção.

3. NOVA DINÂMICA DE COMPREENSÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS

A metáfora da teoria dos jogos, como instrumento de compreensão do processo nos Juizados Especiais, parte da pressuposição de que o resultado processual não depende exclusivamente da *performance* de um dos jogadores, mas decorre da interação das estratégias e táticas utilizadas no limite temporal do processo, até porque a valoração do desempenho é feita do lugar do órgão julgador. O comportamento dos jogadores pode influenciar significativamente no resultado do processo. Por mais que exista preparação e planejamento, o desempenho nas jogadas processuais é sempre uma aposta no futuro. A estratégia ou a tática utilizada num processo anterior podem se mostrar inservíveis no processo seguinte. Cada processo é singular e único. De nada adianta ficar imaginando que, durante a audiência, deveria ter feito essa ou aquela pergunta. Houve preclusão, sendo uma das manifestações do "espírito da escada", de Diderot[30], ou seja, a resposta correta veio depois que se estava descendo a escada do Tribunal e não no momento necessário. Daí que se instaura um processo recorrente de reavaliações dos movimentos processuais.

Embora a Teoria dos Jogos, campo da Matemática, tenha sido invocada, para os fins deste escrito, de alguma forma, e segundo Giorgio Agamben[31], ela foi profanada, a saber, seus conceitos foram resignificados no campo do Direito e especialmente no do Direito Processual Penal. Daí que a pureza metodológica não pode ser esperada. Há uma "heterodoxia" inerente na pesquisa em paralaxe[32], ou seja, que inevitavelmente modifica a perspectiva sobre o mesmo objeto, no caso, o Processo Penal via Teoria dos Jogos e da Guerra. É isso que impede a inautenticidade. Claro que, se o leitor possuir conhecimentos de microeconomia, macroeconomia, cálculo, poderá compreender mais facilmente o instrumental. Todavia, mesmo sem esse conhecimento preliminar, para o fim a que se propõe, há elementos suficientes. A pretensão, pois, não é a de simplesmente aplicar – diretamente – o instrumental da Teoria dos Jogos ao Processo Penal. Pretende-se uma abordagem que dialogue com as especificidades do Direito e seja, de alguma maneira, um pouco sofisticada e complexa. Isso porque não se pretende substituir a Teoria do Direito, mas sim apresentar novo instrumental para leitura do cenário processual. Assim, longe de um modelo teórico idealizado, busca-se articular o caráter manifestamente dinâmico das

[30] DIDEROT, Denis. Textos Escolhidos. **Os pensadores**. Trad. Marilena Chauí. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

[31] AGAMBEN, Giorgio. **Profacnaciones**. Trad. Edgardo Dobry. Barcelona: Anagrama, 2005.

[32] ZIZEK, Slavoj. **Visão em paralaxe**. Trad. Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2008. Como alerta Zizek, para se tentar compreender o fenômeno a partir de perspectivas paralácticas, não se deve buscar um ponto de vista presunçosamente único, mas sempre considerando o que é inevitável: a diferença não há como ser desconsiderada ou contornada.

interações entre os jogadores e julgadores no Processo Penal.

Evidentemente que essa "adaptação" não acontece por espelho teórico, assim como nas artes[33]. Aproveitando-se justamente o potencial dinâmico da teoria dos jogos[34], buscou-se revisar a categoria processo penal, ciente das dificuldades daí inerentes. A teoria dos jogos será invocada como instrumento de análise ampliado, a ser utilizado em cada processo, visto isoladamente. Propicia a formulação de expectativas de comportamento estratégico. Tendo em vista que o objetivo do processo é a decisão favorável e, portanto, essa é a estratégia dos jogadores, as táticas manejadas serão direcionadas à sua otimização. O meio para modelar esse jogo serão as informações disponíveis, tanto no que se refere à qualidade, quanto à quantidade. Para tanto, ainda, busca-se estabelecer os *payoffs*, isto é, os possíveis ganhos e perdas das consequências do resultado. Como é impossível antecipar o que dirá, por exemplo, uma testemunha, mesmo que se saiba o que ela teria dito anteriormente, no ato da oitiva, de acordo com Andreia de Brito Rodrigues[35], há sempre um coeficiente de incerteza que permeia o jogo processual.

Sublinhe-se que o jogo processual depende de uma complexa interação entre os jogadores e o julgador. Não se trata de uma corrida de 100 metros em que o melhor ganha. O resultado, até para sua validade, depende da atuação dentro das regras do jogo. Assim, a ausência de defesa redunda na anulação do processo. Logo, não se pode aceitar o jogo individual. É preciso, então, pelo menos: a) jogadores (acusação e defesa); b) julgador terceiro e imparcial; c) normas processuais compartilhadas, e d) os *payoffs*, a análise das consequências das ações dos competidos (ganhos e perdas previsíveis).

A teoria dos jogos para fins deste escrito será utilizada exclusivamente a partir da noção de "Jogos dinâmicos e de informação incompleta". Dentre as diversas classificações, acolhe-se a que se dá em quatro modelos:

a) jogos estáticos e de informação completa: analisada todas as possibilidades e informações, a decisão se dará pelo "equilíbrio de Nash", uma vez que jogadores racionais fariam a melhor opção pessoal. Entretanto, tal situação é confrontada pelo Dilema do Prisioneiro, já que

[33] HUTCHEON, Linda. **Uma teoria da adaptação**. Trad. Andre Cechinel. Florianópolis: Editora UFSC, 2013.

[34] TAVARES, Jean Max. **Teoria dos Jogos**: aplicada à estratégia empresarial. Rio de Janeiro: LTC, 2012. BIERMAN, H. Scott; FERNANDEZ, Luis. **Teoria dos Jogos**. Trad. Arkete Simille Marques. São Paulo: Person Prentice Hall, 2011. BECKER, L.A. **Qual é o jogo do processo**? Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2012. PLETSCH, Natalie Ribeiro. **Formação da Prova no Jogo Processual Penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

[35] RODRIGUES, Andreia de Brito. **Bullying Criminal**: o exercício do poder no Sistema Criminal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

não seria um "ótimo de Pareto"[36], a saber, a melhor racionalidade individual significa resultado prejudicial para todos;

b) jogos dinâmicos e de informação completa: ao contrário de uma jogada, a sucessão de estágios faz com que cada etapa – subjogo – exija constante avaliação das possibilidades e antecipações de sentido, mas acabam, em cada subjogo, reiterando a opção individual do equilíbrio de Nash, ou seja, estratégias não-cooperativas;

c) jogos estáticos de informação incompleta: ainda que apenas um estágio de jogo, não se sabe a avaliação dos demais jogadores, por exemplo, como acontece nos leilões em que não se sabe o valor que os demais jogadores darão ao bem leiloado. Prevalece a lógica de Thomas Bayes, a saber, depende da crença nas probabilidades pessoais e morais, então subjetivas, não exclusivamente racionais/objetivas;

d) jogos dinâmicos de informação incompleta: é o modelo que se pretende aplicar ao processo penal, pelo qual se precisa entender que tipo de jogador se está enfrentando e qual o julgador a quem se dirige a informação do jogo. Na fusão de horizontes de informação representados pelo processo penal é importante (saber) antecipar as motivações (objetivas, subjetivas e inconscientes) dos jogadores e julgador, especialmente no tipo de informação apresentada e nas surpresas (trunfos) ainda não informados. O resultado depende da sucessão de subjogos e da informação-prova validamente trazida ao contexto do jogo.

Embora se possa aparentemente partir de estratégias puras: o acusador quer condenar e o defensor absolver, a complexidade do processo penal permite apontar que, muitas vezes, a motivação do acusador e defensor, daqui em diante jogadores, está inserida em um conjunto de contingências, em que o processo pode ser utilizado com outras finalidades, a partir das recompensas possíveis (*payoff*). E o conteúdo dessas recompensas depende de um inventário preliminar, tanto dos jogadores, como do julgador, bem como do cenário. Daí que diversas variáveis devem ser invocadas para o fim de se buscar entender a decisão do jogador e do julgador. As expectativas de comportamento processual dependem do perfil teórico de cada jogador e julgador. Na matriz das variáveis, pode-se indicar a compreensão sobre: a) Teoria do Direito – vigência, validade e eficácia; b) Teoria da Constituição – norma jurídica (princípios e regras); c) hermenêutica (superação da filosofia da consciência pela Filosofia da Linguagem); d)

[36] PARETO, Vilfredo. **Manual de Economia Política.** Trad. João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

impacto da religião nos julgamentos; e) Teoria do Injusto Penal; f) Teoria do Processo; g) criminologia; h) ideologia; i) humor; j) boa-fé; l) Gestão da Unidade (eficiência macro); m) influência da mídia e de terceiros; n) pressão dos tribunais; o) papel dos assessores e estagiários; p) demanda e carga de trabalho; q) a sogra[37] e familiares, dentre outras.

No processo perante os Juizados Especiais, a tática pode se modificar no decorrer do jogo processual justamente porque os jogadores e o julgador trabalham com crenças acerca das possíveis decisões dos demais intervenientes, sem que se possa, todavia, saber-se – com 100% de certeza – da sua ocorrência. Daí que a estratégia e as posições dependem da constante capacidade de monitoramento, avaliação de riscos processuais e do cenário. Para que se possa antecipar as jogadas, portanto, os jogadores e julgadores são tomados como agentes racionais, os quais buscam maximizar a utilidade do processo. O estudo dos constrangimentos normativos (plano 1) é condição de possibilidade para se articular discursos (plano 2) no cenário de um processo singular (plano 3). Essa tripla articulação depende das recompensas pretendidas. Por essa grelha teórica pode-se antecipar a estratégia dominante do jogador e do julgador, entendida como a que mais se aproxima da recompensa pretendida. E se o jogador/julgador é um agente racional sempre adotará a estratégia dominante. O Dilema do Prisioneiro, todavia, coloca a questão de que a estratégia dominante pode não ser a mais eficiente, dado o resultado adverso, abrindo espaço para compreensão cooperativa.

De qualquer forma, a noção de sujeito que o Direito moderno legou é a do racional, capaz de ter opiniões sólidas e que, sob o influxo de emoções (forte emoção chega a ser condição para legítima defesa), dentre elas medo, injusta agressão, ódio, amor, estariam afastadas da racionalidade. O mecanismo de pensar é complexo e a simplificação moderna é risível, embora opere em boa parte dos julgamentos. Seria cômico se não fosse trágico. Este Guia Compacto rompe com essa noção e aceita que muitas das decisões judiciais, tanto de jogadores como de julgadores, aconteçam sem que a razão presida. Aliás, a maioria delas. Pode parecer um tanto assustador. Entretanto, com o tempo, será mostrado que, no decorrer do jogo, as microdecisões acontecem e elas não são todas da ordem do racional. No final, naquilo que se chama de *bricolage* judicial, há uma composição aparentemente racional. Como humanos, todavia, julga-se ao longo de toda a partida processual penal. Há sempre uma antecipação de sentido inautêntica, ou seja, uma maneira mais fácil de resolver a questão, sem que a reflexão – que dá trabalho e toma tempo

[37] FERRAREZE FILHO, Paulo. **A sogra como fonte do direito**. Curitiba: Honoris Causa, 2011.

– seja acionada. Talvez seja o caso de se suspender as certezas, mas sem um ceticismo visceral, e de se acolher certa margem de incerteza no processo, com o acolhimento das emoções como variável e também do inconsciente – uma fratura do sujeito moderno –, via psicanálise.

A "microeconomia" busca indicar as expectativas de comportamento dos sujeitos (escolha racional na busca de maximização de utilidade) a partir da relação entre fins (alternativos entre si) e meios (de recursos escassos). Este é o pensamento de Cooter e Ulen[38], que ainda afirmam que

> O direito frequentemente se defronta com situações em que há poucos tomadores de decisões e em que a ação ótima a ser executada por uma pessoa depende do que outro agente econômico escolher. Essas situações são como os jogos, pois as pessoas precisam decidir por uma estratégia. Uma estratégia é um plano de ação que responde às reações de outras pessoas. A teoria dos jogos lida com qualquer situação em que a estratégia seja importante. (p. 56).

No caso no processo perante os Juizados Especiais, pode ser utilizado para fundamentar tanto a estratégia processual, como a tática específica, principalmente por força dos institutos da transação penal e suspensão condicional do processo, além do prazo reduzido de prescrição.

Aceitar ou não benefícios processuais, mediação penal, acordos diversos, enfim, devem-se cotejar as informações e propiciar a tomada de decisões da maneira mais informada possível. Embora sejam benefícios processuais, excludentes e suspensivos do processo, a aceitação pode ser influenciada por fatores de gerenciamento. Por exemplo, um boicote aos acordos por parte dos defensores pode levar ao acúmulo de processos e ensejar a prescrição. Imagine-se o caso de um Tribunal em que a pauta de audiências de instrução e julgamento esteja marcada para além de três anos. Presume-se que qualquer jogador deva levar isso em conta. A continuidade do processo significará a expectativa de prescrição. Ambos os jogadores sabem disso. O Ministério Público tentará a aceitação dos benefícios, enquanto a defesa, sabedora da plena possibilidade de prescrição, na perspectiva da teoria dos jogos, não deverá aceitar os ditos benefícios, até porque poderiam ser aceitos a qualquer tempo. Daí que, nas decisões intraprocessuais, diversos fatores devam ser cotejados. No caso de a unidade estar em dia com as audiências, essa estratégia é dominada. Somente será dominante quando a pauta for longa. Cabe anotar que, nos casos em que a unidade estiver abarrotada, os jogadores defensivos poderão agir em conjunto e sob coordenação, ou seja, todos se negando a aceitar os benefícios. Entretanto, a partir de um limite em que tudo prescreve, pode acontecer a instalação de nova unidade, colocação de magistrados

[38] COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Trad. Luisa Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010.

cooperadores. Enfim, há sempre a possibilidade de reversão. É uma aposta em que a incerteza preside.

Herbert Simon[39], pai do *behaviorismo* (o qual aqui não se subscreve) e prêmio Nobel de Economia em 1978, defendeu a tese da racionalidade limitada. Por ela, os sujeitos devem separar os assuntos que exigem o estabelecimento de metas, projetar as táticas que podem ser exitosas e avaliar e decidir entre as alternativas. A atitude do jogador será fundamental. Caso não saiba como apresentar as informações, pode sofrer os efeitos de táticas diversas. Isso porque não se pode mais, segundo ele, apresentar uma teoria construída no conforto de uma poltrona sem fundamentações empíricas[40] e, no caso do Direito, sem estudar o real mecanismo de decisão, as teorias são deslizamentos imaginários, sem sustentação fática. Aliás, no discurso em que recebeu o prêmio Nobel de 1978, ele afirmou que as conclusões sobre a prevalência da racionalidade perfeita são contrárias aos processos reais de tomada de decisão e, assim, é preciso entender como funciona a complexidade humana, que, para além da percepção – a qual pode ser distorcida –, a capacidade de assimilação e processamento do mesmo material de informações pode gerar decisões conflitantes[41].

A abertura para que as emoções sejam uma variável no julgamento é nova. Se um jogador ou julgador participará de um jogo processual em que (não) gosta de um dos envolvidos, esse fato, isoladamente, poderá ser determinante. Não se sabe. Orgulhosamente se responde que não, pois se deve ser imparcial. Se o leitor acredita nisso, tudo bem, não leia mais nada. Aqui, neste artigo, arrisca-se a dizer que isso pode (não deve) influenciar. E mais: a influência pode ser tanto negativa quanto positiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para se entender a proposta (do processo nos Juizados Especiais a partir da noção de guerra e da teoria dos jogos), é preciso estabelecer os lugares do jogo: a) julgador (magistrados); b) jogadores (acusação, assistente de acusação, defensor e acusado); c) estratégia de cada jogador (uso do resultado), d) tática das jogadas (movimentos de cada subjogo) e; e) *payoffs* (ganhos,

[39] SIMON, Herbert. **Rational decision making in business organizations**. American Economic Review, 1979, v. 69, p. 493-513.

[40] SIMON, Herbert A. **Comportamento administrativo**: estudo dos processos decisórios nas organizações administrativas. 2.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1965. SIMON, Herbert. **Rationality Gone Awry**? Decision making Inconsistent with Economic and Financial Theory. Business Economics, 1999, v. 34, n.3, p.93-94.

[41] SIMON, Herbert. **Rational decision making in business organizations**. American Economic Review, 1979, v. 69, p. 493-513.

perdas ou retornos) de cada jogador com a estratégia e tática. A pretensão, como já antecipado, é adaptar – com significativas mudanças – a abordagem da teoria dos jogos para o campo do processo penal.

Para os fins deste texto, qualquer interação em contraditório, pela qual os jogadores comunicam-se até a tomada da decisão pelo julgador, será considerada subjogo, inclusive os anteriores à instauração da ação penal. Já se está acostumado a jogar desde pequeno; primeiro, de maneira lúdica (cartas, esconde-esconde, mata-mata *etc*.), e depois com perdas e ganhos (pecuniários, morais, de reputação *etc*.). Em todos os jogos processuais, a conduta do jogador e do julgador possui a potência de modificar o resultado, já que a incerteza preside o jogo, com certa dose de *álea*. No contexto do processo penal, além dos jogadores, ganha espaço a figura do órgão julgador (magistrado ou tribunal). Assim é que o contexto institucional do jogo sofre constrangimentos legais e do campo do Direito. Nesse contexto, a interdependência e a incerteza do futuro podem ser sofisticadas com esse mecanismo de tomada de decisão, que é a teoria dos jogos.

O processo penal, assim, é um jogo assimétrico de informação. Os jogadores não possuem, *ex ante*, todas as informações que comporão o acervo processual ao final da instrução, e há a necessidade constante de reavaliações das táticas utilizadas. No jogo simétrico os jogadores sabem de antemão o conteúdo das informações existentes. Aqui, diferentemente, as informações são antevistas, mas somente acontecem na cena processual, a saber, no decorrer dos subjogos. É certo que as provas periciais e documentais são elaboradas de forma paralela e/ou antecedente. Mesmo assim, a valoração – atribuição de sentido – será debatida e consolidada somente no momento da decisão judicial.

Nas situações estratégicas, nas quais o jogo não é cooperativo, a situação fica mais complexa, pois o resultado depende das decisões dos demais jogadores e é de conteúdo variável. Assim é que o enfrentamento do processo penal brasileiro depende de posições antecedentes em relação às noções de Direito, Tipo Penal[42], Constituição, Princípios, Regras, Norma Jurídica *etc.*, não se podendo falar em processo penal idealizado. Embora se tenham regras processuais dispostas na Constituição, nos Documentos de Direitos Humanos e no Código de Processo Penal,

[42] Por exemplo: para compreender uma acusação sobre imputação objetiva, o julgador precisa conhecer a teoria e não pode se satisfazer com coleção de resumos. Aliás, julgar no campo dos delitos de trânsito desconhecendo o tema é vergonhoso. Conferir Leonardo Schmitt de Bem (2010); Luís Greco (2011); Juarez Cirino dos Santos (2009); Juarez Tavares (2003); Guilherme Merolli (2010); Paulo Queiroz (2010); Peter-Alexis Albrecht (2010).

em cada processo individualizado, com seu julgador e seus jogadores, acontecerá o jogo único. As diversas compreensões comporão o fenômeno processual numa verdadeira fusão de horizontes, naquilo que se chamou de *bricolage* de significantes[43].

