ORGANIZADORES
Anderson Vichinkeski Teixeira
Lenio Luiz Streck
Leonel Severo Rocha



CONSTITUIÇÃO, SISTEMAS SOCIAIS E HERMENÊUTICA

ANUÁRIO DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNISINOS

MESTRADO E DOUTORADO -

N. 18

DIREITO
MESTRADO
E DOUTORADO

ESCOLA
de Direito

UNISINOS

CAPES

CNPq
Conselho Nacional de Desenvolvimento
Científico e Tecnológico

CONSTITUIÇÃO, SISTEMAS SOCIAIS E HERMENÊUTICA

Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos

Mestrado e Doutorado - N.18

Anderson Vichinkeski Teixeira
Lenio Luiz Streck
Leonel Severo Rocha
(Orgs.)

CONSTITUIÇÃO, SISTEMAS SOCIAIS E HERMENÊUTICA

Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos

Mestrado e Doutorado - N.18

1ªEdição

Editora Dom Modesto
Blumenau, 2022

Editora Dom Modesto
Endereço: Rua Julio Michel, n 263, sala 5C, Blumenau/SC
Cep: 89.055-000
Fone: (47) 3236 - 4180
contato@dommodesto.com.br
www.dommodesto.com.br
Instagram: @dommodesto
Facebook: @editoradommodesto

Todos os direitos desta publicação são reservados pela editora.

A reprodução, ainda que parcial, por qualquer meio, das páginas que compõem este livro, para uso individual, mesmo para fins didáticos, sem autorização escrita do editor, é ilícita e se constitui numa contrafação à cultura.

Foi feito o depósito legal.

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

C757 Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica [recurso eletrônico] : Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Nº 18 / Organizadores: Anderson Vichinkeski Teixeira, Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha.–Blumenau, SC: Editora Dom Modesto, 2022.
Dados eletrônicos (1 PDF).

Inclui bibliografia.
ISBN978-65-86537-89-5

1. Direitos fundamentais. 2. Hermenêutica. 3. Sistemas sociais. 4. Constituição. I.Teixeira, Anderson Vichinkeski.II. Streck, Lenio Luiz. III. Rocha, Leonel Severo. IV. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. V. Título.

CDU 34

Bibliotecária responsável: Bruna Heller – CRB 10/2348

ARTE-FINAL E DIAGRAMAÇÃO:
ARKLOM
IMAGINAR É DESPERTAR IDEIAS
Novo Hamburgo - RS - E-mail: imagine@arklom.com
www.arklom.com

Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito
UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS

Reitor: Sérgio Eduardo Mariucci
Vice-Reitor: Artur Eugênio Jacobus

Diretora da Unidade Acadêmica de Pesquisa e Pós-Graduação
Maura Corcini Lopes

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito
Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira

Corpo Docente PPG Direito
Anderson Vichinkeski Teixeira, André Luiz Olivier da Silva, Clarissa Tassinari, Darci Guimarães Ribeiro, Délton Winter de Carvalho, Fernanda Frizzo Bragato, Gabriel de Jesus Tedesco Wedy, Gerson Neves Pinto, Guilherme de Azevedo, Jânia Maria Lopes Saldanha, José Rodrigo Rodriguez, Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha, Luciane Klein Vieira, Marciano Buffon, Miguel Tedesco Wedy, Raquel von Hohendorff, Roger Raupp Rios, Têmis Limberger, Wilson Engelmann

* Os textos que seguem são resultados parciais dos projetos de pesquisa desenvolvidos pelos autores durante os últimos 12 meses, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS.

CONSELHO EDITORIAL

Profª. Drª. Ana Paula Basso – UFCG e UFPB/Brasil
Profª. Me. Analice Schaefer de Moura – Dom Alberto/Brasil
Profª. Drª. Angela Dias Mendes – UERJ/Brasil
Profª. Drª. Charlise Paula Colet Gimenez – URI/Brasil
Profª. Drª. Clarissa Tassinari – UNISINOS/Brasil
Prof. Dr. Clovis Gorczevski – UNISC/Brasil
Profª. Drª. Daiane Moura de Aguiar – UAM/Brasil
Prof. Dr. Daniel de Mello Massimino – CatólicaSC/Brasil
Profª. Drª. Danielle Anne Pamplona – PUCPR/Brasil
Prof. Dr. Danilo Pereira Lima – IMESB/Brasil
Profª. Drª. Eliane Fontana – UNIVATES/Brasil
Profª. Me. Elisa Berton Eidt – UFSC e PGE-RS/Brasil
Profª. Me. Flávia Candido da Silva – REGES/Brasil
Prof. Dr. Giancarlo Copelli – UNISINOS/Brasil
Prof. Dr. Guilherme Valle Brum – PGE-RS/Brasil
Profª. Drª. Isadora Wahys Cadore Virgolin – UNICRUZ/Brasil
Prof. Dr. Iuri Bolesina – IMED/Brasil
Prof. Dr. Ivo dos Santos Canabarro – UNIJUI/Brasil
Profª. Drª. Janete Schubert – UNICRUZ/Brasil
Prof. Dr. Jonabio Barbosa dos Santos – UFPB, UFCG e UNIFACISA/Brasil
Prof. Dr. Luiz Felipe Nunes – CESURG/Brasil
Prof. Dr. Marcelino da Silva Meleu – FURB/Brasil
Profª. Drª. Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino – UFMA/Brasil
Profª. Drª. Marli Marlene Moraes da Costa – UNISC/Brasil
Prof. Dr. Mateus Barbosa Gomes Abreu – UNIRUY e UNINASSAU/Brasil
Prof. Dr. Matteo Finco – UniRITTER/Brasil
Profª. Me. Rafaela Cândida Tavares Costa – FEOL/Brasil
Profª. Drª. Roberta Drehmer de Miranda – Dom Bosco/Brasil
Prof. Dr. Rodrigo Cristiano Diehl – UNISC/Brasil
Prof. Dr. Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior – ESMARN e UFRN/Brasil
Prof. Dr. Sandro Cozza Sayão – UFPE/Brasil
Profª. Drª. Tássia Aparecida Gervasoni – IMED/Brasil
Profª. Drª. Vera Lucia Spacil Radatz – UNIJUI/Brasil
Prof. Dr. Willame Parente Mazza – UESPI/Brasil

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO **11**

CAPÍTULO 1 - A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: breves considerações **13**

Anderson Vichinkeski Teixeira

CAPÍTULO 2 - A RACIONALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS: da proposta de fundamentação moral ao contexto de uma prática normativa internacional **23**

André Luiz Olivier da Silva

CAPÍTULO 3 - A DEMOCRACIA SEQUESTRADA POR DISCURSOS E AFETIVIDADES: primeiros impactos na interlocução entre Direito e Política **45**

Clarissa Tassinari

CAPÍTULO 4 - GNOSIOLOGIA DOS FATOS NOTÓRIOS, CONFESSADOS E INCONTROVERSOS E SUAS APLICABILIDADES **55**

Darci Guimarães Ribeiro

CAPÍTULO 5 - DESVENDANDO A EMERGÊNCIA CLIMÁTICA **71**

Délton Winter de Carvalho

CAPÍTULO 6 - ESTADO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO E OS RISCOS DO TOTALITARISMO **95**

Gabriel Wedy

CAPÍTULO 7 - UM ASPECTO BIOÉTICO DA FAMÍLIA: Do patronímico à função paterna **109**

Gerson Neves Pinto

CAPÍTULO 8 - DIREITO, FUNÇÃO E SOCIEDADE: Distinções Luhmannianas para uma Agenda de Pesquisa em Sociologia Jurídica **121**

Guilherme de Azevedo

CAPÍTULO 9 - UMA CRÔNICA SOBRE UM CASO DE DISCRIMINAÇÃO JULGADO PELO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: Manuela e Outros vs El Salvador **147**

Jânia Maria Lopes Saldanha

CAPÍTULO 10 - PARA UMA FILOSOFIA DO DIREITO (SOCIOLOGICAMENTE) SENSÍVEL: utopias institucionais e lutas por direitos **157**

José Rodrigo Rodriguez

CAPÍTULO 11 - REVIS(IT)ANDO O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: o projeto constituinte em comum acordo **175**

Lenio Luiz Streck

CAPÍTULO 12 - DEMOCRACIA E CONSTITUIÇÃO EM RUI BARBOSA **193**

Leonel Severo Rocha

CAPÍTULO 13 - OS DESAFIOS E AS PERSPECTIVAS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO ESTATUTO DA CIDADANIA DO MERCOSUL **223**

Luciane Klein Vieira

CAPÍTULO 14 - TRIBUTAÇÃO E MUDANÇAS CLIMÁTICAS NO BRASIL **239**

Marciano Buffon

CAPÍTULO 15 - SISTEMA ACUSATÓRIO E MODELO NEGOCIAL PENAL: Fortalezas e fragilidades dos sistemas brasileiro e norte-americano **259**

Miguel Tedesco Wedy

CAPÍTULO 16 - A APLICAÇÃO DOS ASPECTOS ESG COMO POSSIBILIDADE DE CONCRETIZAÇÃO DO ODS 12 ..... **269**

Raquel Von Hohendorff

CAPÍTULO 17 - DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO, DESIGUALDADES E DIFERENÇAS **285**

Roger Raupp Rios

CAPÍTULO 18 - ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA E O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: uma dicotomia? As influências do Direito Europeu no Brasil **307**

Têmis Limberger

CAPÍTULO 19 - PERCURSOS PARA INOVAR A TEORIA GERAL DAS FONTES DO DIREITO: modelos de autorregulação regulada para as nanotecnologias, sandbox regulatório e princípios **327**

Wilson Engelmann

APRESENTAÇÃO

O Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, chega a sua décima oitava edição em plenas condições de seguir apresentando à comunidade acadêmica brasileira a produção cientifica de suas linhas de pesquisa, marcando a tradição de excelência da pesquisa realizada pelos professores deste Programa.

O trabalho que aqui se apresenta está inserido em uma trajetória de 25 anos marcada pelo esforço de um grupo de professores organizados no ano de 1997, que criou um Programa de Pós-Graduação com a pretensão de se tornar um polo irradiador de práticas e pensadores inovadores na área do Direito, abrigados em uma Universidade de forte orientação humanista. Um quarto de século depois, verifica-se que esse Programa se afirmou com a contribuição de inúmeros outros pesquisadores que se somaram a essa iniciativa e que, juntos, vêm produzindo trabalhos de altíssima qualidade teórica e de repercussão nacional e internacional, refletindo na consolidação de sua nota 6 nas avaliações da CAPES.

Na trilha desta tradição inaugurada há mais de duas décadas, o corpo docente não só publica anualmente e em conjunto uma amostra de sua produção científica e a apresenta à comunidade acadêmica, como também reafirma a sua vocação de fomentar reflexões e práticas jurídicas inovadoras e afinadas com as transformações e problemas sociais para os quais o Direito precisa encontrar respostas justas e adequadas. Cada texto que compõe esse anuário é resultado de uma pesquisa vinculada a uma das duas linhas desenvolvidas no PPGD/Unisinos por parte dos autores que são os professores do corpo docente deste Programa. Na linha 1, "Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos", estão os professores Anderson Vichinkeski Teixeira, Clarissa Tassinari, Darci Guimarães Ribeiro, Gabriel Wedy, Jânia Maria Lopes Saldanha, Lenio Luiz Streck, Marciano Buffon, Miguel Tedesco Wedy e Têmis Limberger. À linha 2, "Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização", pertencem os professores

André Luiz Olivier da Silva, Délton Winter de Carvalho, Fernanda Frizzo Bragato, Gerson Neves Pinto, Guilherme de Azevedo, José Rodrigo Rodriguez, Leonel Severo Rocha, Luciane Klein Vieira, Raquel Von Hohendorff, Roger Raupp Rios, e Wilson Engelmann.

A linha de pesquisa 1 discute o Estado e suas possibilidades de responder às demandas sociais, a partir da concretização dos direitos fundamentais. O objetivo é aprofundar críticas elaboradas aos modelos hermenêuticos tradicionais, a partir dos aportes da Semiótica, da Hermenêutica Filosófica e da Teoria da Argumentação Jurídica. Com isso, investiga a efetividade do Direito e da aplicabilidade das normas pelos tribunais, por meio, de um lado, da revisão dos conceitos predominantes da doutrina, jurisprudência, Teoria Geral do Estado e Teoria do Direito, e, de outro, do estudo da Constituição e da Jurisdição e seus vínculos com as diversas áreas do Direito Material e Processual.

A linha de pesquisa 2 investiga as transformações ocorridas no Direito, incrementadas pelas crises conceitual, estrutural, funcional e institucional que atravessam o Estado Contemporâneo, ocorridas a partir do surgimento de novos Direitos e do fenômeno da globalização. Essas transformações impõem aos juristas a necessidade de reflexões sobre as novas formas de institucionalização. A linha de pesquisa trata ainda de direitos emergentes, como a Bioética, o Biodireito, a proteção da propriedade intelectual, os Direitos difusos e coletivos, o meio ambiente e os Direitos Humanos. Os estudos são realizados sob uma perspectiva transdisciplinar ligada à noção de complexidade.

Dessa forma, cada pesquisa contribui para a consolidação de das respectivas linhas do Programa como importantes referências de pesquisa e compreensão do fenômeno jurídico, abrindo novas perspectivas de discussão ao público acadêmico.

Desejamos uma boa leitura!

Os Organizadores

Capítulo 1

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA:

Breves considerações

Anderson Vichinkeski Teixeira

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: Breves considerações

Anderson Vichinkeski Teixeira[1]

O projeto de pesquisa intitulado "constitucionalismo transnacional", vinculado ao PPGD/UNISINOS, insere-se no âmbito do grupo de pesquisa "Direito Constitucional Comparado" e objetiva, em poucas palavras, analisar os diversos processos políticos, econômicos, sociais e culturais que corroboram para a formação de uma fase evolutiva do constitucionalismo ocidental. Trata-se de um grupo de pesquisa que, por intermédio da colaboração entre vários professores-pesquisadores vinculados a Universidades brasileiras e europeias de reconhecida tradição em pesquisa na temática em questão, tem buscado enfrentar as dificuldades epistemológicas do citado objetivo com base em aportes metodológicos suficientemente autônomos em relação ao próprio Direito Comparado.

Nas páginas que se seguem o foco é um tema notadamente interno ao constitucionalismo brasileiro: a construção histórica do princípio da presunção de inocência. O caráter ensaístico adotado possibilita prestigiar uma análise crítica centrada em marcos historiográficos sem que os aspectos críticos sejam perdidos. Referências a produções acadêmico-científicas das Ciências Criminais relativas ao tema não serão aportadas tão somente para que a perspectiva de ensaio não se perca e, sobretudo, para que

---

1 Doutor em Teoria e História do Direito pela *Università degli Studi di Firenze* (IT), com estágio de pesquisa doutoral junto à Faculdade de Filosofia da *Université Paris Descartes-Sorbonne*. Pós-Doutor em Direito Constitucional pela mesma Universidade. Coordenador e Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Membro internacional do Colegiado de Docentes do Doutorado em Direito da *Università degli Studi di Firenze* (IT). Membro fundador do Colegiado de Docentes do Doutorado em *Teoria e Prassi del Diritto* da *Università della Calabria* (IT). Professor visitante do Instituto de Ciências Jurídicas e Filosóficas da Sorbonne. Membro Permanente da *Association Française de Droit Constitutionnel*. Advogado e consultor jurídico.

a centralidade na evolução do constitucionalismo brasileiro se mantenha ao longo do texto.

Em 07 de novembro de 2019, o Supremo Tribunal Federal, em uma decisão por apertada margem de 6 a 5 votos – a Corte é composta por 11 membros – e que se estendeu por dois dias, restaurou o entendimento histórico de que um condenado em ação penal jugada pela segunda instância poderá recorrer em liberdade ao Superior Tribunal de Justiça e ao próprio STF. A polêmica envolveu a sociedade brasileira como um todo e contou com grande repercussão na mídia por ter consequências diretas na situação do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, condenado em segunda instância e preso à época desde 07 de abril de 2018.

Processualmente, o Supremo decidiu a questão julgando em conjunto três ações que tinham o mesmo objeto: a constitucionalidade da regra do art. 283 do Código de Processo Penal que diz que "Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado." Recorde-se que, no direito brasileiro, "transitar em julgado" pressupõe esgotar os recursos. O meio processual eleito pelos autores das ações é peculiar à justiça constitucional brasileira: Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). Como o próprio nome diz, trata-se de uma ação de controle concentrado que objetiva declarar a constitucionalidade de uma norma e encerrar divergências jurisprudenciais existentes sobre a matéria. O indeferimento de uma ADC produz efeito reverso: gera a decretação de inconstitucionalidade da lei em objeto.

As ações julgadas em conjunto pelo STF foram as ADC 43, ajuizada em 19 de maio de 2016 pelo antigo Partido Ecológico Nacional (atualmente Partido Patriota), ADC 44, ajuizada na mesma data daquela pela Ordem dos Advogados do Brasil, e a ADC 54, ajuizada pelo Partido Comunista Brasileiro, em 18 de abril de 2018.[2]

---

2 Interessante destacar o seguinte entendimento, ainda dos anos 1990, do Min. Celso de Mello sobre a relevante função dos partidos políticos na proposição de ações de controle concentrado de constitucionalidade no STF para fins de tutela do Estado de Direito: "Os Partidos Politicos com representação no Congresso Nacional acham-se incluídos, para efeito de ativação da jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal, no rol daqueles que possuem legitimação ativa universal, gozando, em consequência, da ampla prerrogativa de impugnarem qualquer ato normativo do Poder Público, independentemente de seu conteudo material. A posição institucional dos Partidos Politicos no sistema consagrado pela Constituição do Brasil confere-lhes o poder-dever de, mediante instauração do controle abstrato de constitucionalidade perante o STF, zelarem tanto pela preservação da supremacia normativa da Carta Politica quanto pela defesa da integridade jurídica do ordenamento consubstanciado na Lei Fundamental da Republica. A essencialidade dos partidos politicos, no Estado de Direito, tanto mais se acentua quando se tem em consideração que representam eles um instrumento decisivo na concretização do princípio democratico e exprimem, na perspectiva do contexto histórico que conduziu a sua formação e institucionalização, um dos meios fundamentais no processo de legitimação do poder estatal, na exata medida em que o Povo - fonte de

No entanto, para entender o caso é necessário contextualizar, em uma perspectiva histórica e também dogmático-jurídica, o problema acerca da liberdade e do seu corolário polêmico, i.e., a presunção de inocência, no direito constitucional brasileiro. A Constituição de 1988 foi a primeira que previu regra expressa, em seu art. 5 – no qual se inserem a grande parte dos direitos e garantias individuais –, inciso LVII, afirmando que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória." Mais do que mera previsão formal no texto, há uma essencialidade como *matéria constitucional*[3] afirmada desde o Brasil Império.

Depois de se tornar independente de Portugal em 1822, o então Império brasileiro outorgou sua primeira constituição em 1824. Inspirada nos eventos decorrentes da Revolução Francesa, o Imperador Dom Pedro I buscou estruturar um Estado unitário forte, centralizador e com direitos civis e políticos previstos em seu texto. Chama atenção a previsão do art. 179, inciso VII: "Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos previstos em lei." Os casos previstos em lei seriam, sobretudo, aqueles decorrentes de prisão em flagrante, pois o mesmo artigo, em seu inciso X, já previa a possibilidade de prisão em flagrante e as garantias do preso. A preocupação à época residia também em deixar espaço ao Código Penal que seria elaborado logo em segui-

---

que emana a soberania nacional - tem, nessas agremiações, o veículo necessario ao desempenho das funções de regencia politica do Estado. O reconhecimento da legitimidade ativa das agremiações partidarias para a instauração do controle normativo abstrato, sem as restrições decorrentes do vinculo de pertinencia tematica, constitui natural derivação da propria natureza e dos fins institucionais que justificam a existência, em nosso sistema normativo, dos Partidos Politicos. A jurisprudência do Supremo TribunalFederal erigiu o vinculo de pertinencia tematica a condição objetiva de requisito qualificador da propria legitimidade ativa ad causam do Autor, somente naquelas hipóteses de ação direta ajuizada por confederações sindicais, por entidades de classe de âmbito nacional, por Mesas das Assembléias Legislativas estaduais ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal e, finalmente, por Governadores dos Estados-membros e do Distrito Federal." ADI-MC 1.096/RS – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 16/03/1995 – DJ: 22/09/1995.

3 Para eventuais estudos acerca das diversas discussões históricas sobre o conceito de constituição material, remetemos as principais teorias da constituição: as concepções jusnaturalistas das primeiras constituições liberais, as positivistas em suas variantes (Georg Jellinek, Carré de Malberg e Hans Kelsen), as historicistas (Otto von Gierke), a decisionista (Carl Schmitt), as sociológicas (Ferdinand Lassalle) e as institucionalistas (Maurice Hauriou, Georges Burdeau, Santi Romano e Costantino Mortati). No entanto, para maiores estudos, referimos sobretudo MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** Tomo II. Lisboa: Coimbra Editora, 1993; e MORTATI, Costantino. **La costituzione in senso materiale.** Com Prefácio ("Premessa") de Gustavo Zagrebelsky. Milano: Giuffrè, 1998. Ver também: JELLINEK, Georg. **Allgemeine Staatslehre**. Berlin: O. Häring, 1905, trad. it. **La Dottrina Generale del Diritto dello Stato.** Milano: Giuffrè, 1949; FIORAVANTI, Maurizio. **Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali**. Torino: Giappichelli, 1993; Id. **Costituzione**. Bologna: Il Mulino, 1999; MALBERG, Carré de. **Contribution a la théorie générale de l'État**. Tome I. Paris: Sirey, 1920; MATTEUCCI, Nicola. **Lo Stato moderno**. Bologna, Il Mulino, 1997; SCHMITT, Carl. **Verfassungslehre**. Berlin: Duncker&Humblot, 1983, trad. esp. **Teoría de la Constitución.** Madrid: Alianza, 2001; e LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

da, em 1830, bem como ao Código de Processo Penal, em 1832. Embora ambos não mencionassem de modo expresso uma única palavra relativa à presunção de inocência e contassem com penas cruéis, incluindo a pena de morte pela forca, a previsão constitucional de "formação de culpa" como regra geral para fundamentar a prisão foi amplamente regulamentada em ambos os códigos.

Com a Proclamação da República, em 1889, a primeira constituição republicana brasileira fora promulgada em Assembleia Constituinte, em 1891. De inspiração estadunidense, tanto que nomeou o país "Estados Unidos do Brasil", o texto constitucional apresentou amplo regramento do funcionamento do federalismo clássico e estruturação dos poderes, deixando para o final a seção relativa à "Declaração de Direitos" que estatuía. Em seu art. 72, parágrafo 14, a regra presente já no Brasil Império vinha replicada de modo quase literal: "Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvo as excepções especificadas em lei, nem levado a prisão, ou nella detido, si prestar fiança idonea, nos casos em que a lei a admittir."

Já a Constituição de 1934, ao instituir a chamada "Nova República", naquilo que veio a ser denominado Era Vargas, em virtude do longo período do Presidente Getúlio Vargas no poder e das profundas mudanças que produziu no país, previu em seu art. 113 os "Direitos e Garantias Individuais". No inciso 21 do referido artigo surgia uma regra mais voltada ao procedimento do que propriamente à tutela material do direito do réu à presunção de inocência: "Ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal, e promoverá, sempre que de direito, a responsabilidade da autoridade coatora."

Em 1937, o Presidente Vargas outorgou uma Constituição que reduz o rol de "Direito e Garantias Individuais", então previstos no seu art. 122, mas mantém, em seu inciso 11, a regra de que "Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada", mas logo em 31 de agosto de 1942, mediante o Decreto n. 10.356, o Brasil adere à Segunda Guerra Mundial e todas as garantias individuais são suspensas por lei marcial.

Encerrada a guerra e realizada, em 1945, aquela que é tida como a primeira eleição democrática do Brasil, que teve como vencedor o general Eurico Gaspar Dutra, logo em seguida uma nova Assembleia Constituinte fora composta com os parlamentares eleitos naquele ano (42 senadores e 328 deputados). Então, é promulgada em 18 de setembro de 1946 uma Constituição que novamente prevê uma "Declaração de Direitos" na parte final do texto, mas que, ao tratar da prisão, nos parágrafos 20 a 23, silencia quanto à necessidade de formação de culpa para a prisão que não seja em flagrante. Em sequência ao golpe militar de 31 de março de 1964, o novo regime tratou de outor-

gar uma Constituição em 1967 que igualmente às precedentes contaria com um Título intitulado "Declaração de Direitos". Em seu art. 150, parágrafo 12, previa apenas que "Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal."

Em 17 de outubro de 1969, o regime militar outorga "o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967", o que é considerado pela maior parte da doutrina constitucionalista brasileira uma nova constituição. A questão relativa à ausência da necessidade de formação de culpa, assim como ocorrera em 1946 e 1967, permanece nos mesmos termos literais.

**

Conforme referido inicialmente, a Constituição de 1988, produzida depois de longa constituinte e com amplos debates junto à sociedade, pela primeira vez associa *esgotamento de recursos* à *formação de culpa*, mas não veda literal e expressamente a possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado. Tal ausência de vedação à prisão não fora acidental: os artigos 311 a 313 do Código de Processo Penal, já desde seu texto original de 1941, estabeleciam os requisitos para a prisão preventiva. O art. 313 previa que por "garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal" poderia ser decretada a prisão preventiva do réu, a qualquer momento.

A mudança nesse entendimento histórico foi dada pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento do Habeas Corpus n. 126.292, em 17 de fevereiro de 2016. Por maioria de 7 a 4 votos, a Corte entendeu ser possível a possibilidade de execução da pena privativa de liberdade depois de decisão condenatória confirmada em segunda instância. O julgamento envolveu um caso oriundo do Estado de São Paulo no qual o réu fora condenado em primeiro grau a 5 anos e 4 meses de reclusão por roubo qualificado, mas com o direito de recorrer em liberdade. A defesa apelou ao Tribunal do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso e determinou a imediata prisão do réu. Votaram a favor da mudança de entendimento os Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Luis Roberto Barroso, Dias Toffoli, Gilmar Mendes Luiz Fux e Cármen Lúcia. Contra votaram os Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Celso de Mello e Lewandowski.

A polêmica envolvendo o HC n. 126.292 transcendeu a situação individual daquele réu porque a Operação Lava-Jato estava logrando sucesso com condenações de importantes políticos e empresários brasileiros, sobretudo nos anos de 2014, 2015 e

2016. Deve-se ter presente que em 12 de julho de 2017, o ex-Presidente Lula fora sentenciado a nove anos e seis meses de prisão pelo então Juiz Federal Sérgio Moro, posteriormente Ministro da Justiça do Presidente Jair Messias Bolsonaro, em um caso envolvendo lavagem de dinheiro na negociação de um apartamento tríplex em uma praia paulista.

O julgamento pelo Supremo das ADC's 43, 44 e 54 possui uma correlação de momentos históricos com o caso Lula também porque em 24 de janeiro de 2018 a corte recursal do processo, o Tribunal Federal da 4ª Região, julgou sua apelação e aumentou a pena para 12 anos e um mês de prisão. Dando-se o esgotamento de recursos contra esta decisão dentro do próprio Tribunal Federal da 4ª Região, em 07 de abril de 2018 a ordem de prisão emitida pelo então Juiz Sérgio Moro é cumprida.

Na decisão de 07 de novembro de 2019 o Supremo Tribunal Federal encontrou-se diante de dois posicionamentos diametralmente opostos a escolher: restaurar o entendimento histórico de que a presunção de inocência é uma garantia constitucional prevista no texto de 1988 e regulamentada pela legislação processual penal, ou reafirmar o novo entendimento, formado no auge da Operação Lava-Jato com a decisão do HC 126.292, de que os recursos aos tribunais especiais (STJ e STF) possuem em sua imensa maioria caráter protelatório e são utilizados na sua quase totalidade por políticos e empresários poderosos para se manter longe das grades.

Uma espécie de terceira via foi proposta pelo Presidente da Corte, Ministro Dias Toffoli, a qual acabou restando, em grande medida, como a afirmada pelo Colegiado. O Ministro Toffoli votou contra a prisão em segunda instância, mas propôs a limitação nos casos de condenados por Tribunal do Júri, pois são crimes dolosos contra a vida e o júri é soberano nessa matéria. Uma vez decidido pelo Tribunal de apelação que o réu é culpado, restariam poucas matérias de direito a discutir junto ao STJ e ao STF, tendo em vista que materialidade do delito, autoria e culpa já foram examinadas por duas instâncias distintas. O Ministro Toffoli ressaltou que o mérito das três ADC's envolvia a constitucionalidade de trecho do artigo 283 do Código de Processo Penal que prevê que uma pessoa só pode ser presa após trânsito em julgado do processo, ou seja, quando não couber mais recurso. Lembrou que no momento histórico em que foi editada a lei que deu a redação atual ao referido dispositivo, após a edição da chamada Lei da Ficha Limpa, possuía também a possibilidade de decretar a inelegibilidade de possível candidato sem necessidade do trânsito em julgado de condenação penal.

Ressaltou ainda que com a aprovação da Lei 12.403, de 2011, que reformou o Código de Processo Penal, o Parlamento expressamente manifestou sua vontade no sentido de limitar a possibilidade de a condenação penal levar o réu à prisão antes

do trânsito em julgado. Portanto, o Ministro entendia que a decisão do Parlamento era legítima e deveria ser respeitada.

Ao final do seu voto, Toffoli destacou que o abuso no direito de recorrer autoriza por si só, com base no art. 283 do Código de Processo Penal, a execução imediata da pena após a condenação em segunda instância. O problema da impunidade nos casos de corrupção não se resolveria com restrições gerais a garantias individuais, mas com o efetivo cumprimento da lei penal e, sobretudo, com controles preventivos.

Proferidos todos os 11 votos, a Corte julgou procedente as ações declaratórias de constitucionalidade em objeto, nos limites dos votos dos Ministros, para fins de (1) reverter o entendimento formado com o HC n. 126.292, de 2016, (2) suspender a execução provisória de penas restritivas de liberdade em curso, pelos mesmos fundamentos dos votos majoritários e (3) impedir que novas prisões sejam deflagradas com base no entendimento revertido.

***

Para além de discussões acerca do poder criativo ou normativo do juiz[4], o caso da presunção de inocência transcendeu também as possibilidades de sua compreensão como mera judicialização da política[5], rumando para um perigoso campo do ativismo judicial. Em outros momentos sustentamos[6] que a desconsideração por precedentes jurisprudenciais consolidados e a afirmação de um decisionismo político por meio de decisão judicial são duas das principais características desta patologia constitucional. No entanto, há um componente no caso em tela que agrava o potencial concreto de efeitos que a decisão de 2016 poderia ter – e, de fato, veio a ter: a desconsideração, por completo, da origem histórica da garantia da presunção de inocência.

Supostos "estudos" de Direito Comparado foram trazidos aos autos de um habeas corpus, somados a argumentações baseadas em predeterminações e predefinições que fogem dos limites da causa e buscam a satisfação de orientações morais, ideológicas ou políticas do julgador, acrescidos ainda de estatísticas esparsas que aponta-

---

4 Remetemos a: BELAID, Sadok. **Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge.** Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974; CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: SAFE, 1999.

5 Nos estudos de Torbjörn Vallinder, ainda dos anos 1990, o fenômeno seria, em resumo, uma consequência de aproximações entre cortes e legislaturas em razão de dificuldades e imprecisões impostas pelas temáticas em análise em ambas as esferas. Ver VALLINDER, Torbjörn. The Judicialization of Politics – A Word-wide Phenomenon: Introduction. **International Political Science Review**, Vol. 15, n. 2, 1994, pp. 91-99.

6 Ver TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política.**Revista Direito GV**, Vol. 8, n. 1, 2012, pp. 37-58.

vam para a possibilidade de prisão com base em decisão de segunda instância – olvidando-se da existência e corrente aplicação das prisões cautelares previstas no Código de Processo Penal – como medida que ensejaria uma maior probabilidade de redução da criminalidade, constituíram-se em circunstâncias que levaram o Supremo a decidir no já referido Habeas Corpus n. 126.292, por maioria de 7 a 4 votos, pela possibilidade de execução da pena privativa de liberdade depois de decisão condenatória confirmada em segunda instância. O controle difuso de constitucionalidade exercido naquele momento abriu um ponto de exceção constitucional no tratamento de uma garantia historicamente consolidada desde o Brasil Império.

Por mais que tenha sido corrigida a distorção e encerrada essa exceção constitucional por meio do controle concentrado exercido em novembro de 2019, o resultado de instabilidade já estava consumado, produzindo efeitos diretos e indiretos para a própria Corte. Coincidentemente, o intervalo de tempo entre ambas as decisões é marcado pela ascensão de um populismo apartidário, extremista e com foco central na negação da ordem política. Outra triste coincidência se revela quando o próprio Supremo Tribunal Federal passa a estar no centro de tensões políticas e sociais, a tal ponto de ensejar a abertura de inquéritos diretamente pela Corte para investigar atos antidemocráticos contra si mesma. O fardo de exceções constitucionais e de subversão da história constitucional raramente é removido com uma nova decisão judicial, por mais que seja restauradora das definições tradicionais. Exceções podem ser normalizadas em uma contínua instabilidade institucional agregadora de outras e sucessivas exceções constitucionais.

Referências

BELAID, Sadok. **Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge.** Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: SAFE, 1999.

FIORAVANTI, Maurizio. **Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali**. Torino: Giappichelli, 1993.

_____. **Costituzione**. Bologna: Il Mulino, 1999.

JELLINEK, Georg. **Allgemeine Staatslehre**. Berlin: O. Häring, 1905, trad. it. **La Dottrina Generale del Diritto dello Stato.** Milano: Giuffrè, 1949.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

MALBERG, Carré de. **Contribution a la théorie générale de l'État**. Tome I. Paris: Sirey, 1920.

MATTEUCCI, Nicola. **Lo Stato moderno**. Bologna, Il Mulino, 1997.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** Tomo II. Lisboa: Coimbra Editora, 1993.

MORTATI, Costantino. **La costituzione in senso materiale.** Com Prefácio ("Premessa") de Gustavo Zagrebelsky. Milano: Giuffrè, 1998.

SCHMITT, Carl. **Verfassungslehre**. Berlin: Duncker&Humblot, 1983, trad. esp. **Teoría de la Constitución.** Madrid: Alianza, 2001.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, Vol. 8, n. 1, 2012, pp. 37-58.

VALLINDER, Torbjörn. The Judicialization of Politics – A Word-wide Phenomenon: Introduction. **International Political Science Review**, Vol. 15, n. 2, 1994, pp. 91-99.

Capítulo 2

A RACIONALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS:

Da proposta de fundamentação moral ao contexto de uma prática normativa internacional

André Luiz Olivier da Silva

A RACIONALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS: Da proposta de fundamentação moral ao contexto de uma prática normativa internacional[1]

André Luiz Olivier da Silva[2]

Introdução

O presente trabalho aborda a racionalidade dos direitos humanos, desde a visão contida na proposta tradicional de fundamentação moral até uma abordagem alternativa que visa justificar a prática internacional que se estabeleceu no contexto das relações internacionais no mundo contemporâneo.Busca-se uma resposta ao questionamento que vem sendo feito desde o Iluminismo, das revoluções liberais e das primeiras declarações de direitos: o que são direitos humanos? É possível justificá-los racionalmente?

Para tentar responder a essas perguntas, analisa-se, primeiramente, a visão recebida da tradição iluminista, fortemente apoiada em direitos naturais, por meio de uma leitura do seu principal projeto racionalista de fundamentação teórica, a saber, a teoria da agência e autonomia normativa, conforme proposta por Alan Gewirth e James Griffin. A racionalidade dos direitos humanos, segundo a visão tradicional, se deve à autonomia e à dignidade da pessoa humana compreendida enquanto um valor moral absoluto e universal. Segundo esta estratégia argumentativa, os direitos humanos são deduzidos a partir de uma "razão", que, em última análise, consiste na pessoa humana e na sua capacidade de escolher e decidir.

---

1 O presente trabalho apresenta os resultados parciais do projeto de pesquisa "Reivindicações por direitos contra a lei: em busca de parâmetros normativos de racionalidade para justificar direitos humanos não reconhecidos como direitos legais", desenvolvido pelo autor no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

2 Professor da Escola de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Professor Pesquisador no Programa de Pós-Graduação em Direito e nos Cursos de Graduação em Direito e Relações Internacionais da Unisinos. Doutor em Filosofia pela Unisinos. Bacharel em Filosofia e Direito. E-mail: andreluiz@unisinos.br.

Em seguida, pretende-se mostrar o colapso que essas teorias fundacionistas entraram, em especial no contexto após a Segunda Guerra Mundial, quando, a partir da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, se estabeleceu uma prática normativa regulando as relações entre os diversos países que compõem a comunidade internacional. Nesse sentido, a proposta de John Rawls constitui um divisor de águas, pois irá deixar de lado a abordagem tradicional para investigar os pressupostos teóricos de uma prática regulada por um direito minimamente razoável estabelecido entre os povos .Mas, mais do que abordar os seus pressupostos teóricos, o presente trabalho analisa como os direitos humanos podem ser definidos a partir de uma abordagem prática, defendendo, com base nas propostas de Charles Beitz e Joseph Raz, a ideia de que o seu conceito está atrelado às relações internacionais entre os estados, e não propriamente a uma ideia de direito moral estabelecido por uma vontade livre e autônoma. A prática construída desde o contexto pós-guerra revela o Direito Internacional dos Direitos Humanos, uma área relativamente recente do Direito e que se desenha a partir da doutrina e de protocolos internacionais desenvolvidos institucionalmente a partir de dispositivos normativos que regulam as relações exteriores dos países na comunidade internacional. Para chegar a essa conclusão, o trabalho fará uma revisão da bibliografia, valendo-se do método de análise normativo-descritivo e da técnica de pesquisa de cunho bibliográfico e documental.

1. A visão ortodoxa: a fundamentação moral dos direitos humanos

A visão tradicional dos direitos humanos consiste na sua fundamentação moral. Direitos humanos são direitos reivindicados a partir de uma perspectiva moral e não dependem do seu reconhecimento por uma ordem estatal ou internacional. São aqueles direitos que o ser humano possui pelo simples fato de ser um humano e em razão de sua humanidade. São direitos deduzidos da natureza humana, direitos derivados da capacidade racional do humano em fazer escolhas e manifestar a sua vontade. Nesse sentido, primeiramente, pretende-se, no presente texto, mostrar como os direitos humanos podem ser justificados a partir da autonomia da pessoa humana e dos direitos da personalidade. Para tanto, vamos recorrer às teorias de Alan Gewirth[3] e James Griffin[4].

---

3 Em 1982, Alan Gewirth publica a obra *Humanrights:*essaysonjustificationandapplications, na qual defende que os direitos humanos são direitos morais universalmente válidos. Para justificar esse conceito, Gewirth apresenta um programa fundacionista segundo o qual direitos humanos são deduzidos a partir da autonomia da vontade da pessoa humana.

4 Em 2008, James Griffin publica a obra *Onhumanrights* e desenvolve o princípio da autonomia da vontade a partir dos direitos da personalidade.

Gewirth e Griffin apresentam propostas principiológicas de fundamentação dos direitos humanos, propostas substancialistas que possuem, como pano de fundo, uma preocupação com os fundamentos e valores morais. Gewirth vincula o conceito de direitos humanos a uma perspectiva moral, vindo a defini-los enquanto direitos morais: "são direitos morais que todas as pessoas têm igualmente simplesmente porque são humanas." (GEWIRTH, 1982, p. 1, tradução nossa). Ele explica a sua teoria a partir de um princípio – o qual denomina "Princípio da Consistência Genérica" (GEWIRTH, 1982, p. 3, tradução nossa) – e deduz direitos a partir dele. Direitos humanos são direitos genéricos e, como também são moralmente válidos para toda pessoa humana, podem ser considerados absolutos e universais.

Em sintonia com o trabalho desenvolvido por Gewirth, Griffin também propõe "uma abordagem mais substantiva dos direitos humanos" (GRIFFIN, 2008, p. 29, tradução nossa), uma proposta fundacionista que sempre aponta para "princípios mais elevados" (GRIFFIN, 2008, p. 29, tradução nossa), princípios a partir dos quais uma lista de direitos básicos pode ser derivada e deduzida. Assim como Gewirth, Griffin enfatiza o "peso moral" (GRIFFIN, 2008, p. 29, tradução nossa) dos direitos humanos. Ora, são direitos que possuem valor na medida em que derivam e podem ser deduzidos a partir do princípio da autonomia da vontade da pessoa humana. A base de fundamentação reside na dignidade da pessoa humana e gravita em torno da noção de personalidade do titular de um direito. A abordagem proposta por Griffin fundamenta os direitos humanos a partir de "uma gama central de valores substantivos, os valores da personalidade." (GRIFFIN, 2008, p. 34, tradução nossa). Assim, o principal objetivo de Griffin é abordar "a autonomia, o valor moral e político particular que é a base de um direito humano" (GRIFFIN, 2008, p. 150, tradução nossa), pois a função dos direitos humanos é justamente proteger o poder de decisão da pessoa compreendida enquanto um agente moral.