Dito de outra forma, o processo penal é um jogo mediado pelo Estado Juiz, em que a fortaleza da inocência, ponto de partida do jogo, é atacada pelo jogador acusador e defendida pelo jogador defensor, sendo que, no decorrer, as posturas (ativa e passiva) se alternam reciprocamente, devido ao caráter dinâmico do processo, a cada rodada probatória (subjogos) e em face das variáveis cambiantes. O jogador-acusador pretende romper com a fortaleza da inocência, enquanto a defesa sustenta as muralhas. Rompido ou antevisto ou rompimento, bem como uma impossibilidade, por que não negociar? Constituir-se num jogo de táticas processuais no decorrer do jogo processual guiado por estratégia dos efeitos pretendidos (pena)? O processo penal se estrutura como uma modalidade de jogo processual no qual (a) há o conjunto de normas jurídicas; (b) se estabelecem expectativas de ganho/perda em momentos específicos (recebimento/rejeição da denúncia; absolvição sumária; produção probatória – informação –, condenação/absolvição – em diversas instâncias), (c) ocorrem jogadas temporalmente indicadas (denúncia/queixa, defesa preliminar, alegações finais, recursos, similares), (d) o Estado Juiz emite comandos (despachos, interlocutórias, decisões, acórdãos, similares) de vitória/derrota (total ou parcial).

Bons jogos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. **Profacnaciones**. Trad. Edgardo Dobry. Barcelona: Anagrama, 2005.

ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia**: uma fundamentação para o Direito Penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BECKER, L.A. **Qual é o jogo do processo**? Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2012.

BEM, Leonardo Schmitt de. **Direito Penal de Trânsito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

[43] MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão Penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2005.

BIERMAN, H. Scott; FERNANDEZ, Luis. **Teoria dos Jogos**. Trad. Arkete Simille Marques. São Paulo: Person Prentice Hall, 2011.

CALAMANDREI, Piero. **O processo como jogo**. Trad. Roberto Del Claro. Revista de direito processual civil. Curitiba: Gênesis, 2002, v. 23, p. 192.

CÁRCOVA, Carlos Maria**. La opacidad del derecho**. Madrid: Trotta, 1998.

CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena: O modelo garantista de limitação do poder punitivo. In: CARVALHO, Salo de. **Crítica à Execução Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 3-43.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal** – Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CLAUSEWITZ, Carl von. **Da Guerra**. Trad. Teresa Barros P. Barroso. São Paulo: Martins Fontes, 1979.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Trad. Luisa Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DIDEROT, Denis. Textos Escolhidos. **Os pensadores**. Trad. Marilena Chauí. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAREZE FILHO, Paulo. **A sogra como fonte do direito**. Curitiba: Honoris Causa, 2011.

GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal:** Bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HUTCHEON, Linda. **Uma teoria da adaptação**. Trad. Andre Cechinel. Florianópolis: Editora UFSC, 2013.

HUIZINGA, Johan. **Homo ludens**. Trad. João Paulo Monteiro. São Paulo: Perspectiva, 2008.

JR. LOPES, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LACLAU, Ernesto. **La razón populista**. Trad. Soledad Laclau. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011.

LOPES, Edson. **Política e Segurança Pública**: uma vontade de sujeição. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEROLLI; Guilherme. **Fundamentos críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão Penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2005.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

_____; AROSO LINHARES, José Manuel. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NUNES, Leandro Gornicki. **Culpabilidade e Exculpação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PARETO, Vilfredo. **Manual de Economia Política.** Trad. João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

PASTANA, Débora Regina. **Cultura do medo**: reflexões sobre a violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: Método, 2003.

PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise económica da litigância**. Coimbra: Almedina, 2005.

PLETSCH, Natalie Ribeiro. **Formação da Prova no Jogo Processual Penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal** – Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ROBLES, Gregorio. **La Justicia em los juegos**. Madrid: Trotta, 2010.

_____. **As regras do direito e as regras dos jogos**: ensaio sobre a teoria analítica do direito. Trad. Pollyana Mayer. São Paulo: Noeses, 2011.

RODRIGUES, Andreia de Brito. **Bullying Criminal**: o exercício do poder no Sistema Criminal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SIMON, Herbert A. **Comportamento administrativo**: estudo dos processos decisórios nas organizações administrativas. 2.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1965.

_____. **Rational decision making in business organizations**. American Economic Review, 1979, v. 69, p. 493-513.

_____. **Rationality Gone Awry**? Decision making Inconsistent with Economic and Financial

Theory. Business Economics, 1999, v. 34, n.3, p.93-94.

SILVA, Denival Francisco da (org.). **Sistema Punitivo:** o neoliberalismo e a cultura do medo. Goiânia: Kelps, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TAVARES, Jean Max. **Teoria dos Jogos**: aplicada à estratégia empresarial. Rio de Janeiro: LTC, 2012.

TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TIMM DE SOUZA, Ricardo. **Justiça em seus Termos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ZIZEK, Slavoj. **Visão em paralaxe**. Trad. Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2008.

A SISTEMÁTICA DE RESOLUÇÃO INCIDENTAL DE DEMANDAS REPETITIVAS E SEUS REFLEXOS NO SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS PREVIDENCIÁRIOS

José Antonio Savaris[1]

INTRODUÇÃO

Um fenômeno que está a caracterizar a sociedade brasileira desde o final do Século XX é a intensificação dos conflitos que afetam interesses do Poder Público e de agentes econômicos de grande porte[2].

De um lado, a emergência de uma perspectiva de efetivação de direitos metaindividuais, relacionados à problemática ambiental, consumerista, previdenciária ou trabalhista, para ficar nesses exemplos, formula exigência de comportamento responsivo das entidades que, no primeiro plano, devem satisfazer esses direitos.

De outro lado, no contexto da globalização econômica, os senhores ausentes[3] forçam a desumanização do ser humano, ora percebido como fonte de lucro a ser explorada, ora como fonte de despesa a ser sufocada, e submetem o espaço político às exigências e aos ditados da razão tecnocrática e instrumental, impondo a eliminação das restrições e obrigações locais do capital, e a redução das despesas sociais, quanto necessária, em nome do postulado de austero controle das contas públicas[4].

---

[1] Doutor em Direito da Seguridade Social pela Faculdade de Direito de São Paulo (USP). Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2002). Professor no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica - Mestrado e Doutorado, UNIVALI. Juiz Federal da 3ª Turma Recursal do Paraná, TRF 4ª Região.

[2] Embora seja de difícil conceituação, pode-se entender como conflito "as situações em que estejam presentes, simultaneamente, 1. No plano objetivo: um problema alocativo incidente sobre bens tidos por escassos ou encargos tidos como necessários, sejam os bens e os encargos de natureza material ou imaterial; 2. No plano comportamental: consciente ou inconsciente, intencional ou não, contraposição no vetor de conduta entre dois sujeitos e; 3. No plano anímico ou motivacional: sujeitos portadores de percepções diferentes sobre como tratar o problema alocativo, como função de valores de justiça" (FREITAS JR, Antonio Rodrigues de. Cultura de justiça e limites da mediação para a difusão da cultura da paz, p. 509-532 (p. 518). Iin: SALLES, Carlos Alberto de (coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro*. Homenagem ao professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009).

[3] BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas, Tradução: Marcus Penchel. Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro. 1999.

[4] Para tanto, é preciso compreender o significado da globalização em suas várias dimensões: "La globalización es producto, entre otras cosas, del engranaje económico (tener), político (poder), ideológico (conocimiento) y jurídico (orden) que afianzan y homogenizan modelos universales: en este sentido, existen en lo económico monedas sin reservas pero sólidas comparadas con las divisas de los países en vías de desarrollo, en lo político, las potencias del Norte imponen a través de sus instituciones las agendas políticas para los estados menos fuertes, en lo ideológico prevalece la mentalidad productiva, consumista y neoliberal y en lo jurídico se acentúa la necesidad de crear instancias internacionales para administrar justicia a los nacionales de cualquier estado"

O ponto crucial em uma ambiência de maximização de ganhos privados e de contenção de despesas públicas é, pois, que a satisfação dos direitos custa[5]. E aí se multiplicam os conflitos, que não são meros conflitos interpessoais, e aí também se consumam as lesões multi-individuais, as quais, embora derivadas de uma matriz única de ilegalidade, levam de roldão pretensões e interesses de toda uma coletividade de sujeitos[6].

No contexto do sistema judiciário federal, a pauta de ilegalidades da Administração Pública foi suficiente para sinalizar que, por maior que seja a expansão e a estruturação do Poder Judiciário, ainda seriam insuficientes os recursos pessoais e materiais para lograr alcançar os escopos, imediato, de solução adequada das controvérsias em tempo razoável, e mediato, de efetiva pacificação social. Está sempre sob as luzes, portanto, o congestionamento da máquina judiciária.

Isso porque as demandas judiciais que tocam interesses da Administração Pública Federal representam exemplarmente como, em última análise, se pode falar de universalização do conflito. Trata-se de lesão a direito que afeta toda uma coletividade de pessoas, ora contribuintes, ora beneficiários da previdência social, ora mutuários do sistema financeiro nacional, ora vítimas de dano ambiental etc.

Dentro desse universo, destacam-se as causas de natureza previdenciária, não apenas porque configuram a maior parte das demandas que tramitam no sistema dos Juizados Especiais Federais[7], mas pela urgência de sua solução, seja em função da natureza alimentar do bem da vida em discussão, seja pela contingência social adversa em que se encontram os sujeitos que buscam proteção previdenciária.

(CORTÉS, Luder Enrique Jerez. Globalización, ética y Derechos Humanos. Propuesta para afrontarlos desde la Universidad. *In*: HERNÁNDEZ, Carlos Arturo. **Globalización y derecho**, Bogotá : Universidad Libre, 2010, p. 71 (pp. 65-77).

[5] De modo paradigmático, os trabalhos de Holmes e Sunstein e de Abramovich e Courtis demonstraram que a satisfação de qualquer direito implica determinado custo. Como evidenciaram os primeiros, a garantia e a realização de qualquer direito exige destinação de recursos públicos (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights:** why liberty depends on taxes. New York: Norton, 2000). Já os últimos lograram demonstrar que a estrutura dos direitos civis e políticos, assim como a dos direitos econômicos, sociais e culturais, é caracterizada como um complexo de obrigações negativas e positivas por parte do Estado (ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002).

[6] De outra perspectiva, não se deveria subestimar, como variável causal das demandas repetitivas, a emergência de uma sociedade de massa, a expansão do fenômeno consumerista e o surgimento do caráter multitudinário dos conflitos, de um lado, e a litigiosidade decorrente do Estado Social, de outro lado (GONÇALVES, Marcelo Barbi. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e a magistratura deitada**. *Revista de* Processo. vol. 222. São Paulo: Ed. RT, ago 2013. pp. 222-247 - p. 223)

[7] Com efeito: "O excessivo número de demandas nos JEFs tem como causa principal os questionamentos de natureza previdenciária, figurando no polo passivo o INSS, líder do *ranking* dos maiores litigantes do Poder Judiciário no Brasil, conforme lista elaborada pelo CNJ. Na Justiça Federal, o INSS é réu em 34% de ações no primeiro grau das Varas Comuns, e em 79% das ações nos Juizados Especiais Federais. A litigiosidade na área previdenciária é, em sua maioria, individualizada, repercutindo no volume de processos e na morosidade do Sistema de Justiça brasileiro" (LAZZARI, João Batista. *Juizados Especiais Federais*: uma análise crítico-propositiva para maior Efetividade no Acesso à Justiça e para a obtenção de um Processo Justo. Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, SC. 2014. p. 131).

Para fazer frente às ilegalidades que podem ser chamadas estruturais - ilegalidades fonte de demandas repetitivas -, é preciso a adoção de ferramentas político-jurídicas hábeis a permitir que a realização do direito se opere de modo e tempo oportunos.

Integrando o Projeto CNJ Acadêmico[8], o presente texto objetiva analisar criticamente a novel sistemática de resolução incidental de demandas repetitivas, introduzida pelo Novo Código de Processo Civil, e suas implicações no sistema dos Juizados Especiais Federais Previdenciários, *locus* próprio de acesso à justiça para solução de demandas de menor valor contra a Administração Pública Federal.

Embora a legitimidade constitucional do instituto não constitua objetivo do presente trabalho, será objeto de consideração sua compatibilidade com a Constituição da República, particularmente quanto à conexão jurisdicional que impõe entre a Justiça Comum e os Juizados Especiais Federais[9].

Após a identificação da importância desse mecanismo processual para a efetividade e celeridade do processo, e das condições que oferece para que se promova estabilidade jurisprudencial e previsibilidade e igualdade diante das decisões judiciais, o trabalho analisa as implicações que o instituto veicula para o sistema dos Juizados Especiais Federais Previdenciários, investigando os efeitos que pode trazer sobre o sistema recursal *vis a vis* os já existentes mecanismos de uniformização e as particularidades das demandas voltadas contra a Administração Pública Previdenciária.

1. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

A sistemática de resolução incidental de demandas repetitivas estabelece técnica processual consistente na identificação de demandas múltiplas que apresentam idêntica questão de direito, para que recebam solução conjunta e uniforme. Trata-se de incidente a ser instaurado no âmbito do Tribunal, objetivando acelerar o andamento dos processos e evitar a disparidade

[8] O Projeto CNJ Acadêmico foi lançado no ano de 2010, pelo Conselho Nacional Justiça - CNJ, em parceria com a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES, envolvendo universidades brasileiras públicas e privadas. O objetivo do projeto é promover a realização e a divulgação de investigações científicas em campos de interesse prioritário para o Poder Judiciário. Este trabalho está inserido na área temática *Principais problemas no processo de revisão das decisões nos Juizados Especiais Federais* do Edital CNJ Acadêmico (Edital nº 020/2010/CAPES/CNJ).

[9] Destacadamente porque que a tese jurídica firmada no incidente de resolução de demandas repetitivas será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região (NCPC, art. 985, I).

entre decisões judiciais, inegável fator de insegurança jurídica[10].

A ideia nuclear é a de que determinada questão de direito, embora controversa em um processo individual, é idêntica à discutida - ou tem potencial para ser discutida - em outros milhares de processos individuais, sendo, pois, uma questão comum a todos os feitos.

É intuitivo que o trâmite individual dessas chamadas demandas de massa é um importante fator de congestionamento do Poder Judiciário, de morosidade na outorga da prestação jurisdicional, de divergências na interpretação do direito e consequente desigualdade perante as decisões judiciais.

Com a novel técnica processual, idealiza-se uma situação em que os múltiplos processos individuais não se movimentam senão quando definida a questão de direito que lhes é comum, de modo que as instâncias ordinárias apliquem o direito à espécie, necessariamente nos termos da tese jurídica firmada pelo tribunal competente[11]. Ainda em uma situação ideal, dada a preferência de julgamento sobre os demais feitos[12], a suspensão dos processos não compromete a tempestividade de entrega da prestação jurisdicional, propiciando mais eficiência na alocação de recursos pessoais e materiais do sistema judiciário.

A definição da tese jurídica, embora não precedida de todas as etapas de discussão a que pode se submeter o processo, pressupõe maior abertura ao contraditório, pois serão ouvidos as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia. Cabe notar, neste sentido, a participação e a legitimidade recursal do *amicus curiae* para impugnar a decisão que julga o incidente (NCPC, art. 138, § 3º)[13].

Essa participação constitui um elemento de democratização da interpretação do Direito,

---

[10] Trata-se, pode-se dizer, "da instauração de uma espécie de *incidente coletivo* dentro de um processo individual. Preserva-se, dentro da multiplicidade genérica, a identidade e a especificidade do particular.[...] A premissa é de que uma parte da *fattispecie* constitutiva dos interesses individuais pode ser definida em uma demanda coletiva" (CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: ***Revista de* Processo.** vol. 147. São Paulo: Ed. RT, ago 2013. pp. 123-146 - p. 128).

[11] Muito provavelmente a última palavra será dada pelo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, como se verá abaixo.

[12] O incidente será julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus (NCPC, art. 980).

[13] Será admitido como amicus curiae a pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada e que teve intervenção admitida pelo juiz ou relator em razão da relevância da matéria, da especificidade do tema objeto da demanda ou da repercussão social da controvérsia. A previsão legal é extremamente importante: "Como o Judiciário tem conferido maior relevância às súmulas de jurisprudência e ao julgamento de causas-piloto, as quais representam a controvérsia paradigma de outras ações com mesma fundamentação jurídica, aparece a figura do *amicus curiae* como sendo uma técnica que permite a manifestação de órgãos ou entidades que venha a demonstrar a sua representatividade e interesse na relevância da matéria" (NETO, Ney Castelo Branco. Primeiras impressões sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Projeto do Novo CPC. In: **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 93 pp. 30-42, jan./fev, 2015, p. 39)

tanto quanto a possibilidade de revisão da tese jurídica pelo mesmo tribunal que a firmou deixa caminho aberto para o desenvolvimento do Direito.

O incidente de resolução de demandas repetitivas objetiva, assim, celeridade e economia processuais, além de estabilidade e igualdade perante as decisões judiciais. O sistema judiciário ganha em previsibilidade e em eficiência.

Embora guarde algumas diferenças, a sistemática de resolução incidental adotada pelo Novo CPC assemelha-se ao procedimento-modelo (*musterverfahren*) do direito alemão e, em menor medida, às Ordens de Litígios em Grupo (GLO) do direito inglês[14].

De outro lado, não se pode dizer que esse mecanismo processual seja um procedimento sem paralelo no direito processual pátrio. Com efeito, vários aspectos do incidente de resolução de demandas repetitivas já se encontram em nosso direito positivo. Os contornos da técnica de cisão de cognição, por exemplo, são encontrados no incidente de reserva de plenário (CF/88, art. 97; CPC, art. 480 e ss) e no incidente de uniformização de jurisprudência no âmbito do tribunal (CPC, art. 476).

Para além disso, no âmbito dos Juizados Especiais Federais, o pedido de uniformização de interpretação de lei federal dirigido ao STJ (Lei 10.259/01, art. 14, § 4º) pode ser percebido como "um típico instrumento processual de tratativa coletiva sem as ficções representativas das ações coletivas"[15]. Nele, é possível a suspensão dos processos que versem sobre a mesma (art. 14, § 5º); a retenção de pedidos de uniformização idênticos (art. 14, § 6º); possibilidade de manifestação dos interessados (art. 14, § 7º); cisão da decisão, com o julgamento da pretensão individual pelo

[14] A exposição de motivos do anteprojeto que deu origem ao projeto de lei do Novo CPC já expressava que o estabelecimento do incidente buscou inspiração no direito alemão (FUX, Luiz. [Presidente da Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal 379/2009] [*et al*]. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Disponível em [http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf] Acesso em 20/01/2015). O procedimento-modelo (*musterverfahren*) constitui experiência inicialmente concebida como temporária e que previa o cabimento de um incidente de resolução coletiva de conflitos de massa no âmbito das controvérsias individuais decorrentes do mercado mobiliário. Inicialmente estabelecido pela Lei de Introdução do Procedimento-Modelo (*KapMuG*), que entrou em vigor em 01/11/2005 para perdurar até 31/10/2012. O instituto foi prorrogado por mais oito anos e teve seu campo de aplicação elastecido, em um primeiro momento, para outros casos relacionados aos mercados de capitais, incluindo ações propostas contra bancos e consultorias de investimento. Atualmente, há na Alemanha três textos legais que preveem o cabimento do *musterverfahren* para a resolução coletiva de conflitos de massa: (a) o § 114a à Lei dos Tribunais Sociais (SGG); (b) o art. 93a do Código da Justiça Administrativa (VwGO); e (c) a nova Lei de Introdução do Procedimento-Modelo para os Investidores em Mercado de Capitais (*KapMuG*). Na Inglaterra, as Ordens de Litígios em Grupo (GLO) configuram uma espécie de incidente de resolução coletiva de conflitos de massa exigido requerimento expresso de cada interessado (sistema *opt-in)*. (CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Mecanismos de resolução de demandas repetitivas no direito estrangeiro: um estudo sobre o procedimento-modelo alemão e as ordens de litígios em grupo inglesas. In: *Revista de Processo*, Ano 39, vol. 238 - dezembro/2014, São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 333-376). Para uma análise aprofundada do procedimento-modelo, veja-se: CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: *Revista de* Processo. vol. 147. São Paulo: Ed. RT, ago 2013. pp. 123-146.