A visão substancial provém da tradição iluminista dos direitos humanos e enfoca a justificação dos direitos tendo como fundamento o ser humano e sua capacidade[5] para pensar, conhecer e agir moralmente. Provém da tradição dos direitos naturais e

---

5 Outra tese centrada na natureza humana e em suas capacidades básicas foi apresentada por Martha Nussbaum (2013) e Amartya Sen (2004, p. 315), no sentido de que direitos humanos são proteções às capacidades humanas básicas. Nussbaum resgata Aristóteles e propõe uma abordagem naturalista tendo como base o cidadão que é dotado de dignidade e livre para fazer escolhas. Ela argumenta que os incapazes ou mesmo pessoas que não conseguem exercer suas capacidades acabam ficando de fora do pacto social, e isso deve ser tutelado para que ninguém fique vulnerável e seja excluído. Nussbaum inspira-se na proposta de Sen (1993, p. 313; 2011, p. 215) de que o desenvolvimento econômico auxilia a expandir as capacidades básicas.

6 Quando a visão tradicional retoma o valor moral da dignidade da pessoa humana em Immanuel

da noção de dignidade da pessoa humana conforme foi proposta por Immanuel Kant[6]. É por isso que o fundamento se restringe à personalidade, isto é, àquelas qualidades que nos tornam humanos: "são direitos não a qualquer coisa que promova o **bem** ou o **florescimento** humano, mas meramente ao que é necessário para o **status** humano." (GRIFFIN, 2008, p. 34, grifos do autor, tradução nossa). O humano adquire um status normativo e o papel dos direitos humanos é justamente proteger o uso da sua capacidade racional como um valor intrínseco à pessoa. Griffin destaca o valor da vida humana como superior à vida de qualquer outra espécie e enfatiza a racionalidade humana:

> A vida humana é diferente da vida dos outros animais. Nós, seres humanos, temos uma concepção de nós mesmos e de nosso passado e futuro. Refletimos e avaliamos. Formamos imagens do que seria uma vida boa — muitas vezes, é verdade, apenas em pequena escala, mas ocasionalmente também em grande escala. E nós tentamos realizar essas imagens. Isso é o que queremos dizer com uma existência distintamente **humana** – distinta até onde sabemos. (GRIFFIN, 2008, p. 32, grifo do autor, tradução do autor)

O adjetivo "humano" na expressão "direitos humanos" retrata a visão humanista oriunda do Iluminismo contida por detrás da ideia dos direitos subjetivos da pessoa humana. São direitos que empoderam o seu titular, conferindo-lhe autoridade e voz de mando; que deixam o seu titular livre para escolher e decidir conforme a sua própria vontade. E somente o ser humano, no uso da sua racionalidade, é quem pode exercer esses direitos. Conforme a visão tradicional dos direitos humanos, só o ser humano é racional e portador de direitos básicos e inatos à sua natureza. Somente ele pode exercer direitos que lhe são inerentes devido a sua capacidade de pensar, refletir e agir. O valor da vida humana está justamente na capacidade racional que a pessoa tem para gerir suas escolhas e tocar a sua vida livremente, sem a interferência indevida de terceiros. Afirma Gewirth:

> Todos os seres humanos têm direitos humanos plenos na medida em que são inerentemente capazes de exercê-los. Essa capacidade inerente pertence a cada ser humano enquanto ele é um agente racional no sentido mínimo de ter um propósito que deseja cumprir e ser capaz de controlar seu comportamento de acordo com as circunstâncias particulares de sua ação. Todas essas pessoas satisfazem de forma absoluta ou não comparativa os requisitos para terem os direitos humanos. (GEWIRTH, 1982, p. 8, tradução nossa)

Kant, ela está certamente se referindo aos conceitos de autonomia da vontade e imperativo categórico, conforme apregoa Kant na obra *Fundamentação da metafísica dos costumes* (2009), de 1785. No próximo capítulo, veremos que Kant escreveu uma obra específica sobre relações internacionais, dando, assim, um outro sentido para a compreensão disso que atualmente denominamos "direitos humanos".

O status humano reconhece a toda pessoa racional o direito de perseguir uma vida boa e feliz do modo como essa pessoa quiser viver essa mesma vida boa: "temos um direito à **busca** da felicidade, à base sobre a qual se pode construir uma vida feliz, não à felicidade em si." (GRIFFIN, 2008, p. 34, grifo do autor, tradução nossa). Se os direitos servem basicamente para conferir permissões e autorizações aos seus titulares, os direitos humanos, por sua vez, servem para que as pessoas possam buscar viver uma vida feliz, ou uma vida com base naquilo que consideram ser a felicidade. Direitos humanos são permissões para que as pessoas possam viver uma vida moralmente boa. A vida boa não é um conceito que podemos determinar com facilidade, afinal de contas a definição da felicidade ou do que deve ser considerada uma vida feliz depende da perspectiva de cada ser humano. De todo modo, não se pode roubar da pessoa o direito que cada um de nós possui de tocar a sua própria vida do modo como julgar mais conveniente. Para que se possa perseguir uma vida boa, toda pessoa deve ter condições para conseguir exercer os seus direitos mais íntimos, os direitos da personalidade.

Segundo Griffin, a personalidade pressupõe a garantia de três valores: "autonomia, liberdade e provisão mínima" (GRIFFIN, 2008, p. 51, tradução nossa). A personalidade pressupõe, por certo, a autonomia do indivíduo, pois, para ser considerado um agente, "deve-se (primeiro) escolher seu próprio caminho ao longo da vida – isto é, não ser dominado ou controlado por alguém ou alguma outra coisa" (GRIFFIN, 2008, p. 33, tradução nossa). Mais do que autonomia, a pessoa precisa ter liberdade, no sentido de que não deve ser impedida por terceiros de agenciar a sua própria ação, isto é, "os outros também não devem impedir a pessoa de buscar o que vê como uma vida que vale a pena" (GRIFFIN, 2008, p. 33, tradução nossa). Mas a agência normativa do sujeito de um direito humano só se torna possível quando há uma provisão mínima de recursos para que a autonomia e a liberdade sejam concretizadas na esfera prática da vida das pessoas: "a escolha deve ser real; deve-se ter pelo menos um certo mínimo de educação e informação. E tendo escolhido, deve-se então poder agir; isto é, deve-se ter pelo menos a provisão mínima de recursos e capacidades necessárias" (GRIFFIN, 2008, p. 33, tradução nossa).

A visão de Griffin é bem menos ortodoxa que a de Gewirth. Este pressupõe a existência de direitos absolutos e universais[7], isto é, de direitos que independem da dimensão espaço-temporal e, portanto, de movimentos históricos. Griffin tenta, por sua vez, situar essa abordagem em uma dimensão histórica. O primeiro fundamento dos direitos humanos consiste na personalidade e produz um grupo de direitos básicos do ser

7 Conferir a proposta de fundamentação moral de Gewirth (1978) e sua concepção sobre a existência de direitos absolutos (1981).

humano que se revelam, na história, desde o nascimento com vida da pessoa e a acompanha até a morte por meio do exercício das liberdades individuais, sejam as liberdades negativas sejam aquelas que demandam uma atividade positiva por parte do Estado. Os direitos que se originam da noção de personalidade estão, por certo, corporificados na ideia de liberdade negativa, como a segurança, a participação política, a liberdade de expressão e de imprensa, a liberdade de culto, e uma série de direitos que garantem, por si só, a autonomia do sujeito de direitos. Mas esses direitos também ganham a dimensão de "uma liberdade positiva: ou seja, um direito à educação básica e provisão mínima necessária para a existência como pessoa – algo mais, isto é, do que a mera sobrevivência física." (GRIFFIN, 2008, p. 33, tradução nossa). Da personalidade se deriva também um direito de não ser torturado, visto que "a tortura destrói a capacidade de decidir e de se ater à decisão" (GRIFFIN, 2008, p. 33, tradução nossa). Portanto, os direitos da personalidade servem, segundo a concepção substantiva, para capacitar e dar autonomia ao sujeito de direitos.

Quando Griffin aponta para os direitos da personalidade como o primeiro fundamento dos direitos humanos, ele está pretendendo ressaltar que o detentor de um direito humano deve ser "um agente humano em funcionamento". (GRIFFIN, 2008, p. 35, tradução nossa). O arcabouço teórico apresentado por ele para combater a indeterminação do conceito de direitos humanos é constituído pela "noção de agência" (GRIFFIN, 2008, p. 33, tradução nossa) e pela pressuposição da capacidade de um agente racional para tomar decisões e fazer escolhas antes de agir. Para abordagens da personalidade, "direitos humanos são proteções para a nossa agência normativa". (GRIFFIN, 2008, p. 149, tradução nossa). A noção de agência "é intrinsecamente valiosa" (GRIFFIN, 2008, p. 152, tradução nossa), pois está centrada na capacidade do indivíduo de tomar decisões de cunho moral, de tomar uma "auto-decisão", "(...) uma decisão que resulta do exercício de sua capacidade de distinguir valores verdadeiros de falsos, boas razões de más – em suma, as decisões de um agente normativo." (GRFFIN, 2008, p. 150, tradução nossa). A agência normativa diz respeito ao exercício do direito que a si foi intitulado. "Por 'agência' devemos significar não apenas ter certas capacidades (pensamento autônomo, ação executiva), mas também exercitá-las." (GRIFFIN, 2008, p. 47, tradução nossa). Assim, respeitar e proteger a agência é resguardar a dignidade da pessoa humana. Os direitos humanos são considerados direitos morais porque estão intimamente vinculados à autonomia da pessoa humana e a sua capacidade de exercer esses direitos.

Cabe destacar, por fim, que as teorias que fundamentam os direitos humanos na essência da natureza humana não constituem uma abordagem pluralista dos direitos humanos, visto que muitos interesses humanos são deixados de lado dos seus progra-

mas teóricos de fundamentação. São teorias que restringem e reduzem bastante o alcance dos direitos humanos, que, conforme a visão personalista, são direitos que apenas pessoas adultas e plenamente capazes podem possuir e exercer. Crianças e incapazes não seriam, segundo essa visão moralista, sujeitos de direitos humanos. Griffin, nesse sentido, é enfático:

> Minha crença é que temos mais chances de melhorar o discurso dos direitos humanos se estipularmos que apenas os agentes normativos são titulares dos direitos humanos – sem exceções: nem crianças, nem deficientes mentais graves, nem aqueles em estado vegetativo permanente, e assim por diante. (GRIFFIN, 2008, p. 92, tradução nossa)

A fundamentação moral dos direitos humanos restringe os direitos humanos ao núcleo duro que é a autonomia e a capacidade de escolha e decisão da pessoa humana. O argumento proposto pela visão tradicional é que, na prática, só pode reivindicar um direito aquele é capaz de se responsabilizar por seus atos. Só é capaz aquele que consegue manifestar o seu consentimento diante dos acontecimentos da vida.

Embora a visão tradicional seja muito metafísica ao limitar em demasia o alcance daqueles seres humanos que podem possuir direitos humanos, a sua principal vantagem é ressaltar o papel que as liberdades individuais – e a autonomia da vontade da pessoa humana – desempenham na vida dos seres humanos, principalmente no que tange àquelas liberdades que são proibidas e censuradas pelos estados. Estamos nos referindo a escolhas morais difíceis que envolvem questões de vida e morte, como o aborto, a eutanásia e o suicídio assistido. A maioria dos estados reprime a escolha individual nessas questões – muito embora, segundo as teorias da personalidade, essas questões de vida e morte devam ser tratadas a partir da manifestação da autonomia da vontade da pessoa humana e, como tais, são questões que devem ser respeitadas como direitos humanos.

2. A falência da proposta de fundamentação

Existem algumas estratégias argumentativas para se rejeitar a proposta de fundamentação dos direitos humanos. A principal delas é destacar que os direitos humanos existem como fato cultural e que constituem uma prática de relações internacionais no mundo contemporâneo. Para desdobrar essa crítica, precisamos retomar dois textos que julgamos ser imprescindíveis para a compreensão atual sobre o que são os direitos humanos. Ambos foram publicados no início dos anos 90, mais precisamente em uma coletânea sobre direitos humanos em 1993, e, cada qual a sua maneira, visa não só minar os fundamentos das teorias da natureza humana como também apontam

para o desenvolvimento de um diálogo institucional acerca dos direitos humanos na comunidade internacional. Estamos nos referindo a Richard Rorty[8] e a John Rawls[9].

A primeira maneira de se refutar a proposta de fundamentação é destacar que esse tipo de teoria reduz em demasia o conteúdo dos direitos humanos e limita o seu alcance a determinados sujeitos de direito. Isto é, segundo a teoria da agência normativa, só pode ser considerado sujeito de direito um grupo reduzido de pessoas, pessoas essas que devem ser plenamente capazes de gozar da sua personalidade. Rorty observa que, assim como nos casos de violação de direitos humanos, as teorias de fundamentação – teorias rotuladas por Rorty como "reivindicações por conhecimento sobre a natureza dos seres humanos" (RORTY, 1993, p. 117, tradução nossa) – também operam a partir de uma lógica de discriminação entre aqueles que são mais humanos do que outros, entre aqueles que possuem mais direitos do que outros. Apenas o grupo que se enxerga como superior e racionalmente mais habilitado é que possuiria direitos humanos. A discriminação entre humanos e não-humanos ocorre em distinções como a distinção entre animal e humano, entre crianças e adultos e entre mulheres e homens.

Ao destacar a comparação com os incapazes, como as crianças (que ainda não seriam verdadeiramente humanos), as teorias fundadas na agência normativa abordam os direitos humanos a partir de uma perspectiva a-histórica. Esses direitos seriam universais e válidos para todos os homens independentemente de sua posição no tempo e no espaço, independentemente de sua cultura. A crítica de Rorty às teorias fundacionistas é que a natureza humana é concebida como um fundamento que é indiferente à ontologia, à história e à etologia. Os direitos humanos não dependeriam de uma história.

Em oposição às teorias fundacionistas[10] da natureza humana, Rorty busca subsídios em um texto de Eduardo Rabossi para ressaltar a defasagem dos projetos de fundamentação dos direitos humanos. Ambos observam que há hoje, no mundo contemporâneo, uma "cultura de direitos humanos" (RORTY, 1993, p. 115, tradução nossa), uma cultura situada na história, dentro de um contexto que se desenvolveu após a Se-

---

8 Em 1993, Richard Rorty publica o artigo *Humanrights, rationality, andsentimentality* em que refuta os programas de fundamentação filosófica dos direitos humanos justificados a partir da agência e da autonomia da pessoa humana. Rorty tece críticas à própria concepção de racionalidade adotada por esses programas e propõe uma abordagem antifundacionista, sentimentalista e culturalista dos direitos humanos.

9 Em 1993, John Rawls publica a primeira versão do texto *O Direito dos Povos*, no qual propõe um direito idealizado a partir da racionalidade do razoável e apresenta as bases para uma sociedade dos povos. Mais tarde, em 1999, ele irá publicar uma nova versão deste texto.

10 Sobre o fundacionismo em direitos humanos e a distinção entre fundacionismo normativo e substantivo, conferir: JACARANDÁ, 2018, p. 99.

gunda Guerra Mundial. De modo que se encontra ultrapassada a ideia de que existe uma natureza subjacente ao homem que o habilitaria a possuir determinados direitos naturais. Afirma Rorty: "Rabossi resume essa mudança cultural radical em sua afirmação de que o fundamentalismo dos direitos humanos está ultrapassado." (RORTY, 1993, p. 120). Nesse sentido, a visão sobre direitos humanos recebida da tradição iluminista deve ser rejeitada, pois o mundo mudou e uma explicação fundamentalista já não consegue mais compreender o sentido dos direitos humanos no mundo contemporâneo.

A proposta de Rorty é que se abandone os programas racionalistas de fundamentação dos direitos humanos, que se deixe de lado a razão como elemento central na sua definição. O contexto histórico que vivenciamos recoloca os direitos humanos como uma questão de necessidade das vítimas que sofrem as violações. Rorty defende o abandono da razão e da agência normativa como o marco fundamental da subsunção dos direitos e propõe, como alternativa, uma perspectiva voltada aos sentimentos e à possível empatia que seres humanos podem nutrir entre si. Que se deixe para atrás o fundacionismo nas abordagens sobre os direitos humanos, "porque nos permitiria concentrar nossas energias na manipulação de sentimentos, na educação sentimental." (RORTY, 1993, p. 122, tradução nossa). Rorty propõe, então, uma educação para o amor com a manipulação dos sentimentos, com o objetivo de "ampliar a referência dos termos "nosso tipo de gente" e "gente como nós"." (RORTY, 1993, p. 123, tradução nossa) a fim de desenvolver uma comunidade cada vez mais ampla de pessoas que se enxergam como iguais.

A via sentimental de Rorty permite girar o eixo da discussão sobre o conceito de direitos humanos para abordá-los a partir das necessidades básicas e vitais do animal humano, independentemente de sua capacidade ou autonomia para decidir e escolher. Com efeito, essa virada só estará completa quando John Rawls propor a formulação racional das bases daquilo que ele denomina o Direito dos Povos[11].

Rawls também se opõe às teorias de fundamentação filosófica ou religiosa dos direitos humanos, pois esses pontos de vista mais atrapalham do que ajudam na proteção dos direitos humanos e na construção do diálogo entre os povos. Cabe destacar que o Direito dos Povos elaborado por Rawls não é contrário a esses pontos de vista,

11 Na obra "O Direito dos Povos", John Rawls desenvolve uma abordagem que pretende dar as bases teóricas que coordenam as ações dos povos na comunidade internacional. Nesta obra, publicada em 1999, Rawls revisita um artigo com o mesmo título que havia publicado em 1993 e aborda como deve ser o direito que regula a relação entre os povos no âmbito de uma sociedade internacional de povos. Valendo-se de um rigoroso vocabulário, composto por expressões como "razão pública", "utopia realista" e "pluralismo razoável", Rawls analisa as condições para que os povos, por mais diversos e plurais que sejam, possam construir um diálogo institucional afim de alcançar padrões mínimos para a estabilidade da paz democrática.

desde que haja respeito mútuo entre as pessoas pautadas pelo pluralismo razoável. O problema é que a fundamentação filosófica ou religiosa pode obstruir o diálogo e a diplomacia, e podem ser acusadas de imperialismo ocidental. Em razão disso, Rawls descarta a proposta de fundamentação dos direitos humanos e aponta para uma comunidade internacional para a formulação de um Direito dos Povos a partir de princípios compartilhados por todos os povos razoáveis. Diz Rawls sobre os direitos humanos:

> Esses direitos não dependem de nenhuma doutrina religiosa ou filosófica abrangente da natureza humana. O Direito dos Povos não diz, por exemplo, que os seres humanos são pessoas morais e têm igual valor aos olhos de Deus nem que têm certos poderes morais e intelectuais que os habilitam a esses direitos. Argumentar dessa maneira envolveria doutrinas religiosas ou filosóficas que muitos povos hierárquicos decentes poderiam rejeitar como liberais, democráticas, ou representativas da tradição política ocidental, e prejudiciais a outras culturas. Ainda assim, o Direito dos Povos não nega essas doutrinas. (RAWLS, 2019, p. 89)

Contudo, Rawls não está tão preocupado assim com a crítica aos projetos de fundamentação porque a sua compreensão sobre os direitos humanos é diferente e diz respeito: "a uma concepção política particular de direito e justiça, que se aplica aos princípios e normas do Direito e da prática internacional" (RAWLS, 2019, p. 3). Os direitos humanos, como uma classe especial de direitos existente no campo do Direito dos Povos, não são mais concebidos como fundamentos para o agir moral. Os direitos humanos constituem razões para restringir a guerra e a atuação dos governos no âmbito interno das soberanias: "eles restringem as razões justificadoras da guerra e põem limites à autonomia interna de um regime." (RAWLS, 2019, p. 103). Essa concepção internacionalista acerca dos direitos humanos consiste em uma abordagem alternativa à visão tradicional e ortodoxa[12] dos direitos humanos, que passam a ser concebidos a partir de uma prática internacional e por meio de uma abordagem institucional.

A construção racional de um Direito dos Povos acaba por tirar a justificação dos direitos humanos que estava aprisionada à perspectiva constitucional dos direitos fundamentais e ampliá-la a uma esfera internacional de diálogo e relação multilateral entre os povos, destacando, assim a distinção entre direitos humanos e os "direitos da cidadania democrática liberal" (RAWLS, 2019, p. 104). Se, em obras anteriores[13], Rawls aborda os princípios da justiça a partir da pressuposição de que pessoas livres, racio-

12 Sobre a "disputa atual entre concepções "morais" (ou "ortodoxas") e "políticas" de direitos humanos", recomenda-se conferir: NICKEL, 2021. Conferir também: TRIVISONNO, 2018, p. 1.

13 Na formulação do Direito dos Povos, Rawls projeta no plano internacional o resultado de sua concepção sobre a justiça enquanto equidade, apresentada na obra *Uma teoria da justiça*, em 1971, bem como a sua concepção acerca de uma sociedade democrática, liberal e constitucional, conforme desenvolvida na obra *Liberalismo Político*, em 1993. Rawls argumenta que para uma sociedade ser considerada democrática deve fomentar a razão pública em busca da paz. No âmbito de uma democracia, a elaboração da razão pública se dá a partir de "uma ideia do politicamente razoável, voltada para os cidadãos como cidadãos." (RAWLS, 2019, p. 71).

nais e iguais conseguiriam chegar a consensos sobre como querem gerir a sua vida no âmbito de uma sociedade liberal, no Direito dos Povos, Rawls indaga como os povos poderiam formular, com decência e razoabilidade, consensos no plano das relações internacionais. Trata-se do "consenso sobreposto" (RAWLS, 2000, p. 179) pelo qual os povos encontram intersecções entre os acordos que até então estavam restritos à soberania nacional.

É bem verdade que a construção de um consenso estabelecido a partir de uma prática internacional seja concebido por Rawls a partir de uma perspectiva bastante idealizada. Do ponto de vista ideal, Rawls pensa nas condições racionais de possibilidade para um Direito dos Povos justificado a partir da lógica da razoabilidade. Rawls questiona: "quais são as condições paralelas para uma Sociedade dos Povos razoavelmente justa?" (RAWLS, 2019, p. 22). Ele indaga a "base para uma Sociedade dos Povos" (RAWLS, 2019, p. 70). O Direito dos Povos, para ser aceito por todos os membros da sociedade de povos, deve ser razoável na medida em que pode fornecer subsídios mais adequados para estimular a cooperação entre os povos.

A razoabilidade atua no arranjo do respeito mútuo entre as pessoas a partir de "um sistema decente de cooperação social" (RAWLS, 2019, p. 89): "Um Direito dos Povos (razoável) deve ser aceitável por povos razoáveis que são assim diversos, deve ser imparcial entre eles e eficaz na formação de esquemas maiores da sua cooperação" (RAWLS, 2019, p. 16). Trata-se de uma racionalidade do razoável, de modo que a cooperação entre os povos só é possível se atender e respeitar ao "critério de reciprocidade" (RAWLS, 2019, p. 45), isto é, as relações entre os povos devem ser mútuas e equânimes para serem consideradas razoáveis: "é parte do ser razoável e racional de um povo que ele esteja pronto para oferecer a outros povos termos justos de cooperação política e social." (RAWLS, 2019, p. 45). A reciprocidade, aliás, está na base dos princípios de justiça que regem uma sociedade democrática constitucional e podem também constituir uma exigência entre os povos no plano internacional.

A reciprocidade só se torna possível quando os vínculos de cooperação transcendem a figura do estado e se concretizam, efetivamente, numa perspectiva dos povos e das pessoas. Por isso, o emprego da palavra "povos" é tão importante, pois provoca uma ruptura com a tese realista de que, no plano das relações internacionais, só existiriam "estados". Para um realista, os estados são pautados apenas por seu interesse particular e não costumam medir esforços para alcançar esse interesse. São estados que, muitas vezes, agridem, de forma ilegítima, outros estados, como se possuíssem até mesmo um direito à guerra. A racionalidade adotada pelo realismo pressupõe, digamos assim, uma postura egoísta por parte de cada estado, no sentido de que, no plano de disputas e reivindicações internacionais, cada estado acabaria por decidir conforme o interesse particular do seu povo.

A tese realista pode até parecer racional, mas não é, por certo, razoável. Para Rawls, podem participar da formulação do Direito dos Povos somente os povos razoáveis, povos estes que compreenderiam a importância do respeito mútuo e honrariam a defesa dos direitos humanos. Os povos razoáveis são os povos liberais que vivem em democracias constitucionais, mas Rawls inclui aí também aquilo que ele define como os povos decentes, que seriam povos que vivem em sociedades não liberais e que, mesmo a partir de uma estrutura hierárquica de poder, são razoáveis na medida em que também percebem a importância dos direitos humanos. Os povos razoáveis são "os atores na Sociedade dos Povos, exatamente como os cidadãos são os atores na sociedade nacional" (RAWLS, 2019, p. 30). Assim, com referência à noção de povos razoáveis e bem ordenados, Rawls nos convida a refletir sobre as bases de uma sociedade justa.

O Direito dos Povos dá as bases da sociedade justa de povos e constitui uma utopia realista que pretende reconciliar a perspectiva ideal de uma sociedade democrática com a realidade do mundo social. O Direito dos Povos, segundo Rawls, constitui uma utopia realista:

> Nossa esperança para o futuro da sociedade baseia-se na crença de que a natureza do mundo social permite a sociedades democráticas constitucionais razoavelmente justas existirem como membros da Sociedade dos Povos. Em tal mundo social, a paz e a justiça seriam obtidas entre povos liberais e decentes nacional e internacionalmente. A ideia dessa sociedade é realisticamente utópica no sentido de que retrata um mundo social alcançável que combina o direito político e a justiça para todos os povos liberais e decentes em uma Sociedade dos Povos. (RAWLS, 2019, p. 6–7)

Embora a proposta de Rawls seja bastante idealizada, a sua teoria também apresenta uma perspectiva não ideal e realista. Rawls estabelece os princípios do Direito dos Povos (RAWLS, 2019, p. 47–48) e destaca que, dentre eles, encontra-se a autodeterminação dos povos, visto que pessoas reunidas em seu povo são livres e independentes, e, principalmente, a proibição para se encampar a guerra justa. Neste ponto, é preciso ressaltar que nenhum povo tem o direito de interferir nas soberanias de outros povos. Na parte não ideal de sua teoria, Rawls tece duras críticas à doutrina da guerra justa, ao refutar a tese realista de que os estados, por se pautarem exclusivamente em torno dos seus interesses particulares, possuiriam um direito à guerra. Rawls está se referindo a povos que não são decentes e nem razoáveis. São os estados fora da lei: "esses regimes pensam que a guerra promove, ou poderia promover, os interesses racionais (não razoáveis) do regime." (RAWLS, 2019. p. 118). Contrário à ideia da guerra justa, Rawls defende que o direito à guerra dos povos bem ordenadores se resume ao caso do "direito à guerra em autodefesa" (RAWLS, 2019. p. 119). Nenhum povo razoável está autorizado a atacar outra nação, exceto se houver sido atacada por primeiro.

No fundo, a pretensão de Rawls com o Direito dos Povos é apresentar uma espécie de guia para a política externa visando a estabilidade e a paz democrática. Isso só é possível com a construção de uma razão pública na sociedade dos povos razoáveis. Essa razão deve satisfazer o critério da reciprocidade e trazer tolerância aos povos para que consigam se relacionar a partir de vínculos de cooperação cada vez mais amplos. Com isso, Rawls pretende justificar uma sociedade de povos pautados pelo pluralismo razoável, um pluralismo que pode ser identificado não apenas no âmbito das condições do caso interno das sociedades liberais e de "uma sociedade democrática constitucional razoavelmente justa" (RAWLS, 2019, p. 17), mas pode também estar presente em uma sociedade de povos. Rawls prossegue com o projeto idealizado por Immanuel Kant na obra *À Paz Perpétua* (2011), de 1795, na qual o filósofo prussiano projeta as bases racionais de uma comunidade de nações que se relacionam por acordos de paz. Diz Rawls:

> A ideia de uma sociedade razoavelmente justa de povos bem-ordenados não terá um lugar importante em uma teoria de política internacional até que tais povos existam e tenham aprendido a coordenar as ações dos seus governos em formas mais amplas de cooperação política, econômica e social. Quando isso acontecer – como, acompanhando Kant, creio que acontecerá –, a sociedade desses povos formará um grupo de povos satisfeitos. (RAWLS, 2019, p. 25–26)

Com a proposta do Direito dos Povos, Rawls destaca que o equilíbrio e a estabilidade das relações entre os povos devem ser elaborados a partir de razões justificadoras, e não a partir de um equilíbrio forçado por manobras militares em nome da guerra justa. Rawls menciona que os povos que conseguem obter a paz pelo diálogo e pela construção da razão pública podem ser considerados "povos satisfeitos" – termo usado por Raymond Aron, na obra *Paz e Guerra entre as Nações*(2002), de 1962, para destacar a paz por satisfação em oposição à paz por força ou imposição bélica.

As bases racionais para uma sociedade de povos residem no aceite, como em um grande pacto social, de que todos os povos devem respeitar um mínimo de direitos humanos básicos, dos quais não podemos abrir mão para que as relações internacionais possam acontecer. Nesse sentido, é importante destacar, por fim, que a concepção de Rawls é funcional e minimalista, no sentido de que elenca um grupo reduzido de direitos que são mais urgentes para tomá-los como direitos humanos, "tais como a liberdade que impede a escravidão ou servidão, a liberdade (mas não igual liberdade) de consciência e a segurança de grupos étnicos contra o assassinato em massa e o genocídio" (RAWLS, 2019, p. 103).

3. A concepção dos direitos humanos a partir de uma prática normativa internacional

Após o impacto da elaboração do Direito dos Povos por Rawls, vários autores começaram a procurar uma definição alternativa para os direitos humanos tomando como ponto de partida a prática normativa internacional, como é o caso de Charles Beitz[14] e Joseph Raz[15]. Ambos pretendem abordar a definição dos direitos humanos a partir de uma atividade prática já existente, e não tão idealizada, como propôs Rawls. Com base nessa prática, os direitos humanos são concebidos como uma espécie de autorização para que um estado ou um grupo de estados intervenha, legitimamente, na soberania interna de outro estado.

Beitz destaca a existência de uma "prática global" (BEITZ, 2009, p. 8, tradução nossa) que se desenvolveu e ganhou muita força após a Segunda Guerra Mundial. Ele afirma, aliás, que: "a articulação de uma doutrina internacional dos direitos humanos está entre os elementos mais ambiciosos da solução da Segunda Guerra Mundial." (BEITZ, 2009, p. 197, tradução nossa). No contexto pós-guerra, mais especificamente em 1948, verifica-se a formação de uma comunidade discursiva na comunidade internacional, pela qual diversos países passaram a se relacionar pautando-se na linguagem dos direitos humanos. Afirma Beitz:

> A prática existe dentro de uma comunidade discursiva global cujos membros reconhecem as normas da prática como dando razões e as usam para deliberar e argumentar sobre como agir. Essas normas estão expressas nos principais instrumentos internacionais de direitos humanos – a Declaração Universal de 1948 e os principais tratados destinados a dar efeito jurídico às suas disposições – embora, como veremos, essas formulações sejam passíveis de interpretação e revisão dentro da prática. A comunidade discursiva em que a prática reside é global e consiste em um grupo heterogêneo de agentes, incluindo governos de estados, organizações internacionais, participantes de processos de direito internacional, atores econômicos como empresas, membros de organizações não governamentais e participantes em redes políticas e movimentos sociais nacionais e transnacionais. (BEITZ, 2009, p. 8, tradução nossa).

---

14 Em 2009, com a obra *The ideaofhumanrights*, Charles Beitz propõe "um novo começo" (BEITZ, 2009, p. 96, tradução nossa) para a definição dos direitos humanos, um novo começo após o primeiro passo que já havia sido dado por John Rawls em 1999. Beitz apresenta uma abordagem prática para os direitos humanos e amplia uma conexão que já havia estabelecido entre direitos humanos e uma teoria da justiça internacional na obra *Politicaltheoryandinternationalrelations*, 1979.

15 Em 2010, Joseph Raz publica o artigo intitulado *Humanrightswithoutfoundations*, no qual aponta o fracasso da doutrina tradicional de fundamentação dos direitos humanos para propor uma abordagem alternativa voltada à prática institucional dos direitos humanos na relação entre os países na esfera internacional.

Seguindo o mesmo caminho, Raz busca uma justificação sem fundações morais, apresentando uma "concepção política" (RAZ, 2010, p. 327, tradução nossa) que aposta no "sucesso da prática dos direitos humanos" (RAZ, 2010, p. 322, tradução nossa). A prática é, acima de tudo, "uma prática normativa" (BEITZ, 2009, p. 12, tradução nossa) na medida em que é estabelecida a partir da interpretação de normas que são reconhecidas no âmbito de uma comunidade discursiva, uma comunidade formada pela maioria dos países que constituem o cenário da política e das relações internacionais no mundo contemporâneo. Trata-se de uma prática que constitui um novo ramo do Direito, a saber, o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

As raízes históricas dessa prática encontram-se, basicamente, na *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 1948, que constitui a primeira etapa dessa prática normativa na comunidade internacional. A partir desta Declaração, diversos países tornaram-se signatários de pactos, convenções e protocolos de intenções pelos quais se comprometeram a não violar e, mais ainda, a proteger direitos humanos. Nesta seara, é importante destacar os dois Pactos de 1966, o *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos* e o *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. A Declaração de 1948, aliada a esses dois Pactos, constituem a denominada *Carta Internacional dos Direitos Humanos*. O Direito Internacional dos Direitos Humanos é constituído, portanto, por uma prática estabelecida por normas internacionais. Dentre alguns Tratados multilaterais que se desenham a partir desse sistema internacional, é importante mencionar a *Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio*, a *Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*, a *Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial*, a *Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher*, a *Convenção sobre os Direitos da Criança*, dentre outras. Todas essas normas visam construir mecanismos jurídicos de proteção da pessoa humana, mecanismos que possam servir como padrões a serem adotados pelos países.

Beitz entende que a implementação dos direitos humanos se tornou objeto de "preocupação internacional" (BEITZ, 2009, p. 32, tradução nossa), cuja finalidade é formular padrões ou parâmetros que sirvam de paradigma e condicionem os governos dos estados a proteger os direitos humanos no âmbito de suas soberanias internas: "os direitos humanos são padrões para os governos dos estados cuja violação é uma questão de interesse internacional." (BEITZ, 2009, p. 31–32, tradução nossa). Os estados devem seguir padrões internacionais para proteger os interesses dos seus cidadãos. Quando isso não é cumprido e respeitado, estar-se-á diante de uma razão suficiente para que outros países ou mesmo a comunidade internacional possam realizar alguma ação de caráter corretivo ou preventivo, interferindo, assim, na soberania do estado que estaria violando direitos humanos. Com base na prática estabelecida internaci-

onalmente, Beitz afirma que os direitos humanos, no caso da sua violação por parte dos estados, constituiriam razões – as razões **pro tanto** ("para mais") – para alguns estados agirem na soberania de outro estado: "quando as instituições de um Estado falham em respeitam os direitos humanos, agentes externos adequadamente posicionados têm razões **pro tanto**, mas não necessariamente razões conclusivas, para agir." (BEITZ, 2009, p. 117, tradução nossa).

Raz segue uma linha de raciocínio muito semelhante a de Beitz para justificar a racionalidade dos direitos humanos por meio de uma atividade prática situada dentro de um contexto como o é a arena internacional na qual os países se relacionam, dialogam e até mesmo disputam os modos como devem agir. Segundo a concepção prática, os direitos humanos são razões que conferem aos estados o poder de interferir na soberania interna de um estado. Diz Raz:

> (...) embora os direitos humanos sejam invocados em vários contextos e para uma variedade de propósitos, a tendência dominante na prática dos direitos humanos é considerar o fato de que um direito é um direito humano como fundamento suficiente para agir contra os violadores na arena internacional, ou seja, para tomar sua violação como razão para tal ação. (RAZ, 2010, p. 328, tradução nossa).

O fato, em resumo, é que existe uma prática emergente dos direitos humanos no mundo contemporâneo e essa prática muito pouco tem a ver com a visão recebida da tradição iluminista – tal prática possui a sua própria racionalidade. Se existem boas razões, e elas existem, para justificar os direitos humanos, essas razões, segundo Raz: "São principalmente razões contingentes, relativas a circunstâncias de tempo e lugar, e à maquinaria de implementação ali e então viável." (RAZ, 2010, p. 326, tradução nossa). Uma justificação racional somente é possível se cotejada com a prática internacional e com aquilo que Raz chama de "a face ordinária dos direitos humanos" (RAZ, 2010, p. 332, tradução nossa).

Direitos humanos são ferramentas para corrigir anomalias dentro dos sistemas estatais, seja para evitar o perigo interno dos seus cidadãos, seja para que a violência não ultrapasse a soberania estatal e se torne uma questão de perigo externo, como foi o caso do nazismo, que rapidamente tornou o estado alemão em um estado perigoso não apenas para o seu cidadão nacional, mas também contra cidadãos vinculados a outras soberanias. O nazismo passou a ser objeto de preocupação internacional.

Assim, a compreensão dos direitos humanos, no mundo contemporâneo, leva em consideração um esquema que vincula o fracasso de um estado na proteção dos interesses de cidadãos como um assunto de preocupação internacional. Os direitos humanos servem para proteger interesses individuais contra as ameaças dos estados, de modo que o fracasso dos estados na promoção dos direitos humanos constitui uma

razão para que a comunidade internacional possa interferir na soberania deste estado. Portanto, os destinatários das exigências contidas por detrás dos direitos humanos são sempre os estados e somente eles podem ser responsabilizados pela violação de direitos humanos.

Beitz propõe um modelo de dois níveis para explicar a concepção prática dos direitos humanos: entre os estados e a comunidade internacional. No primeiro nível, encontram-se os estados e sua capacidade para proteger direitos humanos dentro da sua soberania. Nesse nível, os direitos humanos se aplicam às instituições políticas dos estados (desde a Constituição, passando por suas leis e jurisprudência, até chegar na sua concretização por meio de políticas públicas). No segundo nível, encontra-se a comunidade internacional como organismo capaz e legitimado a interferir na soberania deste ou daquele país. O modelo de dois níveis ajuda a compreender os direitos humanos no plano internacional como "as normas constitutivas de uma prática global cujo objetivo é proteger os indivíduos contra ameaças aos seus interesses mais importantes decorrentes de atos e omissões de seus governos (incluindo falhas em regular a conduta de outros agentes)" (BEITZ, 2009, p. 197, tradução nossa).

Beitz e Raz concordam que os direitos humanos são, primariamente, interesses individuais que os estados devem proteger e respeitar. São direitos que constituem os interesses mais básicos e prioritários dos cidadãos de um estado e, em um primeiro nível, a responsabilidade por sua proteção recai sobre a estrutura normativa dos estados. Embora a responsabilidade seja competência dos estados, já não se pode negar que a responsabilidade para que violações não ocorram mais vem competindo, cada vez mais, a órgãos internacionais, em detrimento ao domínio da esfera estatal.Raz observa, ainda, o fenômeno da expansão de corporações transnacionais na comunidade internacional, razão pela qual chegar-se-á, em algum momento, a situações para as quais não se poderá mais encontrar nenhum estado para atribuir-lhe responsabilidade pela proteção de determinados direitos. Em algum momento, essa responsabilidade ficará, enfim, a cargo de organismos internacionais, conforme destaca Raz: "a responsabilidade recairá diretamente sobre os órgãos internacionais que determinam ações estatais para proteger os direitos." (RAZ, 2010, p. 336, tradução nossa). Raz, então, abandona os projetos de fundamentação moral para os direitos humanos e passa a encontrar o seu sentido e significado na prática exercitada por diversos países no campo das relações internacionais. "Assim entendidos, os direitos humanos gozam de justificação racional. Eles carecem de fundamento por não estarem alicerçados em uma consideração moral fundamental, mas dependendo das contingências do atual sistema de relações internacionais". (RAZ, 2010, p. 336, tradução nossa). A prática internacional é contingente, constituída por avanços e recuos na promoção dos direitos humanos.