[15] CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: **Revista de Processo**. vol. 147. São Paulo: Ed. RT, ago 2013. pp. 123-146 (p. 128).

juízo de origem (art. 14, § 9º).

1.1. Pressupostos de Cabimento

A decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas é considerada espécie de julgamento de casos repetitivos, assim como os recursos especiais e extraordinários repetitivos (NCPC, art. 928, I e II). Pode-se dizer, neste sentido, que a sistemática de julgamento de casos repetitivos disposta pelo Novo CPC radicaliza os já conhecidos procedimentos de repercussão geral (CPC, art. 543-B) e de representativo de controvérsia (CPC, art. 543-C)[16].

De acordo com o art. 976 do NCPC, é cabível a instauração do incidente quando houver, cumulativamente: a) efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito[17]; b) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (NCPC, art. 976, I e II). Outro pressuposto para a admissão do incidente é o de que nenhum tribunal superior, no âmbito de sua respectiva competência, já tenha afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva (NCPC, art. 976, § 4º).

São legitimados a suscitar o incidente: o juiz ou relator, por ofício, e as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública, por petição. O expediente (ofício ou petição) deverá ser instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos de admissibilidade do incidente (NCPC, art. 977, parag. único).

O requerimento de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas será dirigido ao presidente do Tribunal (NCPC, art. 977, *caput*), o qual determinará sua distribuição para que, nos termos do regimento interno, o órgão colegiado competente para julgá-lo proceda ao juízo de admissibilidade (NCPC, art. 981).

1.2. Suspensão dos processos que versem idêntica questão de direito

Nessa sistemática automaticamente inclusiva, com a admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas, suspende-se não apenas o processo em que suscitado o incidente (NCPC, art. 313), mas todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no

[16] No Novo Código de Processo Civil, a disciplina do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos está disposta na Subseção II, artigo 1.036 e ss.

[17] O julgamento de casos repetitivos, note-se, tem por objeto questão de direito material ou processual (NCPC, art. 928, parag. único).

Estado - em se tratando de Tribunal de Justiça - ou na região - em se tratando de Tribunal Regional Federal - (NCPC, art. 982, I)[18]. Para tanto, a suspensão será comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes (NCPC, art. 982, § 1º), sendo que, durante a suspensão, o pedido de tutela de urgência deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso (NCPC, art. 982, § 2º).

O potencial do novel mecanismo para a garantia da segurança jurídica perante a jurisdição pode-se revelar ainda maior. À exceção do órgão jurisdicional, os sujeitos do processo em que instaurado o incidente podem requerer, ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado (NCPC, art. 982, § 3º)[19].

Mais do que isso. Independentemente dos limites da competência territorial do Tribunal, a parte em qualquer processo em curso no qual se discuta a mesma questão objeto do incidente é legitimada para requerer, ao STF ou STJ, a suspensão universal dos processos que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado (NCPC, art. 982, § 4º).

O incidente de resolução de demandas repetitivas deverá ser julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus* (NCPC, art. 980).

Superado o prazo de 1 (um) ano, cessará a suspensão dos processos (individuais ou coletivos), salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário (NCPC, art. 980, parag. único)[20].

Também cessará a suspensão dos processos se não for interposto recurso especial ou recurso extraordinário contra a decisão proferida no incidente (NCPC, art. 982, § 5º), hipótese em que a tese jurídica será aplicada a todos os processos com idêntico objeto, conforme se verá adiante.

---

[18] Pode-se entender por sistemas automaticamente inclusivos aqueles em que "todos os indivíduos integrantes da comunidade podem ser, em maior ou menor medida, atingidos pelos efeitos e pela vinculatividade do julgado, sem que tenham efetivamente participado do contraditório processual" (CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: **Revista de Processo**. vol. 147. São Paulo: Ed. RT, ago 2013. pp. 123-146 - p. 126).

[19] As partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública podem pleitear a providência de "suspensão universal dos processos" ao STF ou ao STJ, nos termos do art. 982, § 3º, do NCPC. No mesmo sentido, dispõe o art. 1.029, § 4º, do NCPC: "Quando, por ocasião do processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, o presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça receber requerimento de suspensão de processos em que se discuta questão federal constitucional ou infraconstitucional, poderá, considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, estender a suspensão a todo o território nacional, até ulterior decisão do recurso extraordinário ou do recurso especial a ser interposto".

[20] Por essa razão, o julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas não se encontra adstrito à ordem cronológica de conclusão para emissão de acórdão (NCPC, art. 12, III).

1.3. Admissão, instrução e julgamento do incidente no Tribunal

Após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas procederá ao seu juízo de admissibilidade[21], considerando a presença dos pressupostos legais[22]. A inadmissão do incidente não impede que, uma vez satisfeitos os requisitos de admissibilidade, seja ele novamente suscitado (NCPC, art. 976, § 3º).

Admitido o incidente, além de determinar a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, o relator poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, e intimará o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias (NCPC, art. 982, I a III)[23].

Dada a relevância da questão admitida para solução no incidente de resolução de demandas repetitivas, a desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente (NCPC, art. 976, § 1º). Com efeito, em caso de desistência ou abandono, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade - se já não for o requerente (NCPC, art. 976, § 2º).

A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça (NCPC, art. 979)[24].

Nos termos do art. 983 do NCPC, o relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15

---

[21] No âmbito do tribunal, o julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal (NCPC, art. 978). O mais provável é que os incidentes sejam julgados pela Seção competente, pelo regimento interno, para processamento e análise da causa. Em se tratando de demanda previdenciária, por exemplo, e tramitando o processo perante um dos juízos do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a competência será da 3ª Seção deste TRF, competente para o julgamento das causas previdenciárias. Como não poderia deixar de ser, o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente (NCPC, art. 978, parag. único). A prevenção, reconheça-se, é importantíssima para que se resguarde a estabilidade da orientação jurisprudencial.

[22] Uma vez mais: de acordo com o art. 976 do NCPC, é cabível a instauração do incidente quando houver, cumulativamente: a) efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; b) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (NCPC, art. 976, I e II). Além disso, a admissão do incidente pressupõe que nenhum tribunal superior, no âmbito de sua respectiva competência, já tenha afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito repetitiva (NCPC, art. 976, § 4º).

[23] As informações deverão ser prestadas pelos órgãos jurisdicionais no prazo de 15 (quinze) dias (NCPC, art. 982, II).

[24] Para tanto, os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro (NCPC, art. 979, § 1º). Com vistas a possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterá, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados (NCPC, art. 979, § 2º).

(quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida. Em, manifestar-se-á o Ministério Público, também no prazo de 15 (quinze) dias.

Além disso, para instruir o incidente, o relator poderá determinar a realização de audiência pública, com o objetivo de ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria objeto de discussão (NCPC, art. 983, § 1º).

Concluídas as diligências, o relator solicitará dia para o julgamento do incidente, quando os interessados terão oportunidade de sustentar suas razões, além de o autor e o réu do processo originário e também o Ministério Público[25].

1.4 Efeitos do Julgamento

Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região (NCPC, art. 985, I). Importa destacar, neste sentido, que a inobservância da tese adotada no incidente desafia reclamação (NCPC, art. 985, § 1º).

Da mesma forma, a tese jurídica será aplicada aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do Tribunal, salvo se ocorrer a revisão da tese jurídica firmada no incidente (NCPC, art. 985, II), o que pode se dar de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública (NCPC, art. 986).

A elevada eficácia do precedente judicial firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas é inconteste.

Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas (NCPC, art. 332, III)[26].

---

[25] Quanto à sustentação oral, o autor e o réu do processo originário e o Ministério Público terão o prazo de 30 (trinta) minutos. Já os demais interessados dividirão o prazo de 30 (trinta) minutos, embora o prazo possa ser ampliado, considerando-se o número de inscritos. Exige-se que a inscrição se dê com 2 (dois) dias de antecedência (NCPC, art. 984, II e suas alíneas).

[26] Poderá haver a improcedência liminar, nos estritos termos do art. 332 do NCPC, quando o pedido contrariar: "I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. § 1º O

Da mesma forma, incumbe ao relator negar provimento a recurso que for contrário a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas (NCPC, art. 932, IV, c) e, de outra parte, depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas (NCPC, art. 932, IV, c)

Ademais, não está sujeita ao duplo grau de jurisdição, independentemente do valor da condenação ou o do proveito econômico obtido na causa, a sentença fundada em entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas (NCPC, art. 496, § 4º, III).

Sem embargo, a interposição de recurso extraordinário ou especial, cabível contra o julgamento do mérito do incidente, suspenderá os efeitos da decisão que julga o incidente, implicando, portanto, a continuidade da suspensão dos processos (NCPC, art. 987, § 1º).

Por fim, apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito (NCPC, art. 987, § 2º).

2. CONSTITUCIONALIDADE DA ADOÇÃO DA NOVEL TÉCNICA PROCESSUAL NO SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

A sistemática inaugurada pelo Novo Código de Processo Civil, com a previsão do incidente de resolução de demandas repetitivas, consubstancia eficiente ferramenta com vistas a atender os objetivos de celeridade e economia processual, de um lado, e uniformidade das decisões e igualdade na aplicação do direito, de outro lado.

Como visto anteriormente, encontram-se na mira da novel técnica processual múltiplas demandas que apresentam identidade da questão de direito, circunstância demasiadamente comum no âmbito dos Juizados Especiais Federais[27].

---

juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição".

[27] Com efeito, os Juizados Especiais Federais se revelam o *locus* estabelecido constitucionalmente para a solução de demandas de menor complexidade, deduzidas pelos particulares contra a União, suas autarquias, empresas e fundações públicas (CF/88, art. 98, I). Nos termos do art. 3º da Lei 10.259/01, *verbis:* "Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças". O mesmo diploma legal estabelece, porém, algumas demandas que, independentemente do valor da causa, são excluídas da competência dos

Por essa razão, é elevada a tendência de que suposta lesão a direito (uma ilegalidade da Administração Previdenciária, por exemplo) alcance um sem números de pessoas. A suposta ilegalidade estatal, afinal, oferece alto potencial para abrir-se à multiplicidade de demandas com idêntica questão de direito.

Neste contexto, o incidente de resolução de demandas repetitivas, de natureza preventiva, parece afigurar-se técnica que se ajusta perfeitamente aos mais caros ideais do sistema dos Juizados, como o de celeridade, economia processual, acesso à justiça e igualdade na aplicação do direito.

Por outro lado, pode-se descrever uma relativa autonomia do sistema dos Juizados Especiais Federais *vis a vis* a Justiça Federal Comum. Os recursos contra decisões dos juízes de primeiro grau são dirigidos às turmas recursais. De igual modo, é da turma recursal a competência para processamento e análise de mandado de segurança impetrado contra ato de juiz federal, no exercício da jurisdição no âmbito dos Juizados Especiais Federais[28]. Mesmo o mandado de segurança impetrado contra ato de juiz de turma recursal deve ser a ela dirigido. Por fim e não menos importante, a uniformização da interpretação do direito no âmbito dos Juizados Especiais Federais é atribuída a turmas de uniformização, compostas por juízes de primeiro grau (Lei 10.259/01, art. 14).

Essa (relativa) autonomia jurisdicional dos Juizados Especiais abre espaço para disparidade de orientação jurisprudencial. Não raro, sobre idêntica questão de direito, tribunais e turmas de uniformização oferecem soluções discrepantes.

Dentre tantos pontos inovadores apresentados pelo incidente de demandas repetitivas, desperta interesse o elo de uniformidade que pretende conferir entre as orientações judiciais emanadas dos Tribunais e aquelas oferecidas pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais.

Juizados. Sobre o tema, veja-se: BOCHENEK, Antônio César; DALAZOANA, Vinicius. **Competência Cível da Justiça Federal e dos Juizados Especiais Federais**, 2a. ed., Curitiba: Juruá, 2013. p. 165-212.

[28] Assim já dispôs o Supremo Tribunal Federal, de acordo com a sistemática de repercussão geral: "[...] I - As Turmas Recursais são órgãos recursais ordinários de última instância relativamente às decisões dos Juizados Especiais, de forma que os juízes dos Juizados Especiais estão a elas vinculados no que concerne ao reexame de seus julgados. II – Competente a Turma Recursal para processar e julgar recursos contra decisões de primeiro grau, também o é para processar e julgar o mandado de segurança substitutivo de recurso. III – Primazia da simplificação do processo judicial e do princípio da razoável duração do processo. IV - Recurso extraordinário desprovido (RE 586789, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 16/11/2011, DJ 27/02/2012 RTJ) Ainda neste sentido, a título ilustrativo: MS 32627, AgR, Rel. Min. Celso De Mello, Segunda Turma, j. 05/08/2014, DJ 26/08/2014. No âmbito do STJ, a Súmula 376 enuncia: “Compete à turma recursal processar e julgar o mandado de segurança contra ato de juizado especial”.

Com efeito, em sua pretensão de realização dos ideais de economia processual e igualdade na aplicação do direito, a ambição legislativa chega a estabelecer a vinculação das decisões proferidas no sistema dos Juizados Especiais Federais àquelas proferidas pelos Tribunais, alcançadas em incidente de resolução de demandas repetitivas (NCPC, art. 985, I)[29].

Da perspectiva da igualdade perante as decisões judiciais, o novo mecanismo processual se credencia como altamente recomendável.

É questionável, entretanto, a constitucionalidade dessa sistemática que, em última análise, vincula os órgãos jurisdicionais do sistema dos Juizados à tese jurídica firmada, pelo Tribunal, em incidente de resolução de demanda repetitiva[30]. Isso porque as decisões judiciais proferidas no âmbito dos Juizados Especiais somente poderiam ser revistas por juízes de primeiro grau, não havendo vinculação aos tribunais locais e regionais[31].

O argumento não prospera. Veja-se, sobre o tema, os termos em que a Constituição da República autorizou a criação de Juizados Especiais:

> **Art. 98.** A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
>
> **I** - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

---

[29] **NCPC, Art. 985.** "Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região".

[30] Como antes registrado, não constitui objetivo do presente trabalho investigar a legitimidade constitucional do incidente de resolução de demandas repetitivas, senão apenas no ponto específico de seus efeitos no sistema dos Juizados Especiais Federais. As máculas de inconstitucionalidade estariam na violação (i) à independência funcional dos magistrados e à separação funcional dos Poderes, (ii) ao contraditório por ausência de controle judicial da adequação da representatividade, (iii) do direito de ação, por não permitir ao particular prosseguir com sua ação individual (iv) de competência dos Juizados Especiais Federais (ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. In: **Revista de Processo**. vol. 240. São Paulo: Ed. RT, fev 2015. pp. 221-242 - pp. 236-237). Para considerações relativas à inconstitucionalidade e ao caráter autoritário do instituto, veja-se: GONÇALVES, Marcelo Barbi. O incidente de resolução de demandas repetitivas e a magistratura deitada. **Revista de Processo.** vol. 222. São Paulo: Ed. RT, ago. 2013. pp. 222-247; ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*. vol. 208. São Paulo: Ed> RT, jun. 2012.

[31] Neste sentido: "Isto é, os juízes que integram os juizados especiais não estão subordinados (para efeitos jurisdicionais) às decisões dos Tribunais de Justiça dos Estados ou dos Tribunais Regionais Federais. [...] A inconstitucionalidade seria a determinação de que a tese jurídica posta no incidente incidisse em face nos *(sic)* processos que tramitam nos juizados especiais, uma vez que o próprio STF já deliberou, por diversas vezes, que os juizados não estão submetidos aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais" (ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. In: **Revista de Processo**. vol. 240. São Paulo: Ed. RT, fev 2015. pp. 221-242 - pp. 236-237). Na mesma linha de pensamento: "Já restou assentado no RMS 18.433/MA, julgado pela Eg. Quinta Turma, o entendimento de que os Juizados Especiais foram instituídos no pressuposto de que as respectivas causas seriam resolvidas no âmbito de sua jurisdição. Caso assim não fosse, não haveria sentido em sua criação e, menos ainda, na instituição das respectivas Turmas Recursais, pois a estas foi dada a competência de revisar os julgados dos Juizados Especiais, recebam ou não estes julgados o nome de recurso" (REsp 690.553/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, j. 03/03/2005, DJ 25/04/2005, p. 361)

O que se pode depreender do dispositivo acima transcrito é que a possibilidade de que a revisão das decisões judiciais, proferidas no sistema dos Juizados Especiais, se dê por turmas de juízes de primeiro grau, emana de disciplina infraconstitucional, tal como se encontra estabelecida pelas Leis 9.099/95 e 10.259/01. Não é um impositivo constitucional, portanto, que o julgamento de recursos se realize por turmas de juízes de primeiro grau[32].

As decisões dos juízes do sistema dos Juizados Especiais, de modo geral, não se encontram sujeitas à revisão do Tribunal a que vinculados administrativamente. Mas, isso não deve ser compreendido em termos absolutos.

Com efeito, a atual orientação do STF é no sentido de que é do Tribunal a competência para julgar *habeas corpus* contra juiz do sistema dos Juizados[33]. Da mesma forma, vislumbra-se o entendimento de que é do Tribunal a competência para julgar mandado de segurança impetrado contra juiz de turma recursal, quando o tema diz respeito à própria competência dos Juizados[34].

É importante perceber, por outro lado, que a autonomia jurisdicional do sistema dos Juizados Especiais Federais não foi pensada para se privar o tribunal do exame das causas cíveis de menor complexidade, mas para desonerá-lo da sobrecarga gerada por esta natureza de demanda[35].

Em suma, como o julgamento de recursos por turma de juízes de primeiro grau constitui mais uma permissão constitucional concretizada pelo legislador ordinário do que uma condição de validade do sistema recursal, inexiste qualquer mácula de inconstitucionalidade na sistemática de

---

[32] De modo distinto, pode-se inferir da norma em referência que nos Juizados Especiais Federais são permitidos a transação e os recursos previstos em lei, sendo que estes últimos, se previstos pelo legislador, serão decididos por juízes de primeiro grau.

[33] Confira-se: "COMPETÊNCIA - HABEAS CORPUS - DEFINIÇÃO. A competência para o julgamento do *habeas corpus* é definida pelos envolvidos - paciente e impetrante. COMPETÊNCIA - HABEAS CORPUS - ATO DE TURMA RECURSAL. Estando os integrantes das turmas recursais dos juizados especiais submetidos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, à jurisdição do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal, incumbe a cada qual, conforme o caso, julgar os habeas impetrados contra ato que tenham praticado. COMPETÊNCIA - HABEAS CORPUS - LIMINAR. Uma vez ocorrida a declinação da competência, cumpre preservar o quadro decisório decorrente do deferimento de medida acauteladora, ficando a manutenção, ou não, a critério do órgão competente" (HC 86834, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 23/08/2006, DJ 09/03/2007).

[34] Neste sentido: "O julgamento do Mandado de Segurança, versando sobre competência, contra decisão de Turma Recursal dos Juizados Especiais é do TRF" (TRF4 5019125-94.2012.404.0000, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Luís Alberto D'azevedo Aurvalle, juntado aos autos em 22/05/2013).

[35] Como já tivemos ocasião de sustentar: Os Juizados Especiais seriam, neste sentido, o produto de tensão existente entre os interesses de ampliação do acesso à Justiça e de desafogamento da máquina judiciária. Com eles, ao mesmo tempo em que se tem decisivamente assegurado o acesso ao Poder Judiciário para solução de "*causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo*" (CF/88, art. 98, I), não se oferece qualquer repercussão no âmbito dos tribunais, em termos de recursos. Há, assim, o propósito em resolver tais causas no primeiro grau, mesmo porque a previsão constitucional é a de que o julgamento de recursos se realize por "*turmas de juízes de primeiro grau*" (CF/88, art. 98, I) (XAVIER, Flavia. SAVARIS, José Antonio. *Manual dos Recursos nos Juizados Especiais Federais*. 4a ed. Curitiba: Juruá, 2013. p.>>) É preciso reconhecer que o texto sugere laborar interpretação constitucional de exclusão, dos tribunais, da dinâmica de revisão das decisões dos Juizados Especiais. Definitivamente, porém, a argumentação era orientada mais a sustentar o papel institucional dos Juizados na engrenagem do sistema judiciário do que externar posição sobre a necessidade de que as decisões dos Juizados devessem ser, por determinação constitucional, objeto de revisão exclusivamente por juízes de primeiro grau.

resolução incidental de demandas repetitivas, na perspectiva da autonomia do sistema dos Juizados Especiais.

Isso significa dizer que, nos termos da legislação regente, a autonomia dos Juizados Especiais Federais, quanto ao mérito de suas decisões, restringe-se à análise das questões de fato, as quais são insuscetíveis de reexame mediante incidentes de uniformização ou recursos extraordinários. Nessa linha de orientação, o incidente de resolução de demandas repetitivas constitui um instrumento para maior eficiência do sistema recursal, mediante a criação de mais uma arena uniformizadora, o que demandará, malgrado, realinhamento institucional.

Ademais, por exigência de racionalidade do sistema recursal globalmente considerado (Juizados Especiais e Justiça Comum), a Lei 10.259/01 já prevê, quanto aos processos que tramitam perante os Juizados Especiais Federais, que a última palavra sobre a interpretação de lei federal é do STJ (art. 14, § 4º), tanto quanto a defesa última da Constituição é competência do STF.

Formulando seu pensamento na perspectiva do direito de igualdade perante as decisões judiciais e de sua racionalidade, como pressuposto de legitimidade democrática do Poder Judiciário, Marinoni pondera:

> Vendo-se a decisão como fruto do sistema judicial e não como mera prestação atribuída a um juiz – singularmente considerado –, torna-se inevitável constatar que a racionalidade da decisão está ancorada no sistema, e não apenas no discurso do juiz que a proferiu. Assim, por exemplo, não há racionalidade na decisão ordinária que atribui à lei federal interpretação distinta da que lhe foi dada pelo órgão jurisdicional incumbido pela Constituição Federal de uniformizar tal interpretação, zelando pela unidade do direito federal.
>
> [...]
>
> Assim, é evidente que a jurisdição não encontra legitimação ao oferecer decisões diversas para casos iguais ou ao gerar decisão distinta da que foi formada no tribunal competente para a definição do sentido e do significado das normas constitucionais e dos direitos fundamentais. Na verdade, é pouco mais do que absurdo pensar que o Poder Judiciário, caracterizado por um déficit de legitimidade democrática em relação ao Legislativo, possa ter várias concepções acerca de um mesmo direito fundamental, para em um momento admitir e em outro negar a constitucionalidade do produto da Casa habitada pelos representantes eleitos pela maioria[36].

A adoção consequente das razões de criação do instituto de resolução de demandas repetitivas não poderia excluir os processos - que versam sobre idêntica questão de direito - que tramitam nos Juizados Especiais. O novel mecanismo processual ficaria a meio caminho, tendo

[36] MARINONI, Luiz Guilherme. Não há igualdade perante o direito sem respeito aos precedentes. In: SAVARIS, José Antonio. STAFFEN, Márcio Ricardo. BODNAR, Zenildo. **Juizados Especiais Federais**: contributos para releitura. Volume 1. Itajaí : UNIVALI, 2014. pp. 8-31 (pp. 11-13).

minada sua potencialidade. Em nome de uma pretensa autonomia do sistema dos Juizados Especiais - a rigor, inexistente, como visto acima -, faleceria ao instituto sua razão de ser.

Nada obstante, pode-se sustentar, de outra perspectiva, que a legislação especial afastaria a sistemática prevista na lei processual civil geral, a qual tem apenas tem aplicação subsidiária, na medida em que não contrarie norma específica ou princípios dos Juizados Especiais.

A Lei 10.259/01 estabelece que, na hipótese de divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais, a uniformização da interpretação de lei federal será de competência de turmas de uniformização, compostas por juízes de primeiro grau (Lei 10.259/01, art. 14, §§ 1º e 2º).

Indaga-se, pois: Seria ainda aplicável a sistemática de resolução incidental de demandas repetitivas, prevista no Novo CPC, diante da disciplina de uniformização de interpretação estabelecida pela Lei 10.259/01, especificamente voltada para o sistema dos Juizados Especiais Federais?

A resposta é afirmativa. A norma que prevê a aplicação da tese jurídica firmada em incidente também aos processos que tramitam nos Juizados Especiais (NCPC, art. 985, I) não consubstancia regra geral de processo, pensada para a Justiça Comum, para que tivesse condicionada a sua aplicabilidade aos Juizados Especiais à inexistência de norma particular em sentido contrário. Trata-se, antes, de norma especial, expressa e especificamente destinada a disciplinar o processo no âmbito dos Juizados Especiais.

3. NOVA ARENA DE UNIFORMIZAÇÃO PARA OS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

Como sustentamos acima, a sistemática de resolução incidental de demandas repetitivas é aplicável aos processos dos Juizados Especiais, agregando novas regras à sua estrutura recursal.

Como consequência disso, a racionalidade do sistema recursal dos Juizados Especiais passa a ser também orientada pelos incidentes de resolução de demandas repetitivas[37].

Com a vigência do Novo CPC[38], os órgãos jurisdicionais abrangidos pela área de jurisdição de determinado Tribunal Regional Federal, mesmo do sistema dos Juizados Especiais, deverão

[37] Sem embargo, novas normas deverão ser expedidas pelo Conselho da Justiça Federal e pelos tribunais, com vistas a melhor ajustar a nova ferramenta às peculiaridades do sistema recursal dos Juizados Especiais Federais.
[38] O Novo CPC (Lei 13.105/2015) entrará em vigor em 17/03/2016, um ano após sua publicação (art. 1.045).

aplicar a tese firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas. Isso significa dizer que não apenas os juízes de primeira instância, mas igualmente as turmas recursais e turma regional de uniformização deverão aplicar a tese firmada, mesmo porque, "Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação" (NCPC, art. Art. 985, § 1º).

Sem embargo, não será obrigatoriamente aplicada pela Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais a tese firmada por determinado Tribunal Regional Federal, visto que, nos estritos termos do art. 985, I, do NCPC, a tese deve ser aplicada aos processos que tramitam nos Juizados Especiais da respectiva região. Com efeito, se o processo se encontrar pendente de análise pela TNU, ainda que ele tenha originariamente tramitado nos Juizados Especiais de região cujo Tribunal firmou tese jurídica em incidente de resolução, estará livre a Turma Nacional para uniformizar a interpretação, salvo superveniência de disciplina específica no sentido contrário[39].

De todo modo, é importante recuperar o espírito da reforma para, desta perspectiva, compreender o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Ora, são pressupostos de admissibilidade do incidente de resolução, como anteriormente visto, a "efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito" e o "risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica" (NCPC, art. 976, II).

É plausível compreender-se, portanto, que em se tratando de questão relacionada a interesse da União, suas autarquias, empresas e fundações públicas, será improvável que a admissão do incidente por determinado TRF não seja seguida de requerimento - ao STF ou ao STJ - , por qualquer dos legitimados (NCPC, art. 977, II e III), para que seja adotada a providência de suspensão dos processos em todo território nacional (NCPC, art. 982, § 3º, e art. 1.029, § 4º). A identidade de questão de direito fatalmente se dará em processos distribuídos em todo país.

Também em face da importância da causa, é improvável que a última palavra sobre os incidentes de resolução de controvérsia no âmbito da Justiça Federal repouse sobre determinado Tribunal Regional Federal. Seria mesmo surreal a não interposição de recurso extraordinário ou especial pela parte vencida ou por qualquer dos sujeitos legitimados.

[39] Nesse caso específico, note-se, não caberia reclamação ao Tribunal, porque a Turma Recursal, em última análise, pode ter aplicado a tese jurídica por ele firmada no incidente de resolução de demandas repetitivas. No entanto, em função de disciplina contida na Lei 10.259/01, está obrigada a readequar sua decisão aos termos decididos pela TNU, órgão responsável pela uniformização da interpretação da lei federal, em questão de direito material, no sistema dos Juizados Especiais Federais.

Ora, a interposição de qualquer dos recursos extraordinários implicará a suspensão da decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal[40] e, caso ainda não tenha ocorrido (NCPC, art. 982, § 3º, e art. 1.029, § 4º), levará consigo a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado.

O que se tem, portanto, diante da novel sistemática de resolução incidental de demandas repetitivas, é que as turmas de uniformização terão ainda mais reduzido o seu papel de definição da interpretação de lei em questão de direito material, acentuando-se tendência inaugurada com a adoção do sistema dos recursos repetitivos (repercussão geral e representativo de controvérsias)[41].

4. EFICÁCIA DO NOVO MECANISMO PARA REDUÇÃO DE DEMANDAS PREVIDENCIÁRIAS

Nada obstante a importância da questão levantada na seção precedente, a problemática fundamental não reside no ajustamento das instâncias de uniformização ao papel que lhes é confiado pela novel estrutura recursal.

Destacadamente em matéria previdenciária, são dois os desafios que ainda se impõem aos objetivos de razoável duração do processo e de redução da movimentação processual no Poder Judiciário Federal.

4.1. A problemática do tempo para o julgamento do incidente

O primeiro desafio relaciona-se com o tempo a ser demandado para a definição, em última instância, dos incidentes de resolução de demandas repetitivas. É preciso lembrar que o tempo gera consequências especialmente nefastas àqueles que buscam, em juízo, a outorga da proteção previdenciária.

A ideia que deve presidir o processo judicial previdenciário é a de que os carentes não podem esperar. A urgência no recebimento dos valores correspondentes a um benefício

[40] É que "O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida" (NCPC, art. 987, § 1º).

[41] O que, de resto, não é um privilégio das turmas de uniformização. Desde a vigência dos mecanismos de julgamento de casos repetitivos (sistemática de repercussão geral, prevista no art. 543-B do CPC, e sistemática de representativo de controvérsia, encontrada no art. 543-C do CPC), diminui-se também o espaço dos tribunais para interpretação de questões de direito, em face do necessário alinhamento à jurisprudência definida pelos Tribunais Superiores.

previdenciário se presume pela própria natureza (alimentar) e finalidade desse benefício, qual seja, a de prover – de modo eficiente e imediato – recursos para suprimento das necessidades elementares da pessoa. O problema não se verifica apenas na – *de per se* – danosa situação de incerteza jurídica pela demora na resposta estatal (administrativa ou judicial). A questão crucial aqui diz respeito à irreversível privação de bem-estar que se agrava com o passar do tempo[42].

Neste sentido, a atuação dos arranjos institucionais deve ser eficiente, de modo a realizar o programa social de modo tão célere quanto possível, administrativamente ou em juízo. Essa é uma condição inafastável para se minimizar o sofrimento da pessoa que, necessitando e fazendo jus a uma prestação previdenciária, encontra-se destituída de recursos materiais para prover sua subsistência de modo digno[43].

Por essa razão, um dos problemas que não pode ser subestimado é a demora para o julgamento dos incidentes de resolução de demandas repetitivas[44]. Por força da suspensão disposta por lei, os processos somente terão curso normal para adjudicação após a afirmação da tese jurídica. Eventualmente, o julgamento do feito demandará instrução probatória.

Isso nos leva a questionar a efetividade do incidente na perspectiva do direito à razoável duração do processo - considerando qual o tempo razoável para a outorga da prestação jurisdicional particularmente em tema previdenciário.

É preciso pensar a necessidade de, em determinados casos (idade avançada do sujeito, estado de incapacidade laboral prolongado etc), adotar-se medidas de instrução de forma antecipada, como garantia de efetividade processual. O julgamento do processo, em casos tais, passaria a depender apenas da tese jurídica a ser aplicada. Tais diligências, em nosso entender, não podem ser consideradas como violação à determinação legal de suspensão, uma vez que não se coloca em questão a possibilidade de desvinculação do juiz à premissa jurídica a ser firmada no incidente. A ideia de congelamento dos processos, com seu represamento em idênticas fases,

---

[42] SAVARIS, José Antonio. **Direito Processual Previdenciário**. 5a Ed: Curitiba, Alteridade, 2014. p. 409.

[43] SAVARIS, José Antonio. **Direito Processual Previdenciário**...p. 113.

[44] Na mesma linha de observação: "[...] a demora excessiva para o julgamento dos recursos representativos de controvérsia ou com repercussão geral declarada, com o consequente sobrestamento dos recursos nos Tribunais de segunda instância, poderá representar uma inversão à lógica que guiou a reforma, configurando-se mais um obstáculo para a efetivação e a celeridade da tutela jurisdicional, impedindo a realização do almejado processo justo". SOARES, Jair. Justiça, igualdade e direito à razoável duração do processo: o sobrestamento dos recursos nos juizados especiais federais. In: In: SAVARIS, José Antonio. STAFFEN, Márcio Ricardo. BODNAR, Zenildo. **Juizados Especiais Federais**: contributos para releitura. Volume 1. Itajaí: UNIVALI, 2014. pp. 32-49 (p. 46).

pode ter um custo muito elevado para a administração da justiça[45].

É certo que a novel legislação estabeleceu prazo de um ano para julgamento do incidente (NCPC, art. 980), mas não se pode assegurar que tal prazo será cumprido pelo tribunal. E se o prazo não é cumprido, cessa-se a suspensão dos processos (NCPC, art. 980, parag. único). Mas, se eventualmente outro tribunal admitir incidente de resolução sobre a mesma questão de direito, será possível nova suspensão do processo, pela extensão prevista no art. 982, § 3º, do CPC. Firmada a tese jurídica pelo tribunal, prossegue-se o procedimento de solução do incidente com eventual interposição de recursos para o STF ou para o STJ.

Para que se alcancem os louváveis desideratos do polêmico mecanismo incidental, será necessária, portanto, uma eficiente gestão processual dos casos repetitivos nos tribunais e, para o que nos interesse ainda mais de perto, um olhar atento às necessidades particulares encontradas nos processos previdenciários.

4.2. A problemática da postura da Administração Pública Previdenciária

Também a postura da Administração Previdenciária se afigura como desafio à realização do direito à razoável duração do processo e à consecução do objetivo de redução do fluxo de demandas no Poder Judiciário Federal.

Em relação ao modo de ser da Administração Pública Previdenciária, a eficácia do incidente de resolução necessariamente tem de encarar seus limites. Esse modo de ser, um tanto autoritário, um tanto hermético, um tanto com as costas voltadas à cidadania, um tanto resistindo alinhar-se à jurisprudência e um tanto vivendo para suas próprias metas, não nos permite imaginar um tranquilo horizonte para a jurisdição previdenciária.

Em primeiro lugar, porque o instituto não pode e nem poderia captar importante foco de litigiosidade: a forma deficiente de como é prestado o serviço público previdenciário, como que a

[45] A título ilustrativo, conceba-se a suspensão de todos os processos previdenciários que versem sobre o tema relativo à possibilidade de utilização de documento em nome de outro componente do grupo familiar, para a comprovação do tempo de serviço rural, para fins de concessão de aposentadoria por idade rural, no valor de um salário mínimo. Se em determinada unidade jurisdicional são realizadas 20 audiências semanais em processos que versem idêntica questão de direito, a suspensão processual prolongada poderá trazer o inconveniente de uma relativa ociosidade judiciária por determinado tempo, seguida de uma excessiva sobrecarga de trabalho, alongando-se em demasia a pauta de audiências após o julgamento definitivo do incidente. Parece-me importante, por essa razão, cogitar-se a possibilidade de realização de atos de instrução até mesmo para se permitir a concessão da tutela de urgência de que trata o art. 982, § 2º, do NCPC.

transferir parte de suas atribuições institucionais ao Judiciário[46].

Talvez não exista relação jurídica em que se encontre tão ostensiva assimetria informacional como na relação jurídica de Previdência Social[47]. É imperativo da moralidade, legalidade e eficiência que o processo administrativo se desenvolva mediante participação ativa da Administração Pública (CF/88, art. 37, *caput*)[48]. Mas, é justamente a omissão administrativa - na prestação de informações e na instrução processual - que faz precipitar milhares de demandas previdenciárias, sem que guardem qualquer controvérsia quanto à questão de direito[49].

Segue daí a necessidade da adoção de uma política séria de diminuição de litígios previdenciários, a qual pressupõe a valorização do processo administrativo e o respeito aos valores da cidadania. Nada pode o incidente de resolução de demandas repetitivas contra muitas das ilegalidades fontes ou ilegalidades estruturais, anteriormente mencionadas. Nada pode o

---

[46] Nessa mesma perspectiva, Lazzari argumenta que "o grande desafio na atual conjuntura é diminuir a imprescindibilidade do ingresso em juízo para a solução dos conflitos gerados em grande parte pelo péssimo serviço prestado pelos entes públicos, principalmente o INSS, que é o maior litigante dos JEFs". (LAZZARI, João Batista. **Juizados Especiais Federais**: uma análise crítico-propositiva para maior Efetividade no Acesso à Justiça e para a obtenção de um Processo Justo. Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, SC. 2014. p. 133). Não se pretende afirmar que esta constitui a única causa do aumento das demandas judiciais. Estariam aqui, como concausas, a criação dos Juizados e da gratuidade processual, o não esgotamento da instância administrativa para ajuizar ações, a oscilação e a demora na formação de precedentes no Judiciário e a mídia como veiculadora de teses jurídicas (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (FGV). *Diagnóstico sobre as causas de aumento das demandas judiciais cíveis, mapeamento das demandas repetitivas e propositura de soluções pré-processuais, processuais e gerenciais à morosidade da justiça*: relatório de pesquisa. São Paulo: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, 2010, 202 p. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_fgv_edital1_2009.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2015).