Considerações Finais

Diante do exposto, a presente pesquisa pretendeu compreender o significado dos direitos humanos a partir de duas estratégias argumentativas que se pode usar para justificá-los racionalmente. A primeira delas consiste na proposta de fundamentação moral dos direitos humanos. Trata-se da visão tradicional que retoma o projeto iluminista de dedução de direitos genéricos a partir da natureza humana e de sua capacidade racional para escolher e decidir. As teorias fundacionistas de Alan Gewirth e James Griffin foram usadas no presente trabalho para explicar como os direitos humanos podem ser compreendidos a partir da moralidade. Embora essas teorias carreguem um forte peso axiológico para a compreensão dos direitos humanos, a sua principal vantagem é que podemos pensar em uma série de direitos que são reivindicados por indivíduos no mundo contemporâneo contra os ordenamentos jurídicos e até mesmo contra a esfera internacional. Estamos nos referindo a supostos direitos que envolvem escolhas básicas e vitais, como o direito de dispor do próprio corpo e da própria vida em questões como aborto e eutanásia.

De todo modo, essa concepção dos direitos humanos enquanto direitos morais não é a concepção adotada entre os países no campo das relações internacionais. Desde a Segunda Guerra Mundial, verifica-se a criação de mecanismos institucionais de proteção dos direitos humanos na comunidade internacional, de modo que a própria concepção sobre o que são os direitos humanos mudou muito se formos compará-la à visão tradicional herdada do Iluminismo e das revoluções liberais. Por isso que, após apresentada a visão tradicional, ressaltou-se, no presente trabalho, a falência da teoria da agência normativa, destacando que os equívocos dos projetos de fundamentação resultam da sua justificação excessivamente racionalista que pressupõe como detentor de um direito humano apenas as pessoas livres e capazes de fazer escolhas e tomar decisões. Esses projetos fundacionistas compreendem os direitos humanos como um conceito metafísico sem nenhum apego com a realidade prática estabelecida na esfera internacional. Esquecem-se, como mostra Richard Rorty, que os direitos humanos são, hoje, no mundo contemporâneo, um fato cultural e confundem a distinção conceitual entre direitos e valores, uma confusão em distinguir o que são os direitos humanos e o que estes direitos deveriam ser. Os projetos de fundamentação estão mais propensos a dizer o que os direitos humanos deveriam ser e não estão preocupados em mostrar e procurar compreender como os direitos humanos são nomeados e reivindicados na esfera pública que é a comunidade internacional.

Como alternativa à visão ortodoxa dos direitos humanos, uma visão institucional se estabeleceu no mundo contemporâneo. Rawls deu as bases para se projetar uma sociedade dos povos pautada por aquilo que ele denominou um Direito dos Povos. A intuição de Rawls é pertinente, de modo que a racionalidade dos direitos humanos

pode ser extraída a partir de uma atividade prática já estabelecida no plano das relações internacionais que os países desenvolvem entre si, principalmente após a Segunda Guerra Mundial. Charles Beitz e Joseph Raz explicaram com precisão o funcionamento dessa prática. Nesse sentido, verifica-se uma inversão nos fundamentos dos direitos humanos, uma espécie de desfundamentação, segundo a qual os projetos fundacionistas são abandonados na medida em que uma prática normativa surge na comunidade internacional.

Referências

ARON, Raymond. **Paz e guerra entre as nações.** Tradução de Sergio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002.

BEITZ, Charles. **Politicaltheoryandinternationalrelations.** Princeton: Princeton University Press, 1979.

_____. **The ideaofhumanrigths.** New York: Oxford University Press, 2009.

GEWIRTH, Alan. **Reason and Morality**. Chicago: Chicago University Press, 1978.

_____. Are there any absolute rights? **The Philosophical Quarterly**, Blackwell Publishing, Oxford/Malden, v. 31, n. 122, p. 1–16, jan. 1981. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2218674>. Acesso em: 29 mar. 2022.

_____.**Humanrights:**essaysonjustificationandapplications. Chicago: Universityof Chicago Press, 1982.

GRIFFIN, James. **Onhumanrights.** New York: Oxford University Press, 2008.

JACARANDÁ, Rodolfo de Freitas. O fundacionismo filosófico em direitos humanos. **Revista Éthic@,** Florianópolis, v. 17, n. 1, p. 99 – 124, maio. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/1677-2954.2018v17n1p99>. Acesso em: 25 jul. 2022.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial / Barcarolla, 2009.

_____.**À paz perpétua.** Tradução de Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM, 2011.

NICKEL, James. HumanRights. In: ZALTA, Edward N. (ed.), **The Stanford EncyclopediaofPhilosophy.**Fall 2021 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/rights-human/>. Acesso em: 25 jul. 2022.

NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da justiça:** deficiência, nacionalidade, pertencimento a espécie. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **O liberalismo político.** Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 2000.

_____. **O direito dos povos.** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

RAZ, Joseph. Humanrightswithoutfoundations. In: BESSON, Samantha; TASIOULAS, John. (ed.). **The philosophyofinternationallaw.** Oxford: Oxford University Press, 2010.

RORTY, Richard. Humanrights, rationality, andsentimentality. In: SHUTE, Stephen; HURLEY, Susan (org.). **Onhumanrights:** The Oxford AmnestyLectures 1993. New York: Basic Books, 1993.

SEN, Amartya. O desenvolvimento como expansão de capacidades, **Lua Nova,** São Paulo, n. 28–29, p. 313–334, 1993. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451993000100016>. Acesso em: 4 abr. 2022.

_____. Elements of a theory of human rights, **Philosophy & Public Affairs**, v. 32, n. 4, p. 315–356, autumn 2004. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3557992>. Acesso em: 14 abr. 2022.

_____. **A ideia de justiça.** Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. RODRIGUES, Gabriel Costa Val. O conceito de direitos humanos: ortodoxo ou político?, **Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL],** v. 19, n. 3, p. 703–730, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.18593/ejjl.19725>. Acesso em: 14 abr. 2022.

Capítulo 3

A DEMOCRACIA SEQUESTRADA POR DISCURSOS E AFETIVIDADES:

Primeiros impactos na interlocução entre Direito e Política

Clarissa Tassinari

A DEMOCRACIA SEQUESTRADA POR DISCURSOS E AFETIVIDADES: Primeiros impactos na interlocução entre Direito e Política

Clarissa Tassinari[1]

1. Elementos de pré-compreensão ao debate

Este capítulo faz parte do conjunto de produções vinculadas à Linha de Pesquisa "Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos" (LP 1) do PPG Direito Unisinos, cuja área de concentração é Direito Público. Essa linha de pesquisa tem como ênfase as discussões acerca do Estado e a necessária resposta às demandas sociais, à luz do dever (constitucional) de concretização dos direitos sociais fundamentais. O tema deste capítulo – delimitado pelas relações entre o Direito e a Política – está inserido, portanto, na proposta da LP1, uma vez que procura, em apertada síntese, apresentar não apenas caminhos argumentativos para desvelar a muitas vezes tensa interlocução entre um e outro, mas, mais que isso, oferecer percursos críticos a partir de um fio condutor que os une: a democracia.

Situando os leitores ou as leitoras eventualmente interessados no debate, o capítulo é resultado do desenvolvimento do projeto de pesquisa "Diálogos institucionais: a relação Direito e Política em tempos de protagonismo judicial". O projeto coloca a dinâmica entre Direito e Política no centro dos debates acadêmicos, mobilizando-a a partir dos diferentes papeis exercidos pelas instituições, em especial, pela atuação dos três Poderes do Estado e seus tensionamentos, democraticamente interligados. O aprofundamento do projeto democrático, com a necessária compreensão de suas crises[2]

1 Doutora (2016) e Mestre (2012) em Direito Público pelo PPG Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (bolsista CNPq-BR em ambos os casos). Estágio pós-doutoral (com bolsa CAPES/PNPD), na mesma instituição, sob a tutoria do prof. Lenio Streck (período: de 2017 até 2018/1). Professora da UNISINOS (mestrado e graduação). Coordenadora do grupo de pesquisa GPolis – Direito, Política e Diálogos Institucionais. Advogada (OAB/RS). E-mail: clarissa@tassinari.adv.br

2 Ver: DE MORAIS, José Luis Bolzan. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. Livraria do Advogado Editora, 2021.

(nas mais diferentes tradições político-jurídicas) e das possibilidades de sua revitalização, faz parte da agenda de pesquisas que eleva a cidadania e o acesso a direitos constitucionalmente assegurados como preocupação acadêmica.

Por fim, na condição de pesquisadora imersa na tradição hermenêutica que Lenio Streck inaugurou no Brasil, a palavra que guia essa reflexão (e seus registros na forma de texto) é *compreender*.

2. Discussão preliminar: por que as instituições importam?

Partimos da seguinte premissa: o Estado é uma instituição central em nossas vidas (SCOKPOL, 2007). No enredo da tradição das ideias políticas típicas no Ocidente, é essa invenção moderna (CREVELD, 2004)[3], afinal, que, na contemporaneidade, tem protagonizado importantes participações em blocos regionais – como bem mostra a OTAN, por exemplo, em evidência com a guerra entre Rússia e Ucrânia –, o desenvolvimento de complexos sistemas econômicos e, também, centralizado em si o desenvolvimento de programas sociais, sobretudo, a partir da segunda metade do século XX[4]. Mergulhados, portanto, nas tradições dessa forma de organização social e política tão própria da modernidade, estendida para além dos limites mesmo do Ocidente, da estatalidade, portanto, não escapamos. Em outras palavras, o Estado, como instituição, importa (e muito).

Nesse contexto, interessa aos estudos que dão contorno à relação entre Direito e Política, como talvez uma de suas mais caras possibilidades investigativas, desvelar não apenas as (boas) razões para imprimiras delimitações dos elementos constitutivos do Estado, sua forma estrutural e, acima disso, a compreensão dos alicerces que sustentam as tomadas de decisão que impõem um ou outro caminho a essa forma de vida, considerada hegemônica no globo. Na esteira das tradições em que me insiro e nas quais vinculo meu pensamento, como já foi dito desde a introdução deste texto, mais que descrever, importa compreender.

Muito por isso, em que pese essa sintética análise do Estado-nação – da sua própria formação à construção dos vínculos de nacionalidade que também o delimitam –, seu ideário pode ser compreendido, ao menos na contemporaneidade e, ainda, entre democracias *de fato*, como "a negação da ideia de uma política selvagem", como bem assinala Adauto Novaes (2003), apontando a passagem – com o edifício estatal – do

---

3 Para Martin van Creveld, na esteira da tradição ocidental, O Estado é "segunda mais importante invenção da história". A primeira, segundo ele, é o sistema político surgido na Grécia Antiga (2004, p. 82).

4 É, afinal, como reforça Skocpol, ao evidenciar o protagonismo estatal na contemporaneidade, e, também, o que sustentam outros cientistas políticos, como, no Brasil, Célia Kerstenetzky, ao debruçar-se sobre o modelo estatal do pós-Segunda Guerra (SKOCPOL, 2007; KERSTENETZKY, 2012).

combate pela força ao *combate pelas leis*[5]. A questão, assim posta, traz a interrogação: como isso se dá?

Uma possível resposta à pergunta acima vem de Ellen Immergut (1996). Em *As regras do jogo: a lógica da política de saúde na França, na Suíça e na Suécia*, a autora chama a atenção para o protagonismo das instituições – ou para as regras dessas instituições –, que, por sua vez, permitem *jogar o jogo* (ou *travar o combate*, na analogia de Novaes), esgrimando distintas proposições entre determinados atores institucionais.

Diante do exemplo da criação do seguro nacional de saúde nos três países referidos no título de seu ensaio, Immergut procura demonstrar como as instituições podem espelhar tanto a estabilidade quanto as mudanças políticas dentro do Estado. De outro modo: as *regras do jogo*, particulares a cada Estado, permitem a definição política e a construção das tomadas de decisão. O estudo da autora[6] chama a atenção para o fato de que as diferenças nos sistemas de saúde de cada país analisado não se dão apenas pela singularidade de opinião entre os parlamentares – ou as maiorias parlamentares dos países analisados, partidos políticos ou grupos de interesse, como certamente são os médicos suíços, franceses e suecos, entre outros atores do sistema de saúde de cada país[7].

Na tese defendida por Immergut, a diferença entre os modelos pode ser explicada, sobretudo, através das instituições, já que nelas está o estabelecimento das regras para o jogo político. De outro modo, para essa autora, enquanto esses mesmos atores formulam seus objetivos, projetam suas ideias e desejos, as instituições definem um contexto estratégico para a ação política – dificultando ou facilitando a canalização de seus anseios, já que "as normas constitucionais e os resultados eleitorais estabeleceram

---

5 Aqui, uma clara referência a Maquiavel (NOVAES, 2003, p. 17).

6 Segundo ela, a proposta para a ação prestacional de saúde através do Estado é muito parecida entre os países do Velho Continente, diferindo, contudo, nas políticas próprias de cada nação, ou seja, na forma do acordo (em que a saúde é um direito), embasada em um projeto de bem-estar social. Por exemplo – analisa Immergut –, na Suíça, o seguro de saúde foi rejeitado, mas o governo dá, por seu turno, um subsídio para o seguro privado. Já na Suécia, ao contrário, além do seguro ter sido aprovado, há ainda médicos contratados pelo governo. E, na França, espécie de *meio-termo* entre os dois países anteriormente mencionados, o seguro foi aprovado, e há, também, o exercício de controle sobre os preços praticados nas consultas médicas.

7 Segundo essa autora, na "Suécia, as decisões eram tomadas na arena do Executivo, através de um processo consensual que se baseava na regra majoritária. Na França, durante a Quarta República, as decisões eram tomadas no Parlamento, onde bastava aos grupos se ligar aos parlamentares indisciplinados para vetar decisões. Quando a Constituição da Quinta República liberou o Executivo do Parlamento, esse poder de veto foi eliminado. Na Suíça, a possibilidade de vetar decisões por referendo permitiu que grupos de interesse muito diferentes fizessem ameaças convincentes de vetar a legislação do seguro social de saúde. Desse modo, não foram as preferências dos médicos que definiram os perfis dos sistemas de saúde, mas as preferências de uma ampla diversidade de grupos e segmentos do eleitorado, conforme foram canalizadas através de processos políticos de variável sensibilidade a essas pressões" (IMMERGUT, 1996).

limites à capacidade dos governos para fazer reformas" (IMMERGUT, 1996). Por isso, ainda segundo Immergut, o "conjunto dessas normas institucionais determina lógicas distintas de tomada de decisão, que definem os parâmetros da ação do governo e da influência dos grupos de interesse" (IMMERGUT, 1996).

A partir daí, portanto, seria possível pensar o *Estado* – na expressão cunhada por Peter Evans (1993) – *como problema e solução*. Afinal, enquanto espaço para a elaboração e também para a concretização de uma série de projetos políticos – cujas *regras do jogo* impõem possibilidades e limites – o Estado é "central" nesse "processo de mudança estrutural". Contudo, a perspectiva de Scokpol (mais centrada na autonomia dos atores institucionais), de Immergut (no estabelecimento de regras institucionalmente definidas)ou de Evans (imersa no papel desempenhado pelas instituições) é suficiente para compreender as estruturas que informam os reflexos do Estado – essa "instituição inescapável" – em nossas vidas?

3. Desdobramentos possíveis: introduzindo a afetividade ao debate

É evidente que as observações até aqui elaboradas– talvez mais alinhadas à Ciência Política – são relevantes para ajudar a lapidar o atual estado da arte dessas questões, fugindo de uma certa entropia acadêmica – se é que assim poderíamos chamar – tão típica do fechamento próprio de cada disciplina. Na transversalidade que proponho, contudo, intuo que novas inflexões – resultado recente do esforço intelectual de diferentes perspectivas – podem contribuir para o debate.

É nesse sentido que projeto não exatamente um ingrediente que permita desvelar determinadas nuances tão próprias da interlocução entre o Direito e a Política, mas, mais que isso, um viés que permita compreender os limites do político na (polarizada) atualidade democrática, em especial, visualizando o contexto brasileiro. O caldo extraído dessas novas perspectivas talvez – como se verá no desfecho adiante – permita compreender, aí sim, os atualíssimos gatilhos predatórios da Política sobre o Direito.

Vejamos, nesse sentido, a recente cena da política brasileira, em boa medida espelhada no esfacelamento dos "sistemas longevos" típicos da democracia ocidental (PRZEWORSKI, 2020)[8]: rompendo com os limites de um *ethos* que, entre tantos pontos

8 O professor da Universidade de Nova York, Adam Przeworski, chama de "sistemas longevos" aqueles que "perduraram sem grandes alterações por quase um século [mas que] sofreram grandes desgaste em muitos países. Os que emergiram em países europeus ocidentais e anglo-saxônicos logo depois da Primeira Guerra Mundial eram dominados por dois partidos, um à esquerda e outro à direita do centro. [...] Esses sistemas permaneceram rígidos até recentemente. Apesar de por vezes mudarem de rótulo, fundindo ou rachando, eles sobreviveram não só ao tumulto do entreguerras e à Segunda Guerra Mundial, mas também às profundas transformações econômicas, demográficas e culturais de mãos de cinquenta anos após o conflito" (PRZEWORSKI, 2020). Na mesma linha, mas muito antes, Habermas já antevira tal cenário, a partir do esfacelamento

distensivos, emprestava unidade à horizontalidade democrática desde fins do Primeiro Grande Conflito na Europa, a esfera pública foi predada pela pelas polarizações. Isso, como resta evidente a todos os olhares mais atentos, tem significado a aniquilação de determinados mínimos voltados à garantia das regras do jogo, antes observadas com Immergut (1996). Mas, nos limites do estabelecimento de um certo conforto conceitual ao debate, o que caracteriza essa polarização política, potencialmente orientada à predação do Direito?

Segundo o ensaísta Francisco Bosco (2022, p. 33), tanto sua forma quanto seu próprio sentido podem ser apreendidos a partir de uma "dinâmica social político-afetiva, que diz respeito ao estabelecimento de afetos inconscientes de ódio ao adversário e gozo com o pertencimento a uma identidade política compartilhada". Segundo o autor, justamente a incorporação da afetividade na composição da polarização – ou, hermeneuticamente, seu sentido desvelado "como" afetividade – permite inferir uma série de possibilidades argumentativas. A mais significativa, intuo, talvez seja o nublamento da esfera pública em que se organiza o debate, esvaziando o sentido não apenas do próprio enfrentamento de programas ideologicamente distintos – o que é evidentemente saudável nas democracias –, mas também do efeito das veiculações midiáticas, *accountability* etc., encerrados num limbo de produção de sentidos que, no mais, será sempre próprio à perspectiva antagonista de cada lado.

Em outros termos, isso significa – no limite de eventuais generalizações – a impossibilidade de reconhecimento de falhas discursivo-partidárias de ambos os grupos. Como bem vai dizer Bosco (2022, p. 33), "os afetos opostos e simultâneos mobilizados pela polarização impedem, outrossim, o pensamento dialético e adaptativo que procede por juízos capazes de integrar diretrizes ideológicas gerais a situações específicas que eventualmente as desafiem". Não por acaso, o debate político, como bem se vê mesmo na cotidianidade de nossas relações pessoais, é míope tanto em relação a nossos imensos déficits e – paradoxalmente, excessos – de liberalismo econômico, quanto à hiperburocratização – que nos molda para além de uma bem-vinda impessoalidade – ou a uma cultura patrimonializada típica de sociedades fragmentadas por estamentos (BOSCO, 2022).

Muito por isso ficam dispostos causa e efeito de um delicado momento de nossa frágil democracia, como bem colocam Francisco Motta e Lenio Streck (2020)[9], lembran-

---

– ou da crise – dos programas de bem-estar social. Para aprofundar tais problematizações, ver: HABERMAS, Jürgen. A nova opacidade: a crise do estado-providência e o esgotamento das energias utópicas. **Revista de Comunicação e Linguagens**, n. 2, 1985. Disponível em: http://mnfd.sad.iscte.pt/Habermas_NovaOpacidade_scref2406.pdf. Acesso em: 25 AGO 2022.

9 "São frágeis as democracias constitucionais cujas instituições políticas e grupos de apoio da sociedade civil são insuficientes para gerenciar conflitos. Tipicamente, democracias frágeis herdam a autoridade

do as pertinentes lições de Samuel Issacharoff, adaptadas a países de modernidade tardia:de um lado, os insumos da polarização política, bem alinhados às afetividades; de outro, os efeitos deletérios de seu enraizamento no espaço da criatividade política, voltada à solução e à diluição de nossos complexos e coletivos problemas. Mas como isso afeta o Direito, complementando responsivamente a relação entre Direito e Política?