[47] Os beneficiários da Previdência Social são presumivelmente carentes, presumivelmente desconhecedores de seus direitos e, por consequência, de como fazer valer os seus direitos. O órgão gestor da Previdência Social, Estado no sentido amplo, detém o domínio de todas as informações.

[48] Essa é a essência do serviço social, prestação previdenciária prevista no art. 88 da Lei 8.213/91. Não é sem razão que o Enunciado 5 do Conselho de Recursos da Previdência Social – CRPS dispõe que "A Previdência Social deve conceder o melhor benefício a que o segurado fizer jus, cabendo ao servidor orientá-lo nesse sentido".

[49] Para ficar em alguns poucos exemplos da ineficiência que, em milhares de casos, torna ilusória a tutela administrativa e faz precipitar demandas judiciais que não precisariam existir, pode-se citar que a Administração Previdenciária: 1) Indefere de plano requerimento de pensão por morte de segurado ao argumento da ausência de qualidade de segurado fundando-se exclusivamente em dados constantes do CNIS – Cadastro Nacional de Informações Sociais, como que orientada pela máxima de que "o que não está no CNIS não está no mundo". Ora, o servidor público previdenciário deve indagar aos beneficiários a respeito de elementares, mas cruciais circunstâncias (frequentemente deduzidas posteriormente em uma demanda judicial): a cessação das contribuições se deu em razão de o segurado estar incapacitado para o trabalho? Porque estava exercendo atividade remunerada de modo informal? 2) Indefere aposentadoria por tempo de contribuição ou mesmo concede este benefício, mas sem indagar ao segurado sobre a ocorrência de circunstâncias que lhe são favoráveis e que poderiam lhe proporcionar, no primeiro caso, a concessão do benefício e, no segundo, a concessão de benefício mais vantajoso, tais como: a) se houve exercício de atividade rural em tempo anterior à edição da Lei 8.213/91, esclarecendo-lhe os efeitos positivos de eventuais fatos; b) se houve exercício de atividade sem registro de carteira, dando-lhe conhecer que tal circunstância não lhe trará qualquer penalidade, ao contrário; c) se houve exercício de atividade que lhe causasse prejuízo à saúde (para fins de verificação de eventual direito a tempo especial e concessão de aposentadoria especial). 3) Indefere requerimento de benefício previdenciário sem propiciar real espaço para comprovação de circunstâncias fáticas que lhe seriam favoráveis, como a produção de prova pessoal (justificação administrativa, art. 108 da Lei 8.213/91). 4) Não instrui o segurado acerca de quais documentos podem suprir a exigência de início de prova material (Lei 8.213/91, art. 55). 5) Concede benefício assistencial sem buscar instruir processo com elementos que poderiam levar à concessão de benefício mais vantajoso. 6) Indefere verbalmente ou deixa de protocolar requerimento administrativo por entender impertinente.

incidente contra a administração paralela ou contra a um sistema administrativo paralelo[50].

Não bastasse, consoante identifica Brum Vaz,

> A construção antidemocrática dos paradigmas da atuação administrativa, fundada na escassez do diálogo, reflete-se na performance judicial do Poder Público. A panaceia da indisponibilidade do interesse público impede a abertura democrática para a edificação de ações participativas e colaborativas, pressuposto para a consensualidade[51].

Sem embargo, o novel instituto processual deve gerar um novo modo de ser dos agentes públicos, no que diz respeito a um mais célere alinhamento das orientações administrativas à jurisprudência predominante das instâncias extraordinárias, de maneira a superar-se a práxis de recalcitrância a teses já consagradas pela jurisprudência[52].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O panorama atual demonstra que uma importante causa de litigiosidade nos Juizados Especiais Federais encontra-se no modo de ser administrativo (*causalitas secundum esse)* que se manifesta, de um lado, pela forma deficiente com que é prestado o serviço público previdenciário e, de outro lado, pela existência de orientações internas que se mostram alheias à orientação jurisprudencial.

A causa subjacente ao modo de ser administrativo-previdenciário, em suas duas manifestações, é de natureza político-ideológico-econômica.

A exigência de austeridade econômica é eloquente e seu discurso aponta para a ameaça de nosso futuro. Salvam-se, em tese, os recursos públicos, e não se salvam as vidas. Os direitos

---

[50] Sistema administrativo paralelo, na intelecção de Gordillo, decorre da constatação da existência de um complexo normativo que orienta o procedimento administrativo que, mesmo produzido com o melhor critério jurídico, não se cumpre eficazmente senão naquilo que tem de limitação para o particular e de atribuição de poderes para a Administração Pública (GORDILLO, Augustín A. **La administración paralela**. Madrid: Civitas, 1982).

[51] VAZ, Paulo Afonso Brum. Princípio da consensualidade: nuances de sua prática nos Juizados Especiais Federais. In: SAVARIS, José Antonio. STAFFEN, Márcio Ricardo. BODNAR, Zenildo. **Juizados Especiais Federais**: contributos para releitura. Volume 2. Itajaí: UNIVALI, 2014. pp. 106-132 (p. 123).

[52] Cite-se como exemplos de recalcitrância administrativa à jurisprudência dominante, a desconsideração de que: a) O período de carência para concessão de aposentadoria por idade urbana é medida sempre pelo ano do cumprimento do requisito etário; b) Que circunstâncias como dependência econômica ou união estável podem ser demonstradas por qualquer meio de prova, pois a exigência de prova material relaciona-se exclusivamente à circunstância tempo de contribuição; c) Que a condição de desemprego pode ser comprovada por qualquer elemento de prova e não apenas pela declaração referida pelo art. 15, parágrafo segundo, da Lei 8.213/91; d) Que a mulher divorciada que dispensa alimentos conserva seus direitos se comprovar necessidade econômica após a separação e antes do óbito; e) O direito da gestante em receber o salário-maternidade ainda que tenha sido demitida na condição de gestante; f) O direito à concessão de aposentadoria por invalidez reconhecendo-se as condições sociais do segurado, e não apenas levando em conta a perspectiva médico-biológica. g) A possibilidade de exclusão do cômputo da renda mensal para concessão de LOAS o benefício previdenciário de um salário-mínimo recebido por idoso e o benefício assistencial recebido pela pessoa com deficiência, por absoluta imposição do postulado da igualdade.

custam. Eis o ponto crucial, insista-se, em uma ambiência de maximização de ganhos privados e de contenção de despesas públicas, para a maximização de ganhos privados. Os direitos custam e, por isso, multiplicam-se os conflitos.

Amplia-se o acesso à justiça. Estrutura-se o Poder Judiciário. Mas, direitos custam e multiplicam-se os conflitos. Seguem sendo insuficientes os recursos materiais e pessoais do Poder Judiciário, destacadamente em face das ilegalidades estruturais. Máquina judiciária congestionada. Deficiência do Poder Judiciário? Em parte. Deficiência de nosso sistema processual? Em parte.

Cria-se o incidente de resolução de demandas repetitivas. Um mecanismo processual que, da perspectiva da administração da justiça e do gerenciamento do acervo processual, revela-se com potencialidade para emprestar racionalidade e eficiência ao sistema judiciário. Uma técnica processual que, da perspectiva dos direitos, revela-se com aptidão para realização dos direitos de razoável duração do processo e de igualdade perante as decisões judiciais.

Sem embargo, trata-se de uma técnica vinculante que oferece inédito grau de poder à cúpula do Poder Judiciário que, de modo preventivo e para todos, dirá ela o Direito. Quanto ao Direito que será dito, o tempo que levará para ser dito e a forma como será dito, dada à automaticidade do efeito multiplicador de uma decisão, não seria pessimismo científico antecipar preocupações com o corte consequencialista-economicista das decisões da Suprema Corte em matéria previdenciária[53]. Os direitos custam, multiplicam-se os conflitos e acesso à justiça não significa, em concreto, acesso a decisões constitucionalmente adequadas.

Neste sentido, embora não sem importantes desafios a superar, o incidente de resolução de demandas repetitivas, com alguns ajustes que a práxis evidenciará como necessários, podem constituir importante instrumento para a racionalidade e eficiência das atividades judiciárias no sistema dos Juizados Especiais Federais Previdenciários.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. In: **Revista de Processo**. vol. 240. São Paulo: Ed. RT, fev 2015. pp. 221-242.

[53] Sobre o tema, veja-se: SAVARIS, José Antonio. *Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social*: contributo para a superação da prática utilitarista. Florianópolis: Conceito, 2011.

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Trotta, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. G**lobalização**: as consequências humanas, Tradução: Marcus Penchel. Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro. 1999.

BOCHENEK, Antônio César; DALAZOANA, Vinicius. **Competência Cível da Justiça Federal e dos Juizados Especiais Federais**, 2a. ed., Curitiba: Juruá, 2013. p. 165-212.

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: **Revista de Processo**. vol. 147. São Paulo: Ed. RT, ago 2013. pp. 123-146.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Mecanismos de resolução de demandas repetitivas no direito estrangeiro: um estudo sobre o procedimento-modelo alemão e as ordens de litígios em grupo inglesas. In: **Revista de Processo**, Ano 39, vol. 238 - dezembro/2014, São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 333-376.

CORTÉS, Luder Enrique Jerez. Globalización, ética y Derechos Humanos. Propuesta para afrontarlos desde la Universidad. In: HERNÁNDEZ, Carlos Arturo. **Globalización y derecho**, Bogotá : Universidad Libre, 2010. (pp. 65-77)

FREITAS JR, Antonio Rodrigues de. Cultura de justiça e limites da mediação para a difusão da cultura da paz, p. 509-532 (p. 518). In: SALLES, Carlos Alberto de (coord.). **As grandes transformações do processo civil brasileiro**. Homenagem ao professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (FGV). **Diagnóstico sobre as causas de aumento das demandas judiciais cíveis, mapeamento das demandas repetitivas e propositura de soluções pré-processuais, processuais e gerenciais à morosidade da justiça**: relatório de pesquisa. São Paulo: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, 2010, 202 p. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_fgv_edital1_2009. pdf>. Acesso em: 13 jan. 2015

FUX, Luiz. [Presidente da Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal 379/2009] [et al]. **Anteprojeto do novo Código de Processo Civil.** Disponível em [http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf] Acesso em 20/01/2015)

GONÇALVES, Marcelo Barbi. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e a magistratura deitada. Revista de Processo**. vol. 222. São Paulo: Ed. RT, ago 2013. pp. 222-247.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights**: why liberty depends on taxes. New York: Norton, 2000.

LAZZARI, João Batista. **Juizados Especiais Federais**: uma análise crítico-propositiva para maior Efetividade no Acesso à Justiça e para a obtenção de um Processo Justo. Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, SC. 2014

MARINONI, Luiz Guilherme. Não há igualdade perante o direito sem respeito aos precedentes. In:

SAVARIS, José Antonio. STAFFEN, Márcio Ricardo. BODNAR, Zenildo. **Juizados Especiais Federais**: contributos para releitura. Volume 1. Itajaí : UNIVALI, 2014. pp. 8-31.

NETO, Ney Castelo Branco. Primeiras impressões sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Projeto do Novo CPC. In: **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 93 pp. 30-42, jan./fev, 2015.

SAVARIS, José Antonio. **Direito Processual Previdenciário**. 5a Ed: Curitiba, Alteridade, 2014.

_____. **Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social:** contributo para a superação da prática utilitarista. Florianópolis: Conceito, 2011.

SOARES, Jair. Justiça, igualdade e direito à razoável duração do processo: o sobrestamento dos recursos nos juizados especiais federais. In: SAVARIS, José Antonio. STAFFEN, Márcio Ricardo. BODNAR, Zenildo. **Juizados Especiais Federais**: contributos para releitura. Volume 1. Itajaí: UNIVALI, 2014. pp. 32-49

XAVIER, Flavia. SAVARIS, José Antonio. **Manual dos Recursos nos Juizados Especiais Federais**. 4a ed. Curitiba: Juruá, 2013.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Princípio da consensualidade: nuances de sua prática nos Juizados Especiais Federais. In: SAVARIS, José Antonio. STAFFEN, Márcio Ricardo. BODNAR, Zenildo. **Juizados Especiais Federais**: contributos para releitura. Volume 2. Itajaí: UNIVALI, 2014. pp. 106-132.

CONCESSÃO E ARRENDAMENTO NA NOVA LEI DOS PORTOS

Osvaldo Agripino de Castro Junior[1]

INTRODUÇÃO

A Reforma Portuária criada com a edição da Lei n. 12.815/2013 e do Decreto n. 8.033/2013 trouxe algumas mudanças nos contratos de concessões e arrendamentos.

Vale destacar que com o objetivo de melhor regular o interesse público[2] na atividade portuária, o legislador criou a figura do arrendamento portuário, que tem suscitado controvérsias acerca da sua natureza jurídica. Trata-se, na perspectiva do investidor, do mais importante contrato portuário.

Ademais, a Lei n. 12.815/2013 e o Dec. n. 8.033/2013 alteraram a feição do arrendamento portuário, pois se constitui em um instituto que vai além do uso eficiente do bem público arrendado.

Além disso, a fim de proporcionar maior segurança e eficiência à licitação no setor portuário, o Decreto n. 8.033/2013 trouxe um regime específico para o procedimento, desde o edital.

Assim sendo, este artigo tratará, de forma introdutória, do arrendamento, da concessão portuária, assim como das principais temáticas que envolvem esses institutos, incluindo as competências.

1. ARRENDAMENTO PORTUÁRIO E CONCESSÃO PORTUÁRIA

O arrendamento portuário é um instituto que foi aperfeiçoado na Lei nº. 12.815/2013, e que possui as mesmas cláusulas essenciais da concessão de serviço público portuário (art. 6º), de modo que merece abordagem visando a sua eficácia. Para Giovanna Mayer:

---

[1] Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da Univali, Advogado (Sócio J Haroldo & Agripino Consultoria Jurídica). Oficial de Náutica da Marinha Mercante, Mestre em Direito Constitucional (PUC/RJ), Doutor em Direito e Relações Internacionais (CPGD-UFSC), *Visiting Scholar* na *Stanford Law School* (2000) e Pós-Doutor em Regulação de Transportes e Portos comparada pelo *Center for Business and Government* da *Harvard University.*

[2] Ressalte-se que o interesse público nem sempre coincide com o interesse da sociedade.

> O arrendamento de instalações portuárias é previsto pela Lei nº. 12.815/2013 como forma de intensificar a eficiência do aproveitamento da infraestrutura, com a utilização dos terrenos ociosos existentes na Área do Porto Organizado. Como mencionado acima, os portos são explorados diretamente ou mediante concessão ou autorização.[...] As áreas não utilizadas pelo concessionário principal podem ser exploradas mediante arrendamento. Esse é o título que autoriza o uso do bem público.[3]

1.1. Natureza Jurídica

A natureza jurídica do arrendamento portuário tem suscitado controvérsias. Nesse quadro, mencionar a doutrina no marco regulatório da Lei dos Portos revogada (Lei n. 8.630/1993) é relevante. A mesma se divide, segundo Marques Neto e Barbalho Leite, da seguinte forma:

> [...] Além daqueles que sustentam tratar-se de concessão de serviço público, outros afirmam que o arrendamento consiste em concessão de bem público ou de obra pública, e ainda há quem propugne que se trata de arrendamento clássico do direito civil (art. 679 do Código Civil) aplicado à Administração Pública sob o regime do Decreto-lei n. 9.760/46.[4]

Para os citados doutrinadores:

> A corrente privatista afirma que a figura do contrato de arrendamento é expressamente prevista na legislação para a contratação pela Administração Pública e integra os chamados contratos privados que podem ser firmados pela administração sob os bens de sua propriedade, subordinando-se a regime de direito privado tal qual a enfiteuse e a locação. Sustentam esses autores, entre os quais o já mencionado Tércio Sampaio Ferraz Junior, que a exploração de instalações portuárias por agentes econômicos privados é negócio jurídico entre esses e o concessionário, logo, trata-se aqui de um contrato civil da Administração, regido pelo direito privado. [...][5]

Mencione-se que as instalações portuárias na Lei n. 12.815/2013 possuem quatro modalidades e serão exploradas mediante autorização nos termos do art. 8° da citada lei, *in verbis*:

> Da Autorização de Instalações Portuárias
>
> Art. 8º Serão exploradas mediante autorização, precedida de chamada ou anúncio públicos e, quando for o caso, processo seletivo público, as instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado, compreendendo as seguintes modalidades:
>
> I - terminal de uso privado;
>
> II - estação de transbordo de carga;

---

[3] MAYER, Giovanna. Notas sobre o Regime dos Portos Brasileiros. *In:* MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) **Portos e seus Regimes Jurídicos - A Lei n. 12.815/2013 e seus desafios**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 105.

[4] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; BARBALHO LEITE, Fabio. Peculiaridades do Contrato de Arrendamento Portuário. *In:* **Revista de Direito Administrativo**, vol. 231, jan.mar./2003, p. 277.

[5] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; BARBALHO LEITE, Fabio. **Peculiaridades do Contrato de Arrendamento Portuário**, p. 277.

> III - instalação portuária pública de pequeno porte;
>
> IV - instalação portuária de turismo;
>
> V - (VETADO).
>
> § 1º A autorização será formalizada por meio de contrato de adesão, que conterá as cláusulas essenciais previstas no caput do art. 5º, com exceção daquelas previstas em seus incisos IV e VIII.
>
> § 2º A autorização de instalação portuária terá prazo de até 25 (vinte e cinco) anos, prorrogável por períodos sucessivos, desde que:
>
> I - a atividade portuária seja mantida; e
>
> II - o autorizatário promova os investimentos necessários para a expansão e modernização das instalações portuárias, na forma do regulamento.
>
> § 3º A Antaq adotará as medidas para assegurar o cumprimento dos cronogramas de investimento previstos nas autorizações e poderá exigir garantias ou aplicar sanções, inclusive a cassação da autorização.
>
> § 4º (VETADO).

Na linha dos que defendem o arrendamento portuário como concessão de serviço público,[6] os autores acima sustentam que "*o simples fato do contrato ter o nome de arrendamento não o faz submeter-se, automaticamente, ao regime previsto no Código Civil e autorizado por meio do Decreto-lei n. 9.760/46.*"[7]

Por sua vez, ao defender uma terceira posição, Alice Gonzales Borges leciona que:

> [...] com o advento da nova Lei dos Portos, o arrendamento torna-se mais complexo e conjuga aspectos da concessão de uso de bem público e da concessão de serviço público [...] Dentro da estrutura deste 'novo' arrendamento encontramos as naturezas jurídicas de concessão remunerada de uso de bem público imóvel; de concessão de serviço público quanto às operações portuárias; e concessão de obra pública (concessão de serviço precedida da construção de obra pública, conforme denominação utilizada na Lei n. 8.987/1995).[8]

Na linha argumentativa iniciada, Marques Neto e Barbalho Leite ensinam que:

> O arrendamento, portanto, caminha-se a caracterizar, a partir do novo regime pela Lei dos Portos, uma subconcessão *sui generis* de serviço público, guardando traços da concessão de uso de bem público que está em sua origem.[9]

Ademais, na regulação anterior, ora revogada (Dec. n. 4.391, de 26 de setembro de 2002),[10]

---

[6] Há quem defenda que o arrendamento, "cuida-se, na verdade, de um contrato que veicula um serviço público, por meio do qual a Administração pública transfere não só o uso de determinado bem público, mas também, a prestação de um serviço de sua titularidade (art. 21, XII, "f", da CRFB)." GARCIA, Flávio Amaral; DE FREITAS, Rafael Véras. Portos Brasileiros e a Nova Assimetria Regulatória - Os Títulos Habilitantes para a Exploração da Infraestrutura Portuária. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) **Portos e seus Regimes Jurídicos** - A Lei n. 12.815/2013 e seus desafios. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 249.

[7] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; BARBALHO LEITE, Fabio. **Peculiaridades do Contrato de Arrendamento Portuário**, p. 277.

[8] BORGES, Alice Gonzales. Instalações portuárias - Contrato de Arrendamento. In: **Revista de Direito Administrativo**, vol. 210, out.dez./1997, p. 337.

[9] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; BARBALHO LEITE, Fabio. **Peculiaridades do Contrato de Arrendamento Portuário**, p. 279.

o conceito de contrato de arrendamento estava definido no art. 9° do citado Decreto), revogado pelo Dec. n. 8.033/2011, *in verbis*:

> Art. 9º O contrato de arrendamento de que trata este Decreto constitui espécie do gênero contrato administrativo e se regula pelas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhe, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições do direito privado.
>
> Parágrafo único. O regime jurídico do contrato de que trata o *caput* deste artigo confere à autoridade portuária, em relação a ele, a prerrogativa de alterá-lo, e bem assim de modificar a prestação dos serviços, para melhor adequá-lo à finalidade de interesse público, respeitados os direitos dos arrendatários, inclusive com relação a indenizações devidas, apuradas em processo administrativo regular.

Com fundamento no novo marco regulatório, não há como concordar com a tese acima sustentada, pois é evidente que arrendamento não é subconcessão *sui generis*. Concessão e arrendamento são coisas distintas.

Segundo Giovanna Mayer, com fundamento em Alice Maria Gonzáles Borges:

> Como nota Gonzáles Borges, no arrendamento portuário não há apenas o uso do bem público para uma finalidade particular, pois o bem também se destina à exploração de frutos e exploração de serviço qualificado como público pela Constituição. Ela qualifica tais contratos como sendo concessões remuneradas de uso de bem público. No entanto, enfatiza que a mudança de posicionamento não se deve à natureza da atividade prestada, mas aos investimentos realizados pelo arrendatário, os quais não seriam indenizados pelo regime previsto pelo Decreto-lei n.º 9.760/49, bem como à disciplina trazida pela antiga Lei n.º 8.630/93, a qual previu a licitação como forma de escolha do arrendatário (art. 4º, I), as cláusulas exorbitantes no contrato de arrendamento (art.4º, §4º) e seu prazo (art.4º, §4º, XI).[11]

Como deriva do serviço público prestado no porto organizado, a arrendamento portuário deve obediência aos princípios do art. 6º da Lei de Concessões[12], tal como determina o art. 66 da Lei n.º 12.815/2013,[13] bem como o direito de ser remunerado por tarifa,[14] na forma da proposta

---

[10] Dispõe sobre arrendamento de áreas e instalações portuárias de que trata a Lei n. 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, cria o Programa Nacional de Arrendamento de Áreas e Instalações Portuárias, estabelece a competência para a realização dos certames licitatórios e a celebração dos contratos de arrendamento respectivos no âmbito do porto organizado, e dá outras providências. Essa lei foi revogada pela Lei n. 12.815/2013.

[11] BORGES, Alice Maria Gonzáles. Contrato de arrendamento: áreas e instalações portuárias: regime jurídico: problemas decorrentes da superveniência da nova legislação de modernização portuária e soluções para aplicação. *In:* BORGES, Alice Maria Gonzáles. **Temas de Direito Administrativo atual:** *estudos e pareceres.* Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 325-328 *Apud* MAYER, Giovanna. Notas sobre o Regime dos Portos Brasileiros, p. 106-107.

[12] Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. § 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço. § 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

[13] Art. 66. Aplica-se subsidiariamente às licitações de concessão de porto organizado e de arrendamento de instalação portuária o disposto nas Leis nºs 12.462, de 4 de agosto de 2011, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e 8.666, de 21 de junho de 1993.

comercial vencedora na licitação, como ensina Leonardo Coelho Ribeiro:

> [...] mantido o equilíbrio econômico-financeiro desta ao longo da execução contratual, na forma do art. 37, XXI, da CRFB, como resta especificado pelos artigos 7º a 17 da Resolução Antaq nº 3.220/2014.
>
> Sua contratação é precedida de licitação, na modalidade de leilão, que poderá ser orientada pelos critérios de julgamento, isolado ou combinados, de maior capacidade de movimentação, menor tarifa ou menor tempo de movimentação de carga (art. 6º da Lei nº 12.815/2013), e segue a disciplina do Regime Diferenciado de Contratação pública (cf. art. 66 da Lei nº 12.815/2013, que remonta à aplicação da Lei nº 12.462/2011).[15]

Além disso, o arrendatário se submete a uma série de obrigações típicas de serviço público, como não discriminar usuário, continuidade, eficiência, generalidade e modicidade tarifária, fortalecendo a segurança jurídica e o ambiente competitivo em torno do contrato, corrigindo vícios do modelo privado e aumentando a efetividade da Constituição que elegeu a atividade portuária como serviço público.

O arrendamento é uma cessão de uso de bem público no porto organizado, tal como dispõe o art. 1°, § 1°, e art. 2° da Lei n. 12.815/2013, *in verbis:*

> Art. 1º Esta Lei regula a exploração pela União, direta ou indiretamente, dos portos e instalações portuárias e as atividades desempenhadas pelos operadores portuários.
>
> § 1º A exploração indireta do porto organizado e das instalações portuárias nele localizadas ocorrerá mediante concessão e arrendamento de bem público.

O porto é bem público pois a área do porto organizado (definida pela poligonal, conforme art. 15 da Lei n. 12.815/2013)[16], objeto do contrato de arrendamento, é de domínio público, vez que situada ou sobre o mar territorial ou sobre terrenos de marinha,[17] considerados bens públicos pelo art. 20, incisos VI e VII, da CF/88:

---

[14] Assim, as receitas decorrentes da prestação de serviços pelos arrendatários se submetem ao regime tarifário, conforme os artigos 6º e 5º, inciso IV, da Lei n. 12.815/2013, in verbis: Art. 6º Nas licitações dos contratos de concessão e arrendamento, serão considerados como critérios para julgamento, de forma isolada ou combinada, a maior capacidade de movimentação, a menor tarifa ou o menor tempo de movimentação de carga, e outros estabelecidos no edital, na forma do regulamento; Art. 5º São essenciais aos contratos de concessão e arrendamento as cláusulas relativas: [...] IV - ao valor do contrato, às tarifas praticadas e aos critérios e procedimentos de revisão e reajuste; [...].

[15] RIBEIRO, Leonardo Coelho. O Novo Marco Regulatório dos Portos – Entre grandes desafios e inadequadas exigências. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) **Portos e seus Regimes Jurídicos** - A Lei n. 12.815/2013 e seus desafios. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 137.

[16] Art. 15. Ato do Presidente da República disporá sobre a definição da área dos portos organizados, a partir de proposta da Secretaria de Portos da Presidência da República. Parágrafo único. A delimitação da área deverá considerar a adequação dos acessos marítimos e terrestres, os ganhos de eficiência e competitividade decorrente da escala das operações e as instalações portuárias já existentes.

[17] De acordo com o art. 2º do Decreto n. 9.760/46: "Art. 2º São terrenos de marinha, em uma profundidade de 33 (trinta e três) metros, medidos horizontalmente, para a parte da terra, da posição da linha do preamar-médio de 1831: a) os situados no continente, na costa marítima e nas margens dos rios e lagoas, até onde se faça sentir a influência das marés; b) os que contornam as ilhas situadas em zona onde se faça sentir a influência das marés." Sobre o tema: MELO, Lia dos Reis; PUGLIESE, Roberto J. **Dos Terrenos de Marinha e Seus Acrescidos**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2009, 242 p.

> Art. 20. São bens da União:
>
> [...]
>
> VI - o mar territorial;
>
> VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos;

Por sua vez, o Código Civil de 2002 assim define bens públicos:

> CAPÍTULO III - Dos Bens Públicos
>
> Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.
>
> Art. 99. São bens públicos:
>
> I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;
>
> II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;
>
> III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.
>
> Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.
>
> Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.
>
> Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.
>
> Art. 102. Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.
>
> Art. 103. O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem.

Não há, portanto, arrendamento fora do porto organizado. Além disso, é evidente que a realização dos fins de uma concessão, em alguns casos, necessita de bens públicos, tal como a concessão de atividade portuária, tendo em vista que essa atividade (serviço portuário) se dá em terrenos de marinha (bens públicos), de forma que a concessão vem acompanhada de um arrendamento do bem, e não do serviço.

Sobre o tema, cabe a lição de Egon Bockmann Moreira:

> [...] No âmbito das concessões de obras (e de serviços precedidos de obras), os bens são construídos em vista da respectiva afetação a tais exigências públicas, definidas que são em lei e regulamentos. Neste caso, é o concessionário que, com lastro na outorga feita pelo concedente, se instala de fato nessa base física e lhe dá a destinação caracterizadora da sua *ratio essendi*, por meio da gestão autônoma dos bens e serviços deles decorrentes (ou a ele inerentes). Melhor dizendo, fato é que a realização do escopo do contrato de concessão necessita de tais bens - são esses meios físicos que permitem a própria existência da concessão. Instala-se, portanto, uma relação direta entre o sujeito

> concessionário e um conjunto de coisas corpóreas, algumas das quais de deu domínio privado, outras tantas de domínio público.[18]

Nesse passo, como no terreno de marinha, embora de titularidade da União Federal, possa nele ser exercida atividade de outro ente federativo, tal como a que se dá pelas Companhias Docas, é incabível a cobrança de tributos incidentes na propriedade com base no princípio da imunidade recíproca.

Nessa linha, é o entendimento do STJ ao julgar cobrança de IPTU em área (bem) pertencente ao Porto de Santos, em demanda do município de Santos contra a Companhia Docas do Estado de São Paulo, com base no princípio da imunidade recíproca (ente federal não pode cobrar tributo de município), conforme o seguinte julgado:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. IPTU. ARRENDAMENTO PORTUÁRIO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. PRECEDENTES.
>
> - A celebração de contrato de arrendamento portuário entre os agravados e a CODESP - Companhia Docas do Estado de São Paulo, relativamente à exploração de área pertencente ao Porto de Santos, cuja propriedade é da União, não confere aos primeiros a condição de contribuintes do IPTU, visto que não exercem a posse do imóvel com *animus domini.* Precedentes. Agravo regimental improvido. AgRg no Ag 1349385 / SP. 2a. Turma. Rel. Min. Cesar Asfor. Julgado em 17.02.2011.

De forma semelhante, o STF em acórdão que trata de IPTU sobre imóveis portuários a ser pago pela concessionária, decidiu que não cabe a tributação. O Min. Sepúlveda Pertence, em voto que acompanhou o Relator Min. Ilmar Galvão, consignou que "*se o bem público da União está afetado a um serviço federal em poder da concessionária, como instrumentalidade da concessão, não há como afastar a imunidade recíproca*".[19]

No mesmo julgado, o voto do Min. Moreira Alves foi mais incisivo na tese acima: "*O que se pode suscitar não é o problema da posse com animus domini, mas posse exclusiva, porque aqui há desdobramento de posse, pois, obviamente, ele tem posse direta. Esta, a concessionária, evidentemente, tem*".[20]

Ademais, os incisos IX e IX do Art. 2° da Lei n. 12.815/2013, assim diferenciam concessão e arrendamento:

> [...]

---

[18] MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público** - Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010, p. 140-141.

[19]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **RE 253.394-SP.** Min. Ilmar Galvão, DJ 11.4.2003. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jan. 2014.

[20]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **RE 253.394-SP**. Min. Ilmar Galvão, DJ 11.4.2003. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jan. 2014.

IX - concessão: cessão onerosa do porto organizado, com vistas à administração e à exploração de sua infraestrutura por prazo determinado;

[...]

XI - arrendamento: cessão onerosa de área e infraestrutura públicas localizadas dentro do porto organizado, para exploração por prazo determinado;

A Lei n. 12.815/2013, por sua vez, em vários dispositivos trata diferentemente concessão e arrendamento, de modo que aquele (concessão) é de serviço público e este (arrendamento) de bem público, vejamos:

Art. 5º São essenciais aos *contratos de concessão* e *arrendamento* as cláusulas relativas:

[...]

§ 2º Findo o prazo dos contratos, os bens vinculados à *concessão* ou ao *arrendamento* reverterão ao patrimônio da União, na forma prevista no contrato.

Art. 6º Nas licitações dos *contratos de concessão e arrendamento*, serão considerados como critérios para julgamento, de forma isolada ou combinada, a maior capacidade de movimentação, a menor tarifa ou o menor tempo de movimentação de carga, e outros estabelecidos no edital, na forma do regulamento.

[...]

Art. 14. A celebração do *contrato de concessão ou arrendamento* e a expedição de autorização serão precedidas de:

[...]

Art. 16. Ao poder concedente compete:

[...]

III - celebrar os *contratos de concessão e arrendamento* e expedir as autorizações de instalação portuária, devendo a Antaq fiscalizá-los em conformidade com o disposto na Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001; e

[...]

Art. 57. *Os contratos de arrendamento* em vigor firmados sob a Lei n° 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, que possuam previsão expressa de prorrogação ainda não realizada, poderão ter sua prorrogação antecipada, a critério do poder concedente.

[...]

§ 5º O Poder Executivo deverá encaminhar ao Congresso Nacional, até o último dia útil do mês de março de cada ano, relatório detalhado sobre a implementação das iniciativas tomadas com base nesta Lei, incluindo, pelo menos, as seguintes informações:

I - relação dos *contratos de arrendamento e concessão* em vigor até 31 de dezembro do ano anterior, por porto organizado, indicando data dos contratos, empresa detentora, objeto detalhado, área, prazo de vigência e situação de adimplemento com relação às cláusulas contratuais;

[...]

> III - relação dos contratos licitados no ano anterior com base no disposto no art. 56 desta Lei, por porto organizado, indicando data do contrato, modalidade da licitação, empresa detentora, objeto, área, prazo de vigência e valor dos investimentos realizados e previstos nos *contratos de concessão ou arrendamento;*
>
> V - relação das instalações portuárias operadas no ano anterior com base no previsto no art. 7º desta Lei, indicando empresa concessionária, empresa que utiliza efetivamente a instalação portuária, motivo e justificativa da utilização por interessado não detentor *do arrendamento ou concessão* e prazo de utilização.

No Decreto n. 8.033/2013 não foi diferente, porque ao tratar das disposições gerais sobre a licitação da concessão e do arrendamento, regula o tema da seguinte forma:

> Art. 5º A licitação para a *concessão e para o arrendamento de bem público destinado à atividade portuária* será regida pelo disposto na Lei nº 12.815, de 2013, na Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, neste Decreto e, subsidiariamente, no Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011

No caso do Porto de Itajaí, por exemplo, há uma delegação da União Federal para o município de Itajaí,[21] com base na Lei n. 9.277/1995.[22] Essa delegação se dá por convênio[23] e por concessão, feita através de licitação, com arrendamento do bem público para a iniciativa privada, por meio de uma sociedade de propósito específico, nos termos do art. 4°, da citada lei, *in verbis:*

> Art. 4° Para a consecução dos objetivos indicados nesta Lei, poderá o Município, o Estado ou o Distrito Federal explorar a via ou o porto diretamente ou através de concessão, nos temos das leis federais que regem as concessões e da Lei n° 8.630, de 25 de fevereiro de 1993.

Nesse cenário, segundo Schirato:

> É interessante mencionar, inclusive, que o contrato de arrendamento de instalações portuárias é contrato de Direito Público que pode ser firmado entre particulares. Isto ocorre, pois o arrendatário será a autoridade portuária do porto organizado onde se localizar o arrendamento, que, conforme já assentado, poderá ser concessionário privado da União Federal. Tal fato vem a comprovar que o regime todo especial do contrato administrativo - cada vez mais questionado e relativizado diga-se - não decorre de poderes especiais ou exorbitante da Administração Pública, mas apenas da atividade sobre a qual versa o contrato administrativo em questão. Quer-se dizer: não é a presença da Administração Pública na avença que deve garantir o regime jurídico especial do contrato administrativo, mas sim é a matéria sobre a qual versa o contrato que deve determinar seu regime.[24]

---

[21] Acerca da municipalização do Porto de Itajaí e o desenvolvimento regional: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de; STELZER, Joana; PAGNUSSATTI, Débora Alberti. Da Transnacionalização do Comércio Mundial ao Desenvolvimento Local e Social - Gestão e Função Logística no Porto de Itajaí. *In:* CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. (Coord.). **Direito, Regulação e Logística**. Prefácio Nelson Carlini. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 317-341; HOFFMANN, Valmir Emil; DA SILVA, Silmara Nascimento. **Porto de Itajaí** - *O impacto da abertura de mercado e consequente municipalização.* Itajaí: Editora da Univali, 2001, 156 p.

[22] *Autoriza a União a delegar aos municípios, estados da Federação e ao Distrito Federal a administração e exploração de rodovias e portos federais.*

[23] *Art. 3° A delegação será formalizada mediante convênio.*

[24] SCHIRATO, Vitor Rhein. A experiência e as perspectivas da regulação do setor portuário no Brasil. *In:* **Revista de Direito Público da Economia,** RDPE. ano 6, n. 23, jul./set., 2008, p. 179.

Por fim, deve-se mencionar que a Nova Lei dos Portos e seu decreto regulamentador foram omissos em relação aos arrendamentos não operacionais, tal como ensina Gallotti Beserra:

> [...] os arrendamentos não operacionais, que se destinam ao apoio das atividades portuárias. Esses casos se referem à disponibilização de áreas próximas das instalações portuárias operacionais, destinadas para escritórios de despachantes, agentes marítimos, pequenas lanchonetes, enfim, tudo o que não estiver diretamente ligado à operação e que não se caracterize propriamente como um Revap, que possui característica de alterar a destinação de uma grande porção da área portuária. [...], tratando-se de grave falha legislativa, de vez que a Lei n. 8.630/1993, já que tratava do assunto em seu art. 34.[25]

Assim, concessão portuária e arrendamento portuário são institutos diferentes, portanto, arrendamento não é subconcessão *sui generis.*

2. CONTRATO DE CONCESSÃO E COMPETÊNCIA DA ANTAQ

A Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq - é órgão competente para cumprir e fazer os contratos de concessão de porto organizado e de arrendamento das instalações portuários, dentre outros, nos termos dos incisos XVI e XXII do art. 27, da Lei n. 10.233/2001, da seguinte forma:

> Art. 27. Cabe à Antaq, em sua esfera de atuação:
>
> XVI - cumprir e fazer cumprir as cláusulas e condições dos contratos de concessão de porto organizado ou dos contratos de arrendamento de instalações portuárias quanto à manutenção e reposição dos bens e equipamentos reversíveis à União de que trata o inciso VIII do caput do art. 5º da Lei na qual foi convertida a Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012; (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013)
>
> [...]
>
> XXII - fiscalizar a execução dos contratos de adesão das autorizações de instalação portuária de que trata o art. 8º da Lei na qual foi convertida a Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012; (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013)

Cabe aduzir que o contrato de concessão deve possuir, ao menos, as seguintes cláusulas, nos termos do art. 35 da Lei n. 10.233/2001, quais sejam:

> Art. 35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais, ressalvado o disposto em legislação específica, as relativas a: (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013)
>
> I – definições do objeto da concessão;

[25]BESERRA, Benjamin Caldas Gallotti. O Novo Regime Jurídico dos Arrendamentos Portuários. *In:* **Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário**. vol. 15, Jul-Ago/2013, p.13.