Entre os muitos pontos de abordagem, talvez o mais relevante dirija olhares para o rompimento dos laços institucionais que mantêm a "comunidade imaginada" – para usar a terminologia de Anderson (2008) – viva[10]. Faz sentido. Como pondera Sérgio Abranches (2018, p. 364), afinal, "há vários pontos de descontinuidade ou insuficiência institucional muito relevantes, que podem afetar a ordem constitucional e a vigência do Estado Democrático de Direito". Em outras palavras, é dizer: há um rompimento com a linguagem pública – o Direito – que permite a horizontalidade política, impondo substanciais tibiezas à esfera pública que, no limite, é a condição de possibilidade para a própria democracia[11]. E aí está o paradoxo: corrompidas as regras do jogo, como jogá-lo? Se o Direito é um efetivo meio de contenção do poder nas democracias, que papel poderia desempenhar, fragilizado por predações externas através da política?[12]

---

política do colapso de um regime autoritário, e então têm de enfrentar o recrudescimento da divisão social que vinha sendo suprimida pelo regime de força. Essas democracias devem gerenciar conflitos, estabilizar a governança e inculcar os valores da soberania popular, tudo ao mesmo tempo. E essa tarefa é conduzida com uma população que pouco compartilha, entre si, concepções de cidadania ou de comunidade. Mais: isso tudo é feito em face de determinados inimigos ou ameaças, de dentro e de fora do regime, para quem essa divergência inerente ao governo democrático é um convidativo sinal de fraqueza" (STRECK; MOTTA, 2020, p. 03).

10 Distanciando-se de clássicos, como Eric Hobsbawm (que atribui os vínculos de pertença à nacionalidade a contextos econômicos) ou Elie Kedourie (a nacionalidade em relação ao movimento revolucionário de 1789 na França), Anderson projeta o nacionalismo a partir de questões culturais (ANDERSON, 2008).

11 Remeto aqueles eventualmente interessados no assunto à tese de doutoramento de Giancarlo Montagner Copelli, em que há a apropriação da terminologia wittgensteiniana (jogos de linguagem, linguagem pública, forma de vida etc.) para formatar uma espécie de teoria do poder nas democracias. Nas muitas analogias projetadas por este autor, "linguagem pública" alinha-se aos "direitos" (COPELLI, 2018).

12 Ao longo de sua vasta obra, Lenio Streck projeta a necessidade de manutenção daquilo que chama de "autonomia do Direito", ou seja, a supremacia deste em relação à política, à moral e à economia. Por todos, cito o "Dicionário de Hermenêutica" (STRECK, 2020) e o contundente texto publicado no jornal *O Estado de S. Paulo* (2021): "A autonomia do direito, no modo como a abordo, somente pode ser conquistada a partir de uma teoria da decisão judicial que comporte, por sua vez, uma teoria da jurisdição e uma teoria da controvérsia judicial, como bem mostra Dworkin, em *Taking rights seriously*. Colocando a teoria da decisão judicial como eixo temático, tem-se por instalada uma reflexão concreta, livre das abstrações semânticas que sustentam o positivismo e, ao mesmo tempo, colocada no horizonte correto para que se torne possível encontrar os traços especificamente jurídicos da experiência humana concreta. Autonomia não será, assim, uma autonomia formal, tal como se dava — e ainda se dá — nas fórmulas positivistas, mas uma autonomia material, porque ligada ao mundo prático institucionalizado no texto constitucional.Por isso, a validade do direito perante a política, a economia e a moral não pode depender de uma jurisprudencialização do direito, isto é, não é a

4. Últimas notas para um debate ainda em aberto

Retornemos às primeiras linhas. A palavra de ordem, como antes já se disse, é "compreender". No centro desse processo, parece ganhar relevo não apenas a própria predação do Direito através da política, da moral ou mesmo da economia. Uma vez instituído justamente por essas searas, é ele – o Direito – um garantidor do funcionamento desses mesmos sistemas. Não há, afinal, como sustentar o bom azeitamento das engrenagens políticas ou econômicas – e, no limite, também morais – à margem da autonomia do Direito como, à exaustão, tanto já propôs Lenio Streck e sua Crítica Hermenêutica do Direito.

Não por acaso, na esteira dessa mesma tradição, muito de meus esforços acadêmicos também caminham nesse sentido. A distinção entre ativismo judicial e judicialização da política (TASSINARI, 2011; 2012; 2016 – entre outros estudos), colocando o primeiro como algo sempre nocivo à democracia, e o segundo, como algo contingencial, sobremodo, em países de modernidade tardia, faz parte, por exemplo, desse processo: busca-se revolver o chão linguístico, afastando as tradições inautênticas e procurando desvelar – ou compreender – o fenômeno.

Ocorre que, talvez, o atual cenário imponha boas razões para deslocar olhares – ou descer um degrau – para novas possibilidades investigativas. O ambiente de polarização política – cujas primeiras fagulhas refletem o questionamento do resultado das eleições presidenciais pelo tucano Aécio Neves – foi agudizado pelo *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff (PT), a prisão (e a soltura) do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva e a ascensão do presidente Jair Bolsonaro (atualmente, PL). O saldo, cuja expressão máxima talvez seja o pleito de 2022, parece, entretanto, não exatamente parear posicionamentos ideológicos distintos, ou mesmo antagônicos. Mais que isso, o que faz do debate público algo inegociável parece, com o acerto de Bosco (2022), bem guardado nas bordas da afetividade. Faz sentido: na persecução – ainda que precária em muitos aspectos – dos objetivos da República, bem insculpidos na Constituição de 1988, as transições de governo têm sido muito mais caracterizadas por continuidade do que por ruptura[13].

---

jurisprudência que garante o indispensável grau de autonomia do direito, e, sim, é a autonomia do direito, sustentada em um denso controle hermenêutico, que assegura as possibilidades de a Constituição ter preservada a sua força normativa. Ou seja, não se pode confundir o direito (e suas possibilidades autônomas) com a instância judiciária; e tampouco a política com a lei (vontade geral sem controle)".

13 Ver, aqui, o pertinente estudo coordenado por Marta Arretche (2018). Nele, verifica-se que as políticas públicas orientadas à diminuição da desigualdade – um dos objetivos da república –, instituídas nos governos tucanos, foram aprofundadas nos governos petistas. Embora não se tenha dados

Essa conclusão oferece desdobramentos importantes. O mais impactante deles informa que, antes da predação do Direito pela Política, nesse tenso diálogo, há a predação da própria esfera pública. Ou seja, o *lócus* privilegiado do debate, em tese o ambiente em que são esgrimadas ideias antagônicas no campo da política, é inviabilizado.

Ora, como o lugar do poder é um lugar de transitoriedades, mas sempre ocupado, e o chão das disputas por esse espaço torna-se frágil por essas mesmas razões, o deslocamento das diferenças é arremessado não apenas ao Judiciário como instância legítima, mas impõe a predação de seus próprios mecanismos orientados ao tratamento de conflitos. Como um "ouroboros", o reflexo imediato desse sucessivo encadeamento de processos colaboraria ainda mais não apenas para o esgarçamento do tecido social como, no mais, do próprio Direito. Essas são, contudo, apenas primeiras impressões sobre um debate sem pretensões finais. O debate permanece, claro, em aberto.

Referências

ARRETCHE, Marta. Democracia e redução da desigualdade econômica no Brasil: a inclusão dos outsiders. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 33, 2018. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/Mtx4F43dy9YjLkf9k85Gg7F/abstract/?lang=pt. Acesso em: 01 SET 2022.

ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de coalizão**: raízes e evolução do modelo político brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ANDERSON, Benedict. **Comunidades imaginadas**. Reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo. Tradução de Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

BOSCO, Francisco. **O diálogo possível**. Por uma reconstrução do debate público brasileiro. São Paulo: Todavia, 2022.

COPELLI, Giancarlo Montagner. **Construções entre filosofia da linguagem e Teoria do Estado**: o Estado Social como Estado de Direito e seus desafios no Brasil. Tese de doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2018.

CREVELD, Martin van. **Ascensão e declínio do Estado**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

EVANS, Peter. O Estado como problema e solução. **Lua Nova**: revista de cultura e política, n. 28-29, p. 107-157, 1993. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451993000100006&script=sci_arttext. Acesso em: 23 ABR 2022.

HABERMAS, Jürgen. A nova opacidade: a crise do estado-providência e o esgotamento das energias utópicas. **Revista de Comunicação e Linguagens**, n. 2, 1985. Disponível em: http://mnfd.sad.iscte.pt/Habermas_NovaOpacidade_scref2406.pdf. Acesso em: 25 AGO 2022.

IMMERGUT, Ellen M. As regras do jogo: a lógica da política de saúde na França, na Suíça e na Suécia. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 30, n. 11, p. 139-163, 1996. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&q=immergut&btnG=&lr=lang_pt. Acesso em: 03 MAI 2022.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. **O Estado do Bem-estar Social na Idade da Razão**. A reinvenção do Estado Social no mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

---

compilados para auferir essa relação – ruptura ou continuidade – com o atual governo, adverte-se que a polarização política no Brasil antecede, e muito, a última transição e acontecimentos considerados relevantes na cena política. Ou seja, os insumos desse tensionado cenário deitam raízes – endossando o posicionamento de Bosco (2022) – muito mais em predisposições afetivas que, no limite, em razões ideológicas inegociáveis.

NOVAES. Adauto. **A crise do Estado-Nação**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

PRZEWORSKI, Adam. **Crise da democracia**. Tradução de Bertilo Vargas. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.
SKOCPOL, Theda. El Estado regresa al primer plano: estrategias de análisis en la investigación actual. **Lecturas sobre el Estado y las políticas públicas**: Retomando el debate de ayer para fortalecer el actual, 2007. Disponível em: http://www.terceridad.net/Sistemasdesalud/230.pdf#page=169. Acesso em: 06 JUL 2022.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco. Democracias frágeis e cortes constitucionais: o que é a coisa certa a fazer?. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 25, n. 4, 2020. Disponível em: https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/11284. Acesso em: 31 AGO 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Letramento Editora e Livraria LTDA, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Autonomia do direito e decisão judicial. **O Estado de S. Paulo** – Estado da Arte. São Paulo, 2021. Disponível em: https://estadodaarte.estadao.com.br/autonomia-direito-decisao-judicial/. Acesso em: 01 SET 2022.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial**: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2011. Disponível em: http://repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/3522. Acesso em: 01 AGO 2022.

TASSINARI, Clarissa. A Atuação do Judiciário em Tempos de Constitucionalismo Contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 28, n. 2, p. 32-47, 2012. Disponível em: http://45.79.197.60/index.php/revistafdsm/article/view/623. Acesso em: 01 AGO 2022.

TASSINARI, Clarissa. **A supremacia judicial consentida**: uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política. Tese de doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2016. Disponível em: http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/6403. Acesso em: 01 JUN 2022.

Capítulo 4

GNOSIOLOGIA DOS FATOS NOTÓRIOS, CONFESSADOS E INCONTROVERSOS E SUAS APLICABILIDADES

Darci Guimarães Ribeiro

GNOSIOLOGIA DOS FATOS NOTÓRIOS, CONFESSADOS E INCONTROVERSOS E SUAS APLICABILIDADES

Darci Guimarães Ribeiro[1]

Sumário: 1. Noções gerais; 2. Fatos notórios; 2.1. Conceito; 2.2. A prova da notoriedade; 2.3. A máxima *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientizam*; 2.4. requisitos da notoriedade; 3. Confissão; 3.1. Conceito, 3.2. Natureza jurídica; 3.3. Confissão e reconhecimento jurídico do pedido; 3.4. Confissão e Renúncia; 3.5. Confissão e fatos incontroversos; 3.6. Direitos indisponíveis; 4. Fatos incontroversos; 4.1. Conceito; 5. Considerações Finais.

1. Noções gerais

O legislador, ao elaborar o CPC, previu determinadas provas que poderiam ser utilizadas em juízo para formar o convencimento do magistrado, tais como a ata notarial, o depoimento pessoal, a confissão, a exibição de documento ou coisa, o documento, a testemunha, a perícia e a inspeção judicial. Todavia, não vetou a possibilidade de o juiz se convencer através de outros meios, quando introduziu, sabiamente, o art. 369 do CPC, permitindo com isso que pudesse o magistrado se abeberar em outras fontes de convencimento para melhor atender aos reclames da justiça.

---

1 Advogado. Pós-Doutor em Direito Processual Constitucional pela *Universitá degli Studi di Firenze*. Doutor em Direito pela *Universitat de Barcelona*. Especialista e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Professor Titular de Direito Processual Civil da UNISINOS e PUC/RS. Professor Adjunto de Direito Processual Civil da UFN. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS (Mestrado, Doutorado e Pós-Doutorado). Membro da *International Associationof Procedural Law*. Membro do Instituto Ibero-americano de Derecho Procesal. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual. Membro representantedo Brasil no Projeto Internacional de Investigação sobre *Nuevos retos tecnológicos del derecho probatorio,* (PID2020-115304GB-C21) financiado pelo Ministério de Ciência e Inovação – MEC – da Espanha.

São esses meios, não definidos pelo legislador, que procuraremos desenvolver nesta exposição, uma vez que não se encontram delimitados por nenhuma lei, não apresentam requisitos, consequentemente, tornam-se obscuros, pouco utilizados, devido à insegurança trazida pela falta de seu conhecimento, quando deveria ser exatamente o oposto, uma vez que a realidade não se limita àquelas hipóteses legais previstas pelo legislador, que só têm o condão de fazer com que fique limitada a capacidade de percepção do juiz, o qual não consegue enxergar além da previsão legal.

2. Fatos notórios

2.1. Conceito

Um dos maiores problemas encontrados, ainda hoje, é o de definir o que seja fato notório[2], apesar da advertência do poeta francês STÉPHANE MALLARMÉ (1842-1898), para quem *definir é matar; sugerir é criar*, para, a partir daí, se extrair sérias consequências, tais como: *notoria non agent probatione*?, *secundum allegata et probatapartium judex judicare debet*?, *iura novit curia*?, *judex judicare debet secundum suam conscientiam*? E, também, diferenciá-lo da *Erfahrungssätze* (ou máxima de experiência).

A primeira tentativa legislativa de definição do fato notório encontramo-la no art. 297 do *Progetto di Codice di Procedura Civile,* de CARNELUTTI, que diz: "*Si reputano pubblicamente notori quei fatti la cui esistenza è nota alla generalità dei cittadini nel tempo e nel luogo in cui avviene la decisione*". Essa conceituação foi, em termos, criticada por CALAMANDREI, que acresceu, ao aludido artigo, a expressão "*di media cultura*", resultando na seguinte redação: "*Si reputano pubblicamente notori quei fatti, la cui esistenza è nota alla generalità dei cittadini di media cultura nel tempo e nel luogo in cui avviene la decisione*"[3].

Esse acréscimo feito por CALAMANDREI, num dos melhores artigos sobre o tema, constitui a sua ideia fundamental e caracterizadora da notoriedade, tanto que ele próprio definiu, o notório como "*quei fatti la cui conoscenza fa parte della cultura normale propria di una determinata cerchia sociale nel tempo in cui avviene la decisione*"[4].

Em outro artigo, também brilhante, encontramos o posicionamento de ALLORIO, que tenta definir a notoriedade do ponto de vista substancial, pois, do ponto de vista formal, isto é, "*elefecto de la notoriedad*"[5] resulta que eles estão isentos de prova e tal definição analisa a notoriedade, levando em conta somente o caráter extrínseco do

---

2 Mesmo para BENTHAM (1748-1832), o conceito de fato notório "requiere grandes precauciones. ¿Qué es la notoriedad? Cuestión difícil de resolver".*Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: EJEA, 1971, v. I, p. 97.

3 *Per la definizione del fatto notorio*. In:Rivista di Diritto Processuale Civile, 1925, v. II, p. 275.

4 Ob. cit., p. 298.

5 *Observaciones sobre el hecho notorio*. In: Problemas de Derecho Procesal. Buenos Aires: EJEA, 1963, t. II, p. 392.

instituto, não definindo a sua natureza íntima. Somente no aspecto substancial, segundo ALLORIO, é que podemos encontrar o que seja verdadeiramente a notoriedade, que a define como: "*todo hecho que el juez conoce, y que a todo juez, en funciones análogas, le sería o pudiera serle conocido, ya por la divulgación de la noción de tal hecho, va porque (según se agrega, con precisación oportuna) tal noción constituye 'presupuesto', o sea, elemento constitutivo de la cultura ordinaria del magistrado*"[6]. O que se conclui a partir dos conceitos expressados é que a notoriedade não é um elemento essencial do fato, senão uma circunstância acessória.

2.2. A prova da notoriedade

Cumpre esclarecer, a partir das conceituações expostas, se vige o princípio canônico[7] "*notoria non egent probatione*", ou seja, *os fatos notórios não dependem de prova.*

Insurgiram-se contra esse princípio BENTHAM, LESSONA e FLORIAN. Para o primeiro: "*La palabra notoriedad, en materia judicial, resulta precisamente muy sospecha. Es un pretexto muchas veces utilizado cuando no hay asomo de prueba o cuando la prueba se hace demasiado difícil*"[8]. Mas a qualidade do jurista não o cegou, diante da realidade de que "*hay casos en que los hechos son tan notorios que ni la parte adversa se atrevería a negarlos sin exponerse a una imputación de mala fe*"[9]. Já para LESSONA, o maior contendor da máxima em apreço, "*lo verdadero no necesita ser notorio. Probar la notoriedad no equivale a probar la verdad, a menos de decir que es notorio lo que, no sólo es verdadero sino también conocido, como tal, a todos. Y entonces la notoriedad es un requisito superfluo, porque la ley se contenta con la verdad*"[10]. Porém, o próprio autor admite que existem fatos que o juiz deve ter por verdadeiros, sem necessidade de prova. São os fatos evidentes, e que traduzem "*las verdades axiomáticas proprias de las varias ciências*"[11]. Para CALAMANDREI, tal distinção serve apenas "*per Lessona sfuggire alla contraddizione*"[12], já que, para LESSONA, o que não necessita de prova são os fatos evidentes. E, para FLORIAN, "*la notorietà, di per sè, non esonera dalla prova i fatti, a cui essa s'accompagni; bensì essa potrà esimerli dalla prova in*

---

6 Ob. cit., p. 405 e 406.

7 Segundo CALAMANDREI, o princípio "*notoria non egent probatione*" tem origem no direito canônico, mais precisamente no *Codex juris canonici,* cânone 1747, e nos foi passado pelo direito comum, ob. cit., p. 273.

8 Ob. cit., p. 97. Essa desconfiança de Bentham era originária do próprio processo criminal antigo, como bem demonstrou.

9 Ob. cit., p. 97.

10 *Teoria general de la prueba en el derecho civil*. Trad. Enrique Aguilera de Paz. Madrid: Reus, 1957, t. I, nº 170, p.213.

11 Ob. cit., nº 175, p. 217.

12 Ob. cit., p. 279.

quanto, posta, come oggetto di contradittorio, la questione sulla loro sussistenza, non sorgano contestazioni"[13].

Atualmente, é pacífico, na doutrina[14] e na jurisprudência[15], que o fato, sendo notório, está dispensado da prova, máxime na nossa legislação que sempre previu legalmente tal dispensa, conforme inc. I, do art. 374 do CPC, e também encontra previsão expressa no nº 1 do art. 514, do CPC, de Portugal; no § 291 da ZPO alemã, já de forma não tão precisa[16], e no art. 115, *comma* 2º do CPC Italiano.

2.3. A máxima *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientizam*

Resta saber se entre nós vige o princípio "*secundum allegata et probata, non secundum conscientizam*". Inicialmente cumpre esclarecer que de acordo com JOAN PICÓ o brocardo correto é *iudexiudicaredebet secundum allegata et probata, non secundum conscientizam* e não o tradicionalmente conhecido *secundum allegata et probata partium debet iudex iudicare*[17].

---

13 *Delle Prove Penali*, Ed. Francesco Vallardi, Milano, 1924, v. I, nº 43, p. 90. Para este autor, como para Bentham, era necessário o consentimento, expresso ou tácito, das partes sobre o fato cuja notoriedade se alega, para que não requeressem prova.

14 Nessesentido, encontramos CALAMANDREI, ob. cit., p. 273; ALLORIO, ob. cit., p. 392; ZANZUCCHI, *Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè, 1947, vol. I, p. 328; ALSINA, *Tratadoteóricopractico de DerechoProcesalCivil y Comercial*. Buenos Aires: Ediar, 1958, v. III, p. 247s; COUTURE, *Fundamentos del DerechoProcesalCivil*. Buenos Aires: Depalma, 1988, nº 150, p. 233; DEVIS ECHANDIA, *Teoría General de la Prueba Judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1974, v. I, p. 219; CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, v. II, nº 262, p. 352 e 353; MICHELLI, *La carga de la prueba*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Bogotá: Temis, 1989, nº 17, p. 105; ANTUNES VARELA, *Manual de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra, 1985, p. 420; LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: José Konfino, v. II, nº 284, p. 294; UGO ROCCO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Depalma, 1983, v. II, p. 191; CARNELUTTI, *La PruebaCivil*. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Arayú, 1955, nº 4, nota 19, p. 15; MOACYR A. SANTOS, *ProvaJudiciária no Civil e Comercial*. São Paulo: Max Lomonad, 1970, 4ª ed., v. I, nº 98, p. 158 e *Comentáriosao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, 7ª ed., v. IV, nº 27, p. 35; PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, t. IV, p. 351; CESAR A. SILVA, *Ônus e Qualidade da Prova Cível*, AIDE, 1991, p. 97.