II – prazo de vigência da concessão e condições para sua prorrogação;

III – modo, forma e condições de exploração da infra-estrutura e da prestação dos serviços, inclusive quanto à segurança das populações e à preservação do meio ambiente;[26]

IV – deveres relativos a exploração da infra-estrutura e prestação dos serviços, incluindo os programas de trabalho, o volume dos investimentos e os cronogramas de execução;

V – obrigações dos concessionários quanto às participações governamentais e ao valor devido pela outorga, se for o caso;

VI – garantias a serem prestadas pelo concessionário quanto ao cumprimento do contrato, inclusive quanto à realização dos investimentos ajustados;

VII – tarifas;

VIII – critérios para reajuste e revisão das tarifas;

IX – receitas complementares ou acessórias e receitas provenientes de projetos associados;

X – direitos, garantias e obrigações dos usuários, da Agência e do concessionário;

XI – critérios para reversibilidade de ativos;

XII – procedimentos e responsabilidades relativos à declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão, de bens imóveis necessários à prestação do serviço ou execução de obra pública;

XIII – procedimentos para acompanhamento e fiscalização das atividades concedidas e para auditoria do contrato;

XIV – obrigatoriedade de o concessionário fornecer à Agência relatórios, dados e informações relativas às atividades desenvolvidas;

XV – procedimentos relacionados com a transferência da titularidade do contrato, conforme o disposto no art. 30;

XVI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem;

XVII – sanções de advertência, multa e suspensão da vigência do contrato e regras para sua aplicação, em função da natureza, da gravidade e da reincidência da infração;

XVIII – casos de rescisão, caducidade, cassação, anulação e extinção do contrato, de intervenção ou encampação, e casos de declaração de inidoneidade.

O art. 30[27] mencionado no inciso XV acima admite a transferência da concessão ou permissão, preservando-se o seu objeto e as condições contratuais, desde que o novo titular atenda os requisitos a que se refere o art. 29.[28]

---

[26] Acerca do tema, com ênfase no modelo ambiental portuário da Antaq: BRASIL. Antaq. **O Porto Verde - Modelo Ambiental Portuário.** Brasília: Antaq, 2012.

[27] *Art. 30. É permitida a transferência da titularidade das outorgas de concessão ou permissão, preservando-se seu objeto e as condições contratuais, desde que o novo titular atenda aos requisitos a que se refere o art. 29.*

[28] Art. 29. Somente poderão obter autorização, concessão ou permissão para prestação de serviços e para exploração das infra-estruturas de transporte doméstico pelos meios aquaviário e terrestre as empresas ou entidades constituídas sob as leis brasileiras,

Para Toshio Mukai "*essa norma é inconstitucional porque admite que uma firma que não venceu uma licitação se torne concessionária ou permissionária, violando o art. 175 da Constituição.*"[29]

Embora não haja permissão para exploração de atividade portuária, parece-nos que o dispositivo acima é inconstitucional, pois evidente que mesmo que o novo titular atenda os requisitos do art. 29 da Lei n. 10.233/2001, há flagrante burla à exigência constitucional da licitação prévia do art. 175 da Constituição.

A situação aqui, como visto, é diversa daquela do regime jurídico especial que não enseja direito adquirido, tal como ocorre com a autorização, com fundamento no art. 47 da Lei n. 10.233/2001.

Ademais, as tarifas mencionadas no inciso VIII, acima transcritos, conforme o § 1º do artigo acima, devem considerar:

> § 1º Os critérios para revisão das tarifas a que se refere o inciso VIII do caput deverão considerar:
>
> a) os aspectos relativos a redução ou desconto de tarifas;
>
> b) a transferência aos usuários de perdas ou ganhos econômicos decorrentes de fatores que afetem custos e receitas e que não dependam do desempenho e da responsabilidade do concessionário.
>
> § 2º A sanção de multa a que se refere o inciso XVII do caput poderá ser aplicada isoladamente ou em conjunto com outras sanções e terá valores estabelecidos em regulamento aprovado pela Diretoria da Agência, obedecidos os limites previstos em legislação específica.
>
> § 3º A ocorrência de infração grave que implicar sanção prevista no inciso XVIII do caput será apurada em processo regular, instaurado na forma do regulamento, garantindo-se a prévia e ampla defesa ao interessado.
>
> § 4º O contrato será publicado por extrato, no Diário Oficial da União, como condição de sua eficácia.

O concessionário, por sua vez, nos termos do art. 37 da lei acima, será obrigado a:

> Art. 37. O contrato estabelecerá que o concessionário estará obrigado a:
>
> I – adotar, em todas as suas operações, as medidas necessárias para a conservação dos recursos naturais, para a segurança das pessoas e dos equipamentos e para a preservação do meio ambiente;
>
> II – responsabilizar-se civilmente pelos atos de seus prepostos e indenizar todos e quaisquer danos decorrentes das atividades contratadas, devendo ressarcir à Agência ou à União os ônus que estas venham a suportar em conseqüência de eventuais demandas motivadas por atos de responsabilidade do concessionário;

---

com sede e administração no País, e que atendam aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pela respectiva Agência.

[29] MUKAI, Toshio. **Anotações à Nova Legislação dos Portos**. - Lei n. 12.815, de 5 de junho de 2013 e Decreto n. 8.033, de 27 de junho de 2013. São Paulo: Aduaneiras, 2014, p. 46.

> III – adotar as melhores práticas de execução de projetos e obras e de prestação de serviços, segundo normas e procedimentos técnicos e científicos pertinentes, utilizando, sempre que possível, equipamentos e processos recomendados pela melhor tecnologia aplicada ao setor.

Com o objetivo de proporcionar maior legitimidade, segurança jurídica (ato jurídico perfeito) e efetividade às normas e decisões da Antaq quando houver pendências que afetem os direitos dos agentes econômicos, tais atos devem ser precedidos de audiência pública, bem como, manifestação dos interessados, no caso de invalidação de atos e contratos, nos termos do art. 68 e § 1º da Lei n. 10.233/2001. [30]

3. O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO ARRENDAMENTO PORTUÁRIO

Para que haja a manutenção do contrato e, por sua vez, prestação de serviços continuada aos usuários, é relevante a preservação das regras contratuais da Lei n. 8.987/95 e equilíbrio econômico-financeiro do contrato,[31] conforme o §4° e *caput* do art. 9°, qual seja:

> 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.
>
> § 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

Aliás, o usuário, segundo Marçal Justen Filho:

> [...] indica o conjunto de indivíduos (pessoas físicas ou jurídicas) que demandam, efetiva ou potencialmente, a fruição dos serviços públicos objeto da concessão. O critério de identificação da condição de usuário, portanto, reside nessa comunhão no tocante à necessidade a ser satisfeita por meio dos serviços públicos. É evidente que é extremamente variável a dimensão das necessidades individuais em face do serviço público concedido, tal como é variado e heterogêneo o universo remanescente das circunstâncias dos diferentes usuários.[32]

A fim de implementar a modicidade tarifária na prestação de serviço, embora pouco difundido no setor portuário e de infraestrutura brasileira, são possíveis outras fontes de receitas alternativas, complementares e acessórias, conforme o art. 11 da Lei n. 8.987/95, qual seja:

> Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com

[30] As iniciativas de projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão precedidas de audiência pública. § 1º Na invalidação de atos e contratos, será previamente garantida a manifestação dos interessados.

[31] Acerca do tema, sob nossa orientação: FERREIRA, Adão Paulo. **Equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Arrendamento Portuário**. Dissertação. Programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica- PPCJ. Univali. Itajaí: Univali, 2012.

[32] JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 549-550.

> ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

O concedente deve recusar propostas que não sejam compatíveis com os objetivos da licitação, nos termos do art. 15, § 3º, da Lei n. 8.987/95, que assim determina: *"O poder concedente recusará propostas manifestamente inexequíveis ou financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação."*

A utilização dos dispositivos da legislação especial aplicada aos editais que trata de concessões portuárias (Leis n. 10.233/2001 e 12.815/2013), por sua vez, é garantida na Lei n. 8.987/95, qual seja:

> Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente:

Ademais, a Antaq editou em 9 de janeiro de 2014, a Resolução n. 3.220, cujo anexo aprova a norma que estabelece procedimentos para a elaboração de projetos de arrendamentos e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamento de áreas e instalações portuárias nos portos organizados.

Segundo o art. 2º, inciso IV, da citada resolução:

> IV - Revisões Contratuais: aquelas realizadas mediante a materialização de quaisquer dos riscos expressamente assumidos pelo poder concedente em contrato, ou na hipótese de investimentos ou serviços de interesse público, aumento ou redução da área, determinados pelo poder concedente, que venham a afetar de forma continuada o empreendimento arrendado, com vistas a manter o seu equilíbrio econômico-financeiro;

A garantia à revisão contratual é relevante para a continuidade do serviço público e para a incidência do regime de direito público, tal como ensina Carlos Afonso Rodrigues Gomes:

> Nessa altura, importa acrescentar o reconhecimento de que não há que se falar em direito adquirido, em face da contratualização da prestação do serviço por privados (concessionários). Isto porque ao estabelecer a relação jurídica com o titular do serviço, o administrado se insere num regime de sujeição especial, no qual a sua única garantia é a preservação da equação econômico-financeira inicial,[33] sob pena de desconsideração da incidência do princípio da adaptabilidade e da supremacia do interesse público, o que, por conseqüência, acabaria por esvaziar o próprio núcleo do conceito de serviço público. Implica dizer que, caracterizada determinada atividade como serviço público, do fato, de per se, atrai-se a incidência de determinados princípios, diversos daqueles

[33] Por tal motivo, a Lei n. 10.233/2001 estabelece no seu art. 35, § 1º: [...] § 1º Os critérios para revisão das tarifas a que se refere o inciso VIII do caput deverão considerar: a) os aspectos relativos a redução ou desconto de tarifas; b) a transferência aos usuários de perdas ou ganhos econômicos decorrentes de fatores que afetem custos e receitas e que não dependam do desempenho e da responsabilidade do concessionário.

> incidentes sobre a atividade meramente econômica. Implica dizer, o regime jurídico é diverso, razão pela qual não se sujeitam ao regime de direito privado, mas ao prevalecente regime de direito público.[34]

É relevante, portanto, destacar a preocupação da Antaq com a redução dos custos na operação portuária, tal como se denota no art. 3º da citada norma, incisos II, IX e X, *in verbis:*

> Art. 3º . O arrendamento de áreas e instalações portuárias será sempre precedido da elaboração de Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental - EVTEA visando a avaliação do empreendimento e servirá de base para a licitação, o qual compreenderá:[...]
>
> II - o valor do arrendamento e, quando for o caso, o valor máximo das Tarifas de Serviço a serem praticadas;
>
> [...]
>
> IX - custos estimados na movimentação da carga e/ou de passageiros para cada uma das diversas etapas da operação portuária; e X - estimativa de preços e tarifas utilizadas no projeto, bem como os parâmetros adotados.

Além disso, o art. 5º determina que o projeto de arrendamento de áreas e instalações portuárias observará o Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto - PDZ e as seguintes diretrizes:

> I - maximização e otimização do aproveitamento da infraestrutura portuária e dos seus acessos, com objetivo de racionalizar sua utilização e expansão consoante às políticas públicas definidas pelo poder concedente;
>
> II - melhoria do desempenho operacional e da qualidade dos serviços portuários prestados aos clientes/usuários;
>
> III - garantia dos direitos dos clientes/usuários e atendimento ao interesse público, valorizando a responsabilidade social;
>
> IV - redução dos custos portuários e das tarifas e preços praticados no setor;
>
> V - estímulo à concorrência, promovendo a competição na operação e exploração da atividade portuária; e

Por sua vez, o valor máximo da *tarifa de serviço* passa a ser considerado como variável para o procedimento de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamento, da seguinte forma:

> Art. 14 A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamentos a que se refere esta Norma poderá se dar, a critério do poder concedente, por intermédio, mas não se limitando, da utilização dos seguintes meios:

[34] GOMES, Carlos Afonso Rodrigues. Novo Modelo de Concessão Portuária: Inteligência do art. 34, Lei n. 10.233/2001. In: GUEDES, Jefferson Carús; HAUSCHILD, Mauro Luciano; JUNIOR, Otávio Luiz Rodrigues (coord.). **Direito Portuário**: Contratos, Regulação e Mercado (Conclusões do III Seminário sobre Direito Portuário). Brasília: IP Editora, 2011, p. 127.

§ 6º Sempre que o procedimento de reequilíbrio afetar a capacidade ou produtividade das instalações portuárias do arrendamento, inclusive em razão da incorporação de área, os parâmetros do arrendamento, a movimentação mínima garantida ou fixada, o valor máximo da Tarifa de Serviço, os critérios de mensuração do desempenho e o valor do arrendamento, conforme o caso, deverão ser ajustados de forma a:

I - incorporar os ganhos de eficiência; e

II - manter a correlação entre direitos e obrigações assumidos pela arrendatária nos termos do contrato de arrendamento.

Mencione-se que o prazo do arrendamento, segundo o art. 6º da Resolução n. 3.220/2013, da Antaq, deverá ser suficiente para a amortização dos investimentos, não podendo exceder ao prazo de que trata o artigo 19, do Decreto nº 8.033, de 27 de junho de 2013, qual seja até vinte e cinco anos, prorrogável uma única vez, por período não superior ao originalmente contratado, a critério do poder concedente.

Acrescente-se que a norma mencionada dispõe sobre os efeitos da mesma acerca dos contratos celebrados antes da vigência da Lei n. 12.815, conforme art. 19, *in verbis*: "*Art. 19. Para os contratos celebrados antes da vigência da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, a revisão contratual será realizada com base na metodologia estabelecida no Capítulo III desta Norma, preservadas as condições contratuais.*"

4. CONTRATO DE CONCESSÃO DE PORTO ORGANIZADO E DE ARRENDAMENTO DE INSTALAÇÃO PORTUÁRIA

A concessão e o arrendamento de bem público destinado à atividade portuária serão realizados mediante a celebração de contrato, nos termos do art. 4º da Lei n. 12.815/2013, sempre precedida de licitação, em conformidade com o disposto nesta Lei e no seu regulamento.

De acordo com a citada lei (art. 5º) são essenciais aos contratos de concessão e arrendamento as cláusulas relativas:

I - ao objeto, à área e ao prazo;

II - ao modo, forma e condições da exploração do porto organizado ou instalação portuária;

III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade da atividade prestada, assim como às metas e prazos para o alcance de determinados níveis de serviço;

IV - ao valor do contrato, às tarifas praticadas e aos critérios e procedimentos de revisão e reajuste;

V - aos investimentos de responsabilidade do contratado;

VI - aos direitos e deveres dos usuários, com as obrigações correlatas do contratado e as sanções respectivas;

VII - às responsabilidades das partes;

VIII - à reversão de bens;

IX - aos direitos, garantias e obrigações do contratante e do contratado, inclusive os relacionados a necessidades futuras de suplementação, alteração e expansão da atividade e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação das instalações;

X - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos e dos métodos e práticas de execução das atividades, bem como à indicação dos órgãos ou entidades competentes para exercê-las;

XI - às garantias para adequada execução do contrato;

XII - à responsabilidade do titular da instalação portuária pela inexecução ou deficiente execução das atividades;

XIII - às hipóteses de extinção do contrato;

XIV - à obrigatoriedade da prestação de informações de interesse do poder concedente, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ e das demais autoridades que atuam no setor portuário, inclusive as de interesse específico da Defesa Nacional, para efeitos de mobilização;

XV - à adoção e ao cumprimento das medidas de fiscalização aduaneira de mercadorias, veículos e pessoas;

XVI - ao acesso ao porto organizado ou à instalação portuária pelo poder concedente, pela Antaq e pelas demais autoridades que atuam no setor portuário;

XVII - às penalidades e sua forma de aplicação; e

XVIII - ao foro.

§ 1º (VETADO).

§ 2º Findo o prazo dos contratos, os bens vinculados à concessão ou ao arrendamento reverterão ao patrimônio da União, na forma prevista no contrato.

4.1 Licenciamento Ambiental e Termo de Referência

A regulação social compreende a proteção humana e do meio ambiente. Nesse caso, o licenciamento ambiental portuário cumpre papel relevante. Dessa forma, deve-se mencionar que a Lei dos Portos inovou ao inserir o termo de referência para os estudos ambientais que objetivam o licenciamento. Vejamos o inciso III, do art. 14 da Lei nº 12.815/2013:

Art. 14. A celebração do contrato de concessão ou arrendamento e a expedição de autorização serão precedidas de:

[...]

> III - emissão, pelo órgão licenciador, do termo de referência para os estudos ambientais com vistas ao licenciamento.[35]

Nesse cenário, o inciso VI do parágrafo 1º do artigo 17, da citada lei também menciona que a autoridade portuária deve respeitar o meio ambiente, *in verbis:*

> Art. 17. A administração do porto é exercida diretamente pela União, pela delegatária ou pela entidade concessionária do porto organizado.
>
> § 1º Compete à administração do porto organizado, denominada autoridade portuária:
>
> [...]
>
> VI - fiscalizar a operação portuária, zelando pela realização das atividades com regularidade, eficiência, segurança e respeito ao meio ambiente;

Segundo, Mariana Graciosa Pereira do IBAMA, o licenciamento pode otimizar procedimentos autorizativos posteriores, além disso, portos com Licença de Operação possuem na sua licença a dragagem de manutenção autorizada; novas obras civis são licenciadas através de estudos simplificados (Ex. remodelagem de cais, ampliações de pequeno e médio porte). Os empreendimentos licenciados em áreas que concentram outros empreendimentos proporcionam a possibilidade de integração de programas, objetivando melhor acompanhamento dos impactos e redução de custos para o empreendedor.[36]

A avaliação do plano de ocupação da área do porto organizado se dá com o viés ambiental e a prévia aprovação de ocupação de áreas simplifica futuros licenciamentos e arrendamentos. Além disso, a possibilidade de aumento considerável no número de terminais privados no país (em virtude da não exigência de movimentação preponderante de carga própria para a instalação dos mesmos) irá aumentar a pressão sobre o meio ambiente e as demandas no licenciamento ambiental.

Isso demandará reforço das equipes de licenciamento ambiental (federal e estadual), regulamentação da Lei Complementar n. 140/2011, ações para zoneamento ambiental, avaliação ambiental de ocupação das áreas etc.[37]

---

[35] Sobre o tema, ainda no marco regulatório da Lei n. 8.630/1993: DA CRUZ, Ana Paula Fernandes; PAULA JUNIOR, Daury de. Reflexos da Lei de Política Nacional de Resíduos no Licenciamento das Atividades Portuárias. *In: Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário.* vol. 3, Jul-Ago/2011, p. 7-22; MAIA PORTO, Marcos. Sobre o Licenciamento Portuário. O caso da Resolução Conama n. 344/2004 de Classificação de Material Dragado. *In:* **Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário**. vol. 3, Jul-Ago/2011, p. 23-31; OLIVEIRA NETO, João Acácio Gomes de; GARAGNANI, Thais. Licenciamento Ambiental Portuário. *In:* **Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário**. vol. 3, Jul-Ago/2011, p. 32-40.