15 "*A circunstância de o fato encontrar certa publicidade na imprensa não basta para tê-lo como notório, de maneira a dispensar a prova. Necessário que seu conhecimento integre o comumente sabido, ao menos em determinado estrato social por parcela da população a que interesse*" (STJ, 3ª T. REsp. nº 7.555/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 30.04.91, DJU 03.06.91, p. 7.425).

16 Segundo MICHELLI, ob. cit., p.108 e N. TROCKER, *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 530.

17 Sobre o princípio segundo o qual *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientizam* e sua repercussão atual, encontramos a clássica obra de JOAN PICÓ I JUNOY, que, de forma original e magistral, esclarece e aponta a origem do equívoco segundo o qual atualmente limitamos os poderes instrutórios do juiz no processo, seja ele civil ou penal, *El juez y laprueba*, Barcelona: Bosch, 2007 (Existe tradução desta obra para o português, O juiz e a prova. Trad. Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2ª ed., 2017).

O CPC, no seu art. 371, estabelece que "*O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento*". É o princípio do convencimento motivado, que permite ao juiz soberanamente analisar as provas produzidas nos autos, "*independentemente do sujeito que a tiver promovido*", ou seja, afasta-se legalmente a necessidade de o fato ser "*secundum allegata partium*"[18], o que não significa dizer, segundo CALAMANDREI, que é "*dovere del giudice di conoscere d'ufficio i fattinotorî*", criando, consequentemente, uma máxima paralela "*notoria novit curia*"[19], mas uma faculdade que lhe é reconhecida[20].

E como fica o restante da máxima, onde o juiz "*secundum probata decidire debet*", tendo em vista que a lei dispensa somente a alegação feita pelas partes, e não a possibilidade de o fato estar fora dos autos, porque, dessa forma, o juiz estaria julgando com base em sua ciência privada, isto é, "*secundum conscientiam suam*", o que é proibido, pois vige, entre nós, ainda a máxima "*quod non est in actis non est in mundo*"[21]. Aqui, como também nas regras de experiência, se nos apresenta uma exceção ao princípio

---

18 Nesse sentido, encontramos WACH, *Conferências sobre La Ordenanza Procesal Civil Alemana*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1958, p. 232; mas a doutrina alemã sobre essa questão é controvertida, segundo nos informa N. TROCKER, pois Rosenberg-Schwab são contra a máxima; já Lent-Jauerning são favoráveis à máxima, ob. cit., p. 531, nota 32. Também no Direito português encontramos o afastamento da máxima "*secundum allegata partium*", no nº 1, do art. 514 do seu diploma processual, o qual prescreve que os fatos notórios *não carecem de prova, nem sequer de alegação*. Neste sentido ANTUNES VARELA, ob. cit., p. 420; FERNANDO LUSO SOARES, *Processo Civil de Declaração*, Coimbra: Almedina, 1985, p. 748. Em sentido contrário, encontramos ALLORIO, referindo-se à liberdade do juiz que "*no es ilimitada: encuentra un límite en la necesidad de que sean formulados por la parte, aunque sean notorios, por lo menos los hechos indispensables para la identificación de la razón sostenida en juicio*", ob. cit., p. 403. Também MICHELLI limita a possibilidade de o juiz agir de ofício, ob. cit., nº 17, p. 108.

19 Ob. cit., p. 281.

20 Nesse sentido, CHIOVENDA quando nos diz que "*pode o juiz tomar êsses fatos em consideração independentemente da afirmação que dêles faça ou da prova que delês apresente a parte interessada*", *Instituições de Direito Processual Civil*, ob. cit. v. II, nº 262, p. 352; Também MICHELLI quando assevera "*el juez puede, no debe, tener encuenta tal hecho que el interessado no ha afirmado*", ob. cit., nº 17, p. 105. Em sentido contrário, ALLORIO, quando assevera: "*Nos parece fuera de duda que el juez tiene, cabalmente, no sólo la facultad, sino el deber de denunciar los hechos notorios sin necesidad de prueba*", ob. cit., p. 398.

21 Essa impossibilidade de o juiz julgar "*secundum conscientiam suam*" encontra o seu limite no princípio que obriga o magistrado "*secundum allegata et probata partium judex judicare debet*", pois, como justifica STEIN, são duas as proibições: **1)** "*proibisce al giudice di allargare di sua iniziativa il campo della lite oltre i fatti che le parti abbiano dedotto nel processo* (*«secundum allegata decidere debet»*); **2)** *gli proibisce di servirsi, per accertare la verità dei fatti allegati dalle parti, di mezzi diversi dalle prove raccolte nel processo* (*«secundumprobata decidere debet»*)", *apud* CALAMANDREI, ob. cit., p. 282. Mas, conforme CALAMANDREI, a razão mais persuasiva é "*quella desunta dalla incompatibilità psicologica tra la funzione del giudice e quella del testimone*", ob. cit., p. 283; pois, "*se fosse permesso al giudice di utilizare nel processo le sue infirmazioni stragiudiziali e di attingere liberamente alle torbide riserve della memoria per trar fuori dai residui delle osservazioni occasionali tutto quello che per avventura si riferisce ai fatti della causa, egli, sotto veste di giudice, compirebbe in realtà funzione di testimone: e i pericoli di inesatta o incompleta percezione, di arbitraria rappresentazione, di inconsapevole parzialità che sono inerenti ad ogni testimonianza, resterebbero in questo caso senza corretivo alcuno, perchè non interverrebbe a rimuoverli o ad attenuarli la valutazione*

"*secundum allegata et probata partium judex judicare debet*", ou seja, o fato notório representa uma exceção a esse princípio, na medida em que o juiz pode julgar, baseado nesse fato, sem necessidade de as partes terem alegado, nem feito qualquer tipo de prova, vale dizer, não há o ônus da alegação nem da prova, consequentemente o juiz julga "*secundum conscientiam suam*". Isso nada tem a ver com o seu conhecimento privado, pois ali o fato é conhecido, não só pelo juiz do processo, senão por todos os juízes, procuradores e pessoas de determinada cultura média, enquanto aqui o conhecimento seria somente do juiz julgador do processo, *e.g.*, se o magistrado tivesse presenciado um acidente. Também o tribunal poderá julgar independentemente da alegação das partes e do juiz, isto é, pode o tribunal, no julgamento do recurso, reformar ou manter a decisão *a quo* baseada num fato notório[22].

Essa possibilidade de o juiz julgar "*secundum conscientiam suam*" encontra justificativa nas palavras de CALAMANDREI:

> "*In conclusione, se il divieto al giudice di utilizzare nel processo la sua scienza privata trova la sua ragione determinante nellaincompatibilità tra la funzione di giudice e quella di testimone, è evidente che questo divieto non può sussistere per quelle nozioni (massime di esperienza o giudizi su singoli fatti) che il giudice trova già acquisite al patrimonio culturale di una determinata cerchia sociale; perché, non essendovi bisogno di esercitar sulle medesime quella valutazione critica alla quale deve sempre esser sottoposta la deposizione individuale del testimone, il giudice può tranquillamente utilizzarle senza trovarsi nella pericolosa situazione di dover giudicare sé stesso, mentre le parti sono sempre in grado di controllarne l'esattezza, essendo tali nozioni comune patrimonio di una collettività*"[23].(grifo nosso).

Todavia, a possibilidade de o fato notório ser utilizado de ofício pelo juiz, não implica necessariamente que o mesmo possa dele valer-se sem assegurar as partes o direito ao contraditório, como assim prevê o art. 10 c/c o § 1º do art. 927, ambos do CPC[24]. Esta é a razão pela qual o CPC prevê em seu art. 357, inc. IV, que inclusive "*as questões de direito relevantes para a decisão de mérito*" devam ser fixadas no saneamento. E

---

obiettiva di persona diversa dal testimone", ob. cit., p. 284. Tal justificativa se dá, como visto, pela incompatibilidade psicológica entre a função de juiz e a função de testemunha, o que significa dizer que, uma vez afastada tal *incompatibilidade*, também estaria afastada tal justificativa, permitindo, por conseguinte, ao juiz julgar "*secundumconscientiam suam*"; resta saber o que significa isso em matéria de fato notório.

22 Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao código de processo civil*, ob. cit., t. IV, p. 353; e ALLORIO, ob. cit., p. 403.

23 Ob. cit., p. 295.

24 De igual forma encontramos a doutrina alemã da *Bundesverfassungsgericht*, segundo a qual também o notório debe passar pelo crivo da controvérsia "*trattazione*" (*Gegenstandder Verhandlungwerden*), TROCKER, ob. cit., p. 530s, podendo, inclusive, a parte producir prova em contrário, pois "*È opinione comune nella dottrina e giurisprudenza tedesche che la prova contraria sia sempre ammissibile*", nota 34, *apud*

a razão é simples, permitir que as partes possam contraditá-la e assim poder influenciar o juiz.

2.4. Requisitos da notoriedade

A notoriedade é um conceito relativo, não existindo para todos os homens, sem limitação de tempo e de espaço[25]. Quem aquilata se o fato é ou não notório é o juiz ou o tribunal, posto que ele mesmo avalia a prova contida nos autos, segundo o art. 317 do CPC. Mas deverá tê-lo fixado, como vimos anteriormente, no saneamento, a fim de garantir às partes a possibilidade de contraditá-lo.

O fato, para ser notório, não necessita ser conhecido, *v.g.*, em que ano Rui Barbosa foi Ministro da Fazenda? mas *cognoscível*. Porém, a cognoscibilidade do fato não adianta para que seja notório, é necessário que também seja *compreensível*, isto é, seja apreensível por qualquer homem. Todavia, a compreensibilidade exigeum limite dentro do qual possa ser percebido que é a *cultura média*, e significa, segundo CALAMANDREI, "*non soltanto le nozioni che si apprendono a scuola e che rappresentano il resultato di uno studio scientifico più o meno approfondito, ma altresì tutto quel complesso di conoscenze empiriche, tratte dalla esperienza o dalla tradizione, che ciascun uomo vivente in società possiede in conseguenza della sua appartenenza a una determinada cerchia di persone, aventi con lui*"[26].

O fato, quando reconhecido como notório, é muito influente e embora haja confissão, ela é ineficaz diante da notoriedade do fato[27].

TROCKER, ob. cit., p. 532. Também FLORIAN, para quem "*non possono diventare giuridicamente rilevanti agli effetti della sentenza se non siano enunciate dal giudice nel contraddittorio offrendo così alle parti la possibilità di controllarle od impugnarle*", ob. cit., p. 91. E também UGO ROCCO, para quem "*este conocimiento no puede ser utilizado por él si no le llega dentro del proceso y a consecuencia del despliegue de actividades procesales*",Tratado de Derecho Procesal Civil,ob.cit., v. II, p.192. Para JUAN MONTERO AROCA "*el problemaprocesal del hecho notorio es que el juez tendrá que declarar la notoriedad y la no necesidad de prueba en la sentencia*", *La Prueba en el Proceso Civil*, Madrid: Civitas, 1996, p. 52. Para esse autor, a fixação da notoriedade deve ser feita na sentença, o que inviabilizaria, salvo melhor juízo, a parte de fazer prova em sentido contrário, limitando, em consequência, a abrangência do art. 693.2ª da LEC espanhola, que prevê a fixação dos pontos controvertidos, somente ao "*juicio de menor cuantía*". É interessante notar o posicionamento de ALLORIO, que exclui o fato notório da ciência privada do juiz, dizendo: "*La verdad es que, si los hechos notorios escapan a la regla que prohíbe al juez hacer uso de su ciencia privada, ello ocurre porque los mismos no forman parte de dicha ciencia: sino, más bien, porque entran en la ciencia oficial del juez: en la misma ciencia en que entra su conocimiento del derecho*", ob. cit., p. 397 e 398. E essa ciência oficial do juiz traz como consequência, segundo ele, o fato de que: 1) "*el juez tiene, cabalmente, no sólo la facultad, sino el deber de denunciar los hechos notorios sin necesidad de prueba*", ob. cit., p. 398; e 2) "*continúa siendo procesalmente viciada la decisión que se haya emitido sin tomar en cuenta tales hechos*", ob. cit., p. 399.

25 STEIN, *El conocimiento privado del juez*. Trad. Andrés de la Oliva Santos. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, p. 136.

26 Ob. cit., p. 293.

27 Cf. PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao código de processo civil*, ob. cit., t. IV, p. 354.

Conclui-se, portanto, que fato notório é o *fato conhecível e compreensível por um homem de cultura média no momento da decisão*.

3. Confissão

3.1. Conceito

Estabelece o art. 374, inc. II do CPC: "*Não dependem de prova os fatos:(...) II- afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária*", pois estes são tidos como verdadeiros, na medida em que há confissão, e esta, segundo art. 389 do CPC, existe, "*quando a parte admite a verdade de um fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário*". Total razão assiste a PONTES DE MIRANDA, quando assevera: "*Somente é confissão o que se refere à afirmação da parte quanto ao que a outra tinha de afirmar e provar*"[28]; a contrário senso, se a outra parte não tinha o ônus de afirmar e provar, não pode ser confissão; não obstante o "*confitente*" afirme um fato desfavorável ao adversário, tal fato será favorável a si mesmo.

O conceito de confissão, explicitado no referido art. 389, é equivocado, visto que a lei considera confesso aquele que *admite* a verdade de um fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário. A mesma lei diferencia *admissão* de *confissão*, quando distingue o inc. II do inc. III no art. 374 do diploma processual. Admissão e confissão são conceitos distintos, que não podem ser confundidos[29]. A confissão exige, segundo MOACYR A. SANTOS, "*uma declaração, não mera admissão*"[30]; é um *plus* a admissão, isto é, exige uma exteriorização do pensamento que pode ser oral ou escrita, e tem como natureza jurídica ser uma declaração de ciência ou conhecimento, constituindo um meio de prova[31].

---

28 *Comentários ao código de processo civil*, ob. cit., p. 424.

29 A diferença entre *admissão* e *confissão* foi notada por CARNELUTTI, ao dizer: "*La afirmación de unhechoya afirmado por la contraparte se llama admisión, cuya noción, por tanto, se puntualiza em estos términos: posición como pressupuesto de la demanda, de um hecho ya pressupuesto em la demanda contraria*", La Prueba Civil, ob. cit., p. 08, ou seja, "*quando a parte não impugna a verdade de uma afirmação contrária, sem dizer nem fazer compreender que conhece o fato, se tem simplesmente admissão*", *Sistema Del Diritto Processuale Civile*, Padova: Cedam, 1936, 1º v., Nº 311. Aceitando parcialmente a distinção proposta por Carnelutti, encontramos DEVIS ECHANDIA, que apresenta quatro diferenças: " *1)en la admisión el hecho debe haber sido alegado previamente por la contraparte, lo cual no ocurre en la confesión; 2) la admisión debe ser siempre espontánea, mientras que la confesión puede se también provocada mediante un interrogatorio del juez o de la parte contraria; 3) las consecuencias de la admisión pueden ser favorables o desfavorables al admitente, mientras que en la confesión esa consecuencia es siempre adversa al confesante en cuanto favorece a su contra-parte; 4) la admisión sólo puede ocurrir en el proceso, y la confesión puede ser también extraprocesal*", Teoría General de la Prueba Judicial, ob. cit., vol. 1, p. 644 e 655.

30 *Comentáriosao código de processo civil*, ob. cit., p. 102.

31 No sentido de identificar a natureza jurídica da confissão com uma declaração de ciência ou conhecimento, constituindo meio de prova, encontramos DEVIS ECHANDIA, *Teoría General de La Prueba Judicial*, ob. cit., p. 667; CARNELUTTI, *Teoría General Del Derecho*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955, nº 138, p. 370; PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao código de*

3.2. Natureza Jurídica

É a confissão um ato jurídico *stricto sensu* e não um negócio jurídico[32], pois, segundo MARCOS BERNARDES, "*no ato jurídico stricto sensu, como se conclui, a vontade não tem escolha da categoria jurídica, razão pela qual a sua manifestação apenas produz efeitos necessários, ou seja, preestabelecidos pelas normas jurídicas respectivas, e invariáveis*"[33], isto é, no momento em que à parte confessa é-lhe proibido preestabelecer efeitos, condições ou termo. Tal é o sentido da lei, art. 395 do CPC, quando diz: "*A confissão é, em regra, indivisível, não podendo a parte que a quiser invocar como prova aceitá-la no tópico que a beneficiar e rejeitá-la no que lhe for desfavorável, (...)*". É a consagração do princípio da *indivisibilidade da confissão*, quer dizer que a confissão não pode ser aceita em parte e rejeitada em parte, salvo na hipótese única, legalmente prevista, de fatos novos, art. 395 do mesmo diploma.

3.3. Confissão e reconhecimento jurídico do pedido

Diverge da confissão o reconhecimento jurídico do pedido, apesar disso para CARNELUTTI, "*la confesión no es 'especie' distinta del reconocimiento, sino 'género' del cual el reconocimiento constituye una especie*"[34]. Enquanto a confissão é ato jurídico *stricto sensu*, o reconhecimento é negócio jurídico processual, ou seja, a parte, além de aceitar os

---

processo civil, ob. cit., p. 408. Sobre a natureza jurídica da confissão, consultar obrigatoriamente DEVIS ECHANDIA, *Teoría General de La Prueba Judicial*, ob. cit., nº 157, no qual o autor expõe de forma esplêndida as nove teses sobre o tema. No Brasil encontramos MOACYR A. SANTOS que, ao conceituar confissão, identifica-a como "*o reconhecimento da verdade, integral ou parcial, dos fatos alegados pelo adversário*", *Comentáriosao código de processo civil*, ob. cit, nº 83, p. 98; e, mais adiante, quando se refere à natureza jurídica, identifica-a como "*um testemunho qualificado pelo sujeito, que será sempre a parte, mas testemunho, em que se contém uma declaração de ciência dos fatos da causa*", Comentários ao código de processo civil, ob. cit., nº 84, p.99. Se a confissão é declaração de verdade,negado está que seja um ato de vontade que persiga necessariamente produzir determinado efeito jurídico; nesse sentido, D. ECHANDIA, *Teoría General de La Prueba Judicial*, ob. cit., p. 661.

32 Originariamente CARNELUTTI entendia a confissão como sendo um negócio jurídico processual, *La Prueba Civil*, nº 08, p. 32s; porém mais tarde mudou de opinião dizendo ser ela um ato jurídico, não mais um negócio jurídico, *Teoría General del Derecho*, nº 138, p. 370 e no Sistema de Derecho Procesal Civil. Trad. Niceto A. Zamora y Castillo e Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Uteha, 1959, t. II, nº 311.

33 *Teoria do Fato Jurídico*, São Paulo: Saraiva, 1985, p. 162. Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, São Paulo: RT, 1983, t. I, § 26, nº 3, p. 83s; e principalmente nos *Comentários ao código de processo civil*, ob. cit., p. 408s. Em sentido contrário encontramos NELSON NERY JÚNIOR, afirmando ser a confissão "*negócio jurídico unilateral, não receptício, processual ou não, conforme seja realizado fora do processo ou não*", *Código de processo civil comentado*, São Paulo: RT, 2014, art. 348.1, p. 769. O autor continua com este ponto de vista inclusive nos comentários ao NCPC, 2015, art. 389.2, p. 1022.

34 *La Prueba Civil*, ob. cit.,nº 27, p. 136. E acrescenta o prestigiado autor: "*Se puede reconocer un hecho sin reconocer el derecho que de él derive; pero no cabe reconocer un derecho, que derive de un hecho, sin reconocer el hecho mismo*", ob. cit., nº 27, p. 136.

efeitos contidos na lei, pode escolher outros, desde que haja anuência do autor. A confissão pode emanar tanto do autor quanto do réu; já o reconhecimento é ato privativo do réu, segundo se depreende da letra 'a', do inc. III, do art. 487 do CPC. A confissão versa exclusivamente sobre fatos, enquanto o reconhecimento versa sobre "*consequências jurídicas pretendidas pelo autor*"[35]. Havendo confissão, o processo continua, enquanto que, havendo o reconhecimento total, o processo extingue-se com resolução do mérito, art. 487, inc. III letra 'a' do CPC (sentença homologatória); e, se for parcial o reconhecimento, poderá haver o julgamento antecipado parcial do mérito, conforme art. 356, inc. I do CPC. Na confissão, o juiz não está obrigado a julgar contra o confitente, segundo se depreende do art. 371 do CPC, ao passo que, no reconhecimento, o juiz, de regra (tendo em vista que só cabe reconhecimento quando se tratar de direitos disponíveis), deve julgar procedende a ação[37]. A confissão é meio de prova, enquanto o reconhecimento não o é.