[36] PEREIRA, Mariana Graciosa. IBAMA. **Licenciamento Ambiental Federal**. Empreendimentos Portuários. Diretoria de Licenciamento Ambiental. Palestra no Seminário Ecobrasil, promovido pela Portos e Navios no dia 17.04.2012.

[37] PEREIRA, Mariana Graciosa. IBAMA. **Licenciamento Ambiental Federal**. Empreendimentos Portuários. Diretoria de Licenciamento Ambiental. Palestra no Seminário Ecobrasil, promovido pela Portos e Navios no dia 17.04.2012.

Uma ferramenta relevante para a proteção ambiental portuária é o Plano de Emergência Individual, ainda pouco difundida no Brasil. Segundo Wellington Nogueira Camacho, assessor jurídico do Diretor de Portos e Costas, ao tratar dos Planos de Emergência Individual, menciona que não foram ainda implantados nos portos:

> É interessante notar que de acordo com o parágrafo 1º do artigo 7º, os Estados da Federação devem possuir os Planos de Emergência Individual (PEI) consolidados em um Plano de Área (PA). Mas, para executar este dispositivo o Presidente da República publicou o Decreto 4.871/2003 na intenção de aumentar a capacidade de resposta para aquela área específica e ao mesmo tempo satisfazer um pre-requisito para operação o NCP. Infelizmente, não há notícias sobre o cumprimento deste dispositivo legal da Lei 9.966/2000 e seu Decreto 4.871/2003 no que diz respeito ao PA.[38]
>
> [...]
>
> d) A inexistência de PEI nos Portos é uma falta grave diante da legislação vigente no Brasil. Sem equipe treinada e um PEI adequado ao Cenário do incidente, não será possível medir as dimensões do dano ao meio ambiente marinho, em um primeiro momento, posto que após o incidente, vem a fase do monitoramento ambiental.[39]

Por sua vez, o licenciamento ambiental prevê a avaliação dos projetos considerando alternativas locacionais e tecnológicas e a avaliação de impactos ambientais no Estudo Ambiental, fase posterior ao Termo de Referência. Os projetos podem, portanto, sofrer alterações após a emissão do Termo de Referência.[40]

5. INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS

Como já mencionado, o arrendamento portuário (exploração no porto organizado) se dá por meio de contrato de concessão, enquanto as instalações portuárias ocorrem por meio de autorização precedida de chamada ou anúncio públicos, nos termos do art. 8º da Lei n. 12.815/2013, qual seja:

Art. 8º Serão exploradas mediante autorização, precedida de chamada ou anúncio públicos e, quando for o caso, processo seletivo público, as instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado, compreendendo as seguintes modalidades:

> I - terminal de uso privado;

[38] CAMACHO, Wellington Nogueira. **Proteção do meio ambiente marinho em face de poluição por derramamento de óleo – Uma experiência brasileira.** Dissertação submetida ao IMO Instituto Internacional de Direito Marítimo como requisito parcial para a obtenção do Grau de Mestre em Direito (LL.M.) em Direito Internacional Marítimo. Malta: IMLI, 2012/2013, p. 38.

[39] CAMACHO, Wellington Nogueira. **Proteção do meio ambiente marinho em face de poluição por derramamento de óleo – Uma experiência brasileira**, p. 40.

[40]PEREIRA, Mariana Graciosa. IBAMA. **Licenciamento Ambiental Federal**. Empreendimentos Portuários. Diretoria de Licenciamento Ambiental. Palestra no Seminário Ecobrasil, promovido pela Portos e Navios no dia 17.04.2012.

> II - estação de transbordo de carga;
>
> III - instalação portuária pública de pequeno porte;
>
> IV - instalação portuária de turismo;
>
> V - (VETADO).
>
> § 1º A autorização será formalizada por meio de contrato de adesão, que conterá as cláusulas essenciais previstas no caput do art. 5º, com exceção daquelas previstas em seus incisos IV e VIII.

As consultas à autoridade aduaneira e ao respectivo poder público municipal devem anteceder a celebraçãao do contrato de concessão ou arrendamento e a expedição da autorização, tal como preceitua o art. 14, incisos I e II da Lei n. 12.815/2013.

Vale ressaltar que a Antaq editou a Resolução nº 3.290-Antaq, de 13 de fevereiro de 2014, que a aprova a norma que dispõe sobre a autorização para a construção, exploração e ampliação de terminal de uso privado, de estação de transbordo de carga, de instalação portuária pública de pequeno porte e de instalação portuária de turismo.

A citada norma, assim define instalação portuária e terminal de uso privado (TUP), no seu artigo art. 2º, incisos V e XIII, *in verbis*:

> Art. 2º. Para os efeitos desta Norma considera-se:
>
> [...]
>
> V - Instalação Portuária: instalação localizada dentro ou fora da área do porto organizado e utilizada em movimentação de passageiros, em movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário;
>
> [...]
>
> XIII - Terminal de Uso Privado - TUP: instalação portuária explorada mediante autorização, localizada fora da área do porto organizado e utilizada em movimentação e/ou armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário;

Os termos de adesão e os contratos de adesão deverão ser adaptados, nos termos do art. 38 da resolução acima, qual seja:

> Art. 38 Na forma do artigo 58 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013,[41] os termos de autorização e os contratos de adesão em vigor antes da vigência da citada lei deverão ser adaptados, independentemente de Anúncio Público, Chamada Pública ou Processo Seletivo Público.

A instalação portuária, nos termos do art. 23 da citada resolução, dar-se-á por meio de contrato de adesão, da seguinte forma:

[41] Art. 58. Os termos de autorização e os contratos de adesão em vigor deverão ser adaptados ao disposto nesta Lei, em especial ao previsto nos §§ 1º a 4º do art. 8º, independentemente de chamada pública ou processo seletivo. Parágrafo único. A Antaq deverá promover a adaptação de que trata o caput no prazo de 1 (um) ano, contado da data de publicação desta Lei.

> Art. 23 A autorização para construção e exploração de instalação portuária será formalizada mediante Contrato de Adesão celebrado entre o poder concedente e o autorizatário, com interveniência da ANTAQ, e conterá as cláusulas essenciais previstas no artigo 5º da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, observado o disposto no artigo 8º desta mesma Lei.

O prazo de autorização da instalação portuária será de 25 (vinte e cinco anos), nos termos do art. 24, *caput,* da resolução acima, prorrogável por períodos sucessivos, desde que a atividade portuária seja mantida e o autorizatário promova os investimentos necessários para a expansão e a modernização das instalações portuárias.

Os arts. 35 a 37 da resolução mencionada, por sua vez, tratam da extinção da autorização da instalação, bem como da anulação e cassação, nos seguintes termos:

> Art. 35. A autorização extingue-se, de pleno direito, por renúncia, anulação ou cassação.
>
> Art. 36. A autorização será anulada quando eivada de vícios que a tornem ilegal.
>
> Art. 37. A anulação e a cassação da autorização serão propostas pela Antaq ao poder concedente, após o devido processo legal, com vistas à adoção das providências cabíveis.

6. DAS COMPETÊNCIAS DA SEP, DA ANTAQ E DA ADMINISTRAÇÃO DO PORTO (AUTORIDADE PORTUÁRIA)

O Decreto Regulamentador dos Portos, no art. 2º, sem prejuízo de outras atribuições previstas na legislação específica, menciona que compete à SEP:

> I - elaborar o plano geral de outorgas do setor portuário;
>
> II - disciplinar conteúdo, forma e periodicidade de atualização dos planos de desenvolvimento e zoneamento dos portos;
>
> III - definir diretrizes para a elaboração dos regulamentos de exploração dos portos;
>
> IV - aprovar a transferência de controle societário ou de titularidade de contratos de concessão ou de arrendamento, previamente analisados pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq;
>
> V - aprovar a realização de investimentos não previstos nos contratos de concessão ou de arrendamento, previamente analisados pela Antaq.
>
> VI - conduzir e aprovar, sempre que necessários, os estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental do objeto da concessão ou do arrendamento; e
>
> VII - aprovar e encaminhar ao Congresso Nacional o relatório de que trata o § 5º do art. 57 da Lei nº 12.815, de 2013.

Nesse quadro, nos termos do art. 3º da norma acima, dispõe que, sem prejuízo de outras atribuições previstas na legislação específica, compete à Antaq:

I - analisar a transferência de controle societário ou de titularidade de contratos de concessão ou de arrendamento;

II - analisar as propostas de realização de investimentos não previstos nos contratos de concessão ou de arrendamento;

III - arbitrar, na esfera administrativa, os conflitos de interesses e as controvérsias sobre os contratos não solucionados entre a administração do porto e a arrendatária;

IV - arbitrar, em grau de recurso, os conflitos entre agentes que atuem no porto organizado, ressalvadas as competências das demais autoridades públicas;

V - apurar, de ofício ou mediante provocação, práticas abusivas ou tratamentos discriminatórios, ressalvadas as competências previstas na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011; e

VI - elaborar o relatório de que trata o § 5º do art. 57 da Lei nº 12.815, de 2013, e encaminhá-lo ao poder concedente.

Parágrafo único. A Antaq deverá cumprir o disposto no plano geral de outorgas para a realização das licitações de concessão e de arrendamento e das chamadas públicas para autorização de instalações portuárias.

Nesse passo, compete à administração do porto, nos termos do art. 4º do Decreto n. 8.033/2013, sem prejuízo de outras atribuições previstas na legislação específica:

I - estabelecer o regulamento de exploração do porto, observadas as diretrizes do poder concedente; e

II - decidir sobre conflitos que envolvam agentes que atuam no porto organizado, ressalvadas as competências das demais autoridades públicas.

Parágrafo único. Nas concessões de porto organizado, o contrato disciplinará a extensão e a forma do exercício das competências da administração do porto.

De acordo com o art. 17, § 1º da Lei n. 12.815/2013, a administração do porto organizado passa a ser denominada autoridade portuária, que tem as seguintes competências:

Art. 17. A administração do porto é exercida diretamente pela União, pela delegatária ou pela entidade concessionária do porto organizado.

§ 1º Compete à administração do porto organizado, denominada autoridade portuária:

I - cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos e os contratos de concessão;

II - assegurar o gozo das vantagens decorrentes do melhoramento e aparelhamento do porto ao comércio e à navegação;

III - pré-qualificar os operadores portuários, de acordo com as normas estabelecidas pelo poder concedente;

IV - arrecadar os valores das tarifas relativas às suas atividades;

V - fiscalizar ou executar as obras de construção, reforma, ampliação, melhoramento e conservação das instalações portuárias;

VI - fiscalizar a operação portuária, zelando pela realização das atividades com regularidade, eficiência, segurança e respeito ao meio ambiente;

VII - promover a remoção de embarcações ou cascos de embarcações que possam prejudicar o acesso ao porto;

VIII - autorizar a entrada e saída, inclusive atracação e desatracação, o fundeio e o tráfego de embarcação na área do porto, ouvidas as demais autoridades do porto;

IX - autorizar a movimentação de carga das embarcações, ressalvada a competência da autoridade marítima em situações de assistência e salvamento de embarcação, ouvidas as demais autoridades do porto;

X - suspender operações portuárias que prejudiquem o funcionamento do porto, ressalvados os aspectos de interesse da autoridade marítima responsável pela segurança do tráfego aquaviário;

XI - reportar infrações e representar perante a Antaq, visando à instauração de processo administrativo e aplicação das penalidades previstas em lei, em regulamento e nos contratos;

XII - adotar as medidas solicitadas pelas demais autoridades no porto;

XIII - prestar apoio técnico e administrativo ao conselho de autoridade portuária e ao órgão de gestão de mão de obra;

XIV - estabelecer o horário de funcionamento do porto, observadas as diretrizes da Secretaria de Portos da Presidência da República, e as jornadas de trabalho no cais de uso público; e

XV - organizar a guarda portuária, em conformidade com a regulamentação expedida pelo poder concedente.

§ 2º A autoridade portuária elaborará e submeterá à aprovação da Secretaria de Portos da Presidência da República o respectivo Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto.

§ 3º O disposto nos incisos IX e X do § 1º não se aplica à embarcação militar que não esteja praticando comércio.

§ 4º A autoridade marítima responsável pela segurança do tráfego pode intervir para assegurar aos navios da Marinha do Brasil a prioridade para atracação no porto.

§ 5º (VETADO).

7. DO PRAZO E OBJETO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO E DE ARRENDAMENTO

Os contratos de concessão e de arrendamento, como já mencionado, terão prazo de até vinte e cinco anos, prorrogável uma única vez, por período não superior ao originalmente contratado, a critério do poder concedente, nos termos do art. 19 do Decreto n. 8.033/2013.

No que concerne ao objeto do contrato de concessão, esse poderá abranger, conforme o art. 20 do citado decreto:

I - o desempenho das funções da administração do porto e a exploração direta e indireta das instalações portuárias;

II - o desempenho das funções da administração do porto e a exploração indireta das instalações portuárias, vedada a sua exploração direta; ou

III - o desempenho, total ou parcial, das funções de administração do porto, vedada a exploração das instalações portuárias.

Os contratos celebrados entre a concessionária e terceiros serão regidos pelas normas de direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente, sem prejuízo das atividades regulatória e fiscalizatória da Antaq (art. 21).

Além disso, os contratos de concessão e arrendamento deverão resguardar o direito de passagem de infraestrutura de terceiros na área objeto dos contratos, conforme disciplinado pela Antaq e mediante justa indenização.

O princípio da eficiência portuária, nos termos do art. 6º, parágrafo § 6º , da Lei n. 12.815/2013, de modo que é possível a expansão da área arrendada para área contígua dentro da poligonal do porto organizado, sempre que a medida trouxer comprovadamente eficiência na operação portuária.

Nesse caso, a expansão poderá ser autorizada pelo poder concedente, mediante requerimento do arrendatário, na forma do Regulamento Portuário, qual seja, o art. 27 do Decreto n. 8.033/2013.

Ocorre que, a expansão acima, conforme o art. 24 do Decreto n. 8.033/2013, só será permitida quando comprovada a inviabilidade técnica, operacional e econômica de realização de licitação de novo arrendamento. Além disso, a expansão da área do arrendamento ensejará a revisão de metas, tarifas e outros parâmetros contratuais, de forma a incorporar ao contrato os ganhos de eficiência referidos no § 6º do art. 6º da Lei n. 12.815, de 2013.

Mencione-se, ainda que, nos termos do Art. 25 do Decreto n. 8.033/2013, as áreas não afetas às operações portuárias e suas destinações serão previstas no plano de desenvolvimento e zoneamento do porto, e que para a exploração indireta das áreas referidas áreas, a administração do porto submeterá à aprovação do poder concedente a proposta de uso da área.

Ademais, conforme o art. 22 do citado decreto, os contratos de arrendamento e demais instrumentos voltados à exploração de áreas nos portos organizados vigentes no momento da celebração do contrato de concessão poderão ter sua titularidade transferida à concessionária,

conforme previsto no edital de licitação.

Ressalte-se que, nos termos do §1º do citado artigo, a concessionária deverá respeitar os termos contratuais originalmente pactuados.

Por fim, os contratos de concessão e arrendamento deverão resguardar o direito de passagem de infraestrutura de terceiros na área objeto dos contratos, conforme disciplinado pela Antaq e mediante justa indenização. (art. 23)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os contratos de concessão e de arrendamento assumem relevância no setor portuário. Como visto, possuem natureza jurídica diversa e são regulados pelas leis específicas do setor portuário, mas também as leis que regulam a licitação e as concessões.

Como visto, a regulação da temática abordada nesse artigo é relevante para o desenvolvimento da atividade portuária, especialmente porque se trata da reserva de serviço público que ficou mantida na competência da Antaq após a reforma portuária. Ambos se submetem à regulação setorial da Antaq e da Autoridade Portuária, de forma descentralizada.

No âmbito da execução do arrendamento portuário, que é um contrato de longo prazo, deve ser observado o equilíbrio econômico-financeiro bem como a modicidade tarifária, o que exige fiscalização e supervisão constante de todos os envolvidos na gestão do contrato.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BESERRA, Benjamin Caldas Gallotti. O Novo Regime Jurídico dos Arrendamentos Portuários. In: **Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário**. vol. 15, Jul-Ago/2013, p. 9-23.

BORGES, Alice Gonzales. Instalações portuárias - Contrato de Arrendamento. In: **Revista de Direito Administrativo**, vol. 210, out.dez./1997, p. 337.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **RE 253.394-SP**. Min. Ilmar Galvão, DJ 11.4.2003. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jan. 2014.

CAMACHO, Wellington Nogueira. **Proteção do meio ambiente marinho em face de poluição por derramamento de óleo** – Uma experiência brasileira. Dissertação submetida ao IMO Instituto Internacional de Direito Marítimo como requisito parcial para a obtenção do Grau de Mestre em Direito (LL.M.) em Direito Internacional Marítimo. Malta: IMLI, 2012/2013.

GARCIA, Flávio Amaral; DE FREITAS, Rafael Véras. Portos Brasileiros e a Nova Assimetria Regulatória - Os Títulos Habilitantes para a Exploração da Infraestrutura Portuária. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) **Portos e seus Regimes Jurídicos** - A Lei n. 12.815/2013 e seus desafios. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 241-261.

GOMES, Carlos Afonso Rodrigues. Novo Modelo de Concessão Portuária: Inteligência do art. 34, Lei n. 10.233/2001. In: GUEDES, Jefferson Carús; HAUSCHILD, Mauro Luciano; JUNIOR, Otávio Luiz Rodrigues (coord.). **Direito Portuário**: Contratos, Regulação e Mercado (Conclusões do III Seminário sobre Direito Portuário). Brasília: IP Editora, 2011, p. 123-151.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; BARBALHO LEITE, Fabio. Peculiaridades do Contrato de Arrendamento Portuário. In: **Revista de Direito Administrativo**, vol. 231, jan.mar./2003, p. 269-295.

MAYER, Giovanna. Notas sobre o Regime dos Portos Brasileiros. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) **Portos e seus Regimes Jurídicos** - A Lei n. 12.815/2013 e seus desafios. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 75-110.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público** - Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010.

MUKAI, Toshio. **Anotações à Nova Legislação dos Portos**. - Lei n. 12.815, de 5 de junho de 2013 e Decreto n. 8.033, de 27 de junho de 2013. São Paulo: Aduaneiras, 2014.

PEREIRA, Mariana Graciosa. IBAMA. **Licenciamento Ambiental Federal.** Empreendimentos Portuários. Diretoria de Licenciamento Ambiental. Palestra no Seminário Ecobrasil, promovido pela Portos e Navios no dia 17.04.2012.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. O Novo Marco Regulatório dos Portos – Entre grandes desafios e inadequadas exigências. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) P**ortos e seus Regimes Jurídicos** - A Lei n. 12.815/2013 e seus desafios. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 111-142.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A experiência e as perspectivas da regulação do setor portuário no Brasil. In: **Revista de Direito Público da Economia**, RDPE. ano 6, n. 23, jul./set., 2008, p. 171-190.