3.4. Confissão e renúncia

A confissão também se diferencia da renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação, pois a renúncia é, segundo CHIOVENDA, "*a declaração do autor de que sua ação é infundada*"[38]; enquanto, na confissão, a parte declara a verdade de um fato contrário ao seu interesse, na renúncia, o autor não declara nenhum fato afirmado pelo réu e contrário ao seu interesse, mas somente a inconsistência jurídica da sua pretensão processual. A confissão pode emanar, tanto do autor quanto do réu; já a renúncia é ato privativo do autor, segundo se depreende da letra 'c', do inc. III, do art. 487 do CPC. Enquanto a confissão é ato jurídico *stricto sensu,* a renúncia é negócio jurídico processual, ou seja, a parte, além de aceitar os efeitos contidos na lei, pode escolher outros, desde que haja anuência do réu. Na confissão, o juiz não está obrigado a julgar contra o confitente, segundo se depreende do art. 331 do CPC, enquanto na renúncia o juiz deve julgar improcedente a pretensão processual. A confissão é meio de prova, a renúncia, não.

---

35 CLITO FORNACIARI JÚNIOR, *Reconhecimento jurídico do pedido*, RT, 1977, nº 6, p. 10.

36 Nesse sentido, MONIS DE ARAGÃO, *Comentários ao código de processo civil*, São Paulo: Forense, 1987, nº 550, p. 563; em sentido contrário FREDERICO MARQUES, *Manual de direito processual civil*, São Paulo: Saraiva, 1990, v. II, § 69, nº 469.

37 Nesse sentido, CLITO FORNACIARI JÚNIOR, *Reconhecimento jurídico do pedido*, ob. cit., nº 6, p. 11e nº 30, p.73; em sentido contrário, CHIOVENDA, quando diz: "*O simples fato do reconhecimento, porém, não confere ao autor o direito de obter sentença favorável*", Instituições de Direito Processual Civil, ob. cit., 2º v., nº 263, p. 356.

38 *Instituições de Direito Processual Civil*, ob. cit., 2º v., nº 263, p. 355.

3.5. Confissão e fatos incontroversos

Resta, ainda, a distinção entre confissão e fatos incontroversos, já que a própria lei faz a distinção entre ambos, nos incisos II e III, do art. 374 do CPC. Na confissão, existe uma maior vinculação do juiz com os fatos confessados, devendo, inclusive, o juiz, dispensar a produção da prova oral sobre o fato confessado, segundo inc. I do art. 443 do CPC, enquanto nos fatos incontroversos, mesmo que a prova dos autos seja em sentido contrário o juiz não está legitimado a dispensar nenhum tipo de prova.

3.6. Direitos Indisponíveis

A confissão não poderá dar-se em cima de fatos indisponíveis, art. 392 do CPC; nem poderá prejudicar os litisconsortes, art. 391 do CPC, pois eles são considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos, exceto no litisconsórcio unitário, art. 117 do CPC. Porém, o que a parte disse pode ser apreciado como comunicação de conhecimento, ou seja, apesar de não poder o magistrado utilizar essa comunicação de conhecimento como elemento objetivo da sentença para condenar os demais litisconsortes, certamente ela influenciará subjetivamente o magistrado, que poderá interpretar os fatos, conforme o conjunto probatório, segundo o art. 371 do CPC.

4. Fatos incontroversos

4.1. Conceito

Os fatos incontroversos fazem parte do objeto da prova[39], não obstante estarem dispensados de prova, segundo o art. 374, inc. III do CPC, pois são capazes de levar ao espírito do juiz a convicção de certeza da existência ou inexistência de um fato[40]. Considera-se fato incontroverso *sempre que uma das partes emitir uma declaração de vontade consistente na criação, impedimento, modificação ou extinção de um direito, e, comunicada a parte contrária, esta não se manifestar ou manifestar-se tardiamente, desde que dos autos não resulte o contrário*. Vale lembrar aqui que a incontrovérsia refere-se tanto ao autor, que tem o ônus de se manifestar em sentido contrário à afirmação do réu, quanto ao réu, que tem o ônus de se manifestar em sentido contrário à afirmação do autor[41].

---

39 Darci Guimarães Ribeiro, *Provas Atípicas*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, nº 2.5, p. 74 a 78.

40 Em sentido contrário, entre outros, encontramos MOACYR A. SANTOS, para quem os fatos incontroversos não fazem parte do objeto da prova, pois, segundo ele, "*os fatos que constituem objeto de prova são aqueles em que se controvertem as partes*",*Comentários ao código de processo civil*, ob. cit., p. 39.

41 Posicionamento diverso adota ERNANE FIDÉLIS, afirmando: "*O autor não impugna a alegação do réu de que houve pagamento da dívida, mas sua própria posição no processo já é manifestação contrária ao fato que se alega*", Manual de Direito Processual Civil, São Paulo: Saraiva, 1996, v. 1, nº 607, p. 394. Conclui-

O fato só pode ser considerado incontroverso, quando a parte, a quem incumbia se manifestar silencia, ou seja, é o *silêncio de quem tinha o ônus de não silenciar que torna o fato incontroverso*. Tanto é isso verdade que, segundo PRIETO CASTRO, "*cuando el demandante renuncia a la réplica, estima la jurisprudencia que tal actitud no significa admisión de los hechos de la contestación*"[42]. Resta saber se o silêncio pode ser considerado como elemento de manifestação da vontade; a divergência é grande, mas vem predominando o entendimento que permite ao silêncio compor uma forma de manifestação da vontade[43]. A partir daí, se constata que o silêncio é considerado um meio de prova[44], apesar de não constar no art. 212 do CC e em nenhum dispositivo do NCPC[45], pois é capaz de influenciar o magistrado tanto quanto qualquer outro meio de prova; e a prova tem por fim precípuo levar a convicção ao espírito do julgador, é a preponderância do critério subjetivo na conceituação da prova[46], como ficou evidenciado através da redação do art. 369 do CPC que identifica a prova como sendo tudo aquilo que pode, licitamente, "*influir eficazmente na convicção do juiz*".

O silêncio de quem não deveria silenciar gera uma presunção *iuris tantum*, se: 1) dos autos, não restar provado em contrário, já que o juiz possui liberdade para apreciar a prova, segundo o art. 371 do CPC, podendo, inclusive, solicitá-la *ex officio*, art. 370 do CPC; e 2) não incidir nas hipóteses previstas nos incisos I, II e III do art. 341 do CPC.

---

se que, para o prestigiado autor, somente haveria fatos incontroversos, quando o réu silenciasse sobre as afirmações do autor, e não contrariamente, pois o autor sempre se oporia, em virtude da petição inicial, às afirmações do réu. Esse entendimento é, *data venia*, equivocado, pois refere-se somente àqueles fatos extintivos, não considerando que o réu pode opor um fato impeditivo ou modificativo à afirmação do autor. *v.g.*, se o réu alegar fundamentadamente a existência de uma novação e o autor silenciar, pergunta-se: quanto à existência dessa novação e ante a ausência de manifestação contrária do autor, presumir-se-á ou não incontroversa a existência desta?. Certamente que sim.

42 *Cuestiones de derecho procesal*, Madrid: Reus, 1947, p. 124.

43 Nesse sentido, EMILIO BETTI diz: "*quem, tendo a concreta possibilidade, o interesse e o dever de falar, e, em particular, de contradizer, omite, conscientemente, fazê-lo perante aqueles a quem deveria declarar a sua oposição, faz uma declaração silenciosa de consentimento, ou manifesta, indiretamente, o seu assentimento à iniciativa alheia, quanto aos seus próprios interesses*", Teoria Geral do Negócio Jurídico. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969, t. I, p. 273 a 275; Também encontramos PONTES DE MIRANDA quando assevera: "*O 'silêncio', o calar-se, pode compor manifestação de vontade*", Tratado de Direito Privado, ob. cit., t. XXXVIII, § 4.188, p. 24; e SERPA LOPES, quando esclarece que "*entendemos inexistir qualquer obstáculo a reconhecer-se o silêncio como um meio apto de manifestação da vontade. Todavia, sustentamos a necessidade do fundamento da boa-fé bilateral*", Curso de Direito Civil, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988, v. I, nº 262, p. 377, entre outros.

44 Nesse sentido, PEDRO BATISTA MARTINS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio e janeiro: Forense, 1941, v. II, nº 265, p. 427s.Para PESCATORE, "*Il silenzio è l'effetto, la coscienza del vero é la causa determinante il silenzio*", La logica del diritto, Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1883, 2ª ed., p. 82.

45 Contrariamente ao CPC de 1973 e aoNCPC, o CPC de 1939 dispunha de um artigo para definir o fato incontroverso. Era o art. 209, que dizia: "*O fato alegado por uma das partes, quando a outra o não contestar, será admitido como verídico, se o contrário não resultar do conjunto das provas*".

46 Darci Guimarães Ribeiro, *Provas Atípicas*, ob. cit., nº 2.3, p. 63 a 69.

5. Considerações finais

Com este artigo buscamos esclarecer o leitor sobre algumas controvérsias no direito probatório extremamente complexas tanto no campo teórico quanto no pragmático, pois são pouco trabalhadas pela doutrina, apesar de representarem meios de provas altamente eficazes quando bem manuseado. Foi analisada a prova da notoriedade a partir da clássica distinção de ALLORIO entre o ponto de vista formal e substancial, para, adequadamente, conceituar e estabelecer os limites de atuação do juiz sobre o fato notório levando-se em consideração seus essenciais requisitos. Também a confissão foi investigada para distingui-la de vários institutos afins, já que cada um deles ostentam consequências pragmáticas diversas dentro de um processo e nem sempre são percebidas pela doutrina. O fato incontroverso também foi desnudado para delimitar as diversas consequências que o silêncio provoca dentro do processo.

Referências

ALLORIO, Enrico. Observaciones sobre el hecho notorio. *In*: *Problemas de Derecho Procesal*. Buenos Aires: EJEA, 1963. t. II.

ALSINA, Hugo. *Tratado teórico practico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediar, 1958. v. III.

ANTUNES VARELA, João de Matos. *Manual de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra, 1985.

AROCA, Juan Montero. *La Prueba en el Proceso Civil*. Madrid: Civitas, 1996.

BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. Manuel OssorioFlorit. Buenos Aires: EJEA, 1971. v. I.

BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969, t. I.

CALAMANDREI, Piero. Per la definizione del fatto notorio. *In:Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1925, v. II.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale Civile*. Padova: Cedam, 1936. v. I.

_____. *La Prueba Civil*. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Arayú, 1955.

_____. *Teoría General del Derecho*. Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955.

CASTRO, Leonardo Prieto. *Cuestiones de derecho procesal*. Madrid: Reus, 1947.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, v. II.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1988.

DEVIS ENCHANDIA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1974, v. I.

FLORIAN, Eugenio. *Delle Prove Penali*, Ed. Francesco Vallardi, Milano, 1924. v. I.

FORNACIRI JÚNIOR, Clito. *Reconhecimento jurídico do pedido*. RT, 1977.

LESSONA, Carlos. *Teoria general de la prueba en el derecho civil*. Trad. Enrique Aguilera de Paz. Madrid: Reus, 1957. t. I.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988, v. I.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: José Konfino, v. II.

MARQUES, Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1990, v. II.

MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio e janeiro: Forense, 1941, v. II.

MICHELLI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Bogotá: Temis, 1989.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Forense, 1987.

NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: RT, 2014.

PESCATORE, Matteo. *La logica del diritto*. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1883.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, t. IV.

_____. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: RT, 1983, t. I.

PICÓ I JUNOY, Joan. *El juez y la prueba*. Barcelona: Bosch, 2007.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas Atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

ROCCO, Ugo. *Tratado de DerechoProcesal Civil*. Trad. Santiago SentísMelendo. Buenos Aires: Depalma, 1983, v. II.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, v. 1.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Civil e Comercial*. São Paulo: Max Lomonad, 1970, 4ª ed., v. I.

_____. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, 7ª ed., v. IV.

SILVA, Cesar Antônio da. *Ônus e Qualidade da Prova Cível*. Rio de Janeiro: AIDE, 1991.

SOARES, Fernando Luso. *Processo Civil de Declaração*. Coimbra: Almedina, 1985.

STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Trad. Andrés de la Oliva Santos. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

WACH, Adolf. *Conferências sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana*. Trad. Santiago SentísMelendo. Buenos Aires: EJEA, 1958.

ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè, 1947, vol. I.

Capítulo 5

DESVENDANDO A EMERGÊNCIA CLIMÁTICA

Délton Winter de Carvalho

DESVENDANDO A EMERGÊNCIA CLIMÁTICA

Délton Winter de Carvalho[1]

1. Introdução

> A mudança climática é a questão definidora de nosso tempo – e estamos em um momento decisivo. Nós estamos enfrentando uma ameaça existencial direta." (Secretário Geral das Nações Unidas, António Guterres, 2018)

O presente texto tem por ambição promover uma incursão sobre os aspectos científicos, políticos e jurídicos da expressão *emergência climática*, em face do seu crescente uso nos mais variados contextos. O objeto temático consiste em revelar o seu sentido, a sua natureza e os seus usos,especialmente os jurídicos. Ante uma escalada dos efeitos adversos das mudanças climáticas e uma chegada antecipada de seus eventos climáticos extremos, amplamente documentados, observa-se um crescente uso da expressão emergência climática em nível global. Apenas para se ter uma dimensão da proliferação política da expressão, até julho de 2022, já haviam sido registradas 2.121 declarações de emergência climática entre governos nacionais e subnacionais, abrangendo 1 bilhão de cidadãos no mundo (CLIMATE EMERGENCY DECLARATION, 2022). Apesar de uma efervescência no uso generalizado desta expressão, seus possíveis sentidos e efeitos jurídicos ainda se mostram turvos e incertos.

A delimitação de *poderes de emergência climática* depende primeiramente de uma breve reflexão acerca dos pressupostos científicos da crise climática e de como esta

---

1 Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Pós-Doutor University of California, Berkeley, CA, USA. Líder do Grupo de Pesquisa Direito, Risco e Ecocomplexidade (CNPq). Advogado. Membro afiliado do CLX – Climate Litigation Accelerator da NYU – New York University. Professor Visitante na Berkeley School of Law.

vem gerando mobilizações sociais e, consequentemente, políticas ao redor do mundo. É nesta esteira que este texto aborda, num primeiro momento, a dimensão científica da emergência climática, apresentando dados consolidados acerca da crise climática global, assim como os cenários necessários para manter o aquecimento global em níveis compatíveis com a capacidade adaptativa humana e dos ecossistemas planetários.

O crescimento da intensificação dos fenômenos climáticos extremos, acompanhado destassólidas informações científicas sobre os cenários atuais e futuros,gera uma intensa proliferação de movimentos sociais com o intuito de cobrar dos governos e dos atores privados ações concretas para mitigação e adaptação climática. Esta dimensão política é enfrentada na segunda parte deste artigo, a partir de uma análise lançada sobre o fenômeno, transnacional, de propagação de declarações de reconhecimento de emergência climática, nos mais diversos níveis (regional, nacional e subnacional) e "fusos horários".

Finalmente, uma vez politicamente declarada a emergência climática, surgem diversas dúvidas acerca de sua força normativa. Para responder à esta questão é fundamental, *a priori*, compreender os modelos constitucionais e infraconstitucionais forjados no Estado de Direito para atender às circunstâncias excepcionais. A análise destes regimes, com um olhar lançado tanto para o passado quanto para o futuro, promove revelações acerca dos limites e possibilidades desta nova espécie de estado de emergência.É disso que trata o presente texto, revelar as feições jurídicas das declarações de emergência, como verdadeira tradução jurídica das ruidosas "sirenes" já disparadas pela ciência e que já ecoam na (geo)política mundial.

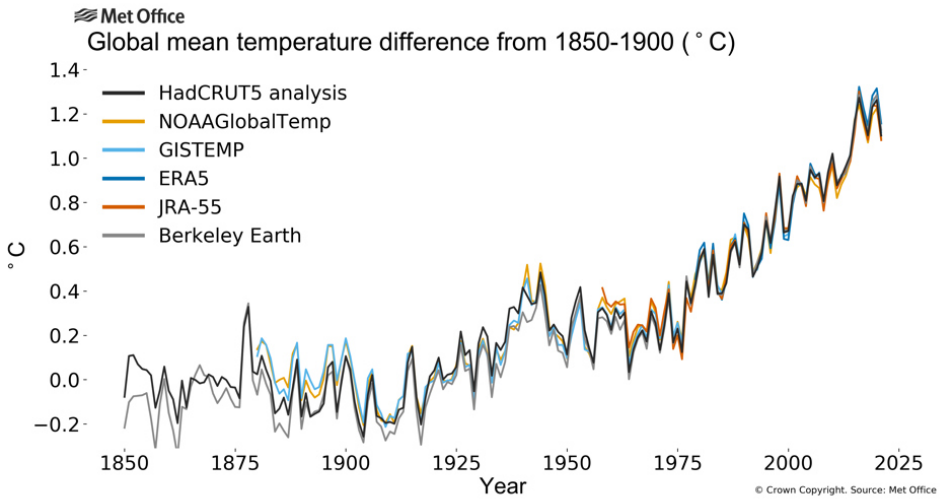
2. A dimensão científica da emergência climática

No exato momento em que este artigo está sendo escrito, o Reino Unido atinge pela primeira vez em 300 anos temperaturas acima de 40°C (BOOTH; ABDUL, 2022), dando indícios de que o verão europeu mais quente na história, o de 2021 (GARRIC, 2022), possa ser rapidamente superado. Apesar de diferenças regionais, tais números acompanham padrões alarmantes de aumento médio da temperatura global, estes diagnosticados por instituições com autoridade e credibilidade científica internacionalmente na matéria. Para a NASA "a temperatura média global da superfície da Terra em 2020 se igualou à de 2016 como o ano mais quente já registrado, continuando uma tendência de aquecimento de longo prazo devido às atividades humanas" (NASA, 2022).

Neste ano, a Organização Mundial de Meteorologia atestou que "embora as temperaturas médias globais tenham sido temporariamente resfriadas pelos eventos La Niña de 2020-2022, 2021 ainda foi um dos sete anos mais quentes já registrados"

(WMO, 2022). Tais conclusões foram obtidas a partir de dados obtidos com os seis[2] principais bancos de dados internacionais, consolidados pela instituição. Desde a década de 1980, cada década subsequente tem sido mais quente do que a anterior, sendo esperado que este padrão continue (WMO, 2022). Ainda, "os sete anos mais quentes foram todos registrados a partir de 2015, com 2016, 2019 e 2020 sendo os três primeiros" (WMO, 2022). Escalada esta, visualmente demonstrável no gráfico abaixo.

Gráfico 1 - Histórico da temperatura média global anual da superfície terrestre e oceânica de 1850 até 2021.



Fonte: WMO, 2022.

Com a consolidação destas informações científicas acerca do aumento médio global da temperatura e suas consequências para o sistema climático, em especial aquelas compiladas nos recentes Relatórios do IPCC de 2018 e 2022 (IPCC, 2018; IPCC, 2022), aumentaram as preocupações com a crise climática atual. O Relatório do IPCC de 2018 tinha como objeto central chamar a atenção para a premente necessidade de se manter uma elevação da temperatura média em até 1,5°C, em comparação aos níveis pré-industriais. Em síntese, os dados científicos atuais apontam na direção de que *(i)* os im-

2 São eles: United States National Oceanic and Atmospheric Administration (NOAA), NASA's Goddard Institute for Space Studies (NASA GISS), the United Kingdom's Met Office Hadley Centre/ University of East Anglia's Climatic Research Unit (HadCRUT), Berkeley Earth group, European Centre for Medium Range Wearher Forecasts e seu Copernicus Climate Change Service, e o Japan Meteorological Agency (JMA).

pactos climáticos aumentam muito acima desta temperatura média global, com diversos efeitos em cascata e pontos de não retorno e *(ii)* a capacidade de adaptação humana e dos ecossistemas é muito menor a partir de um cenário climático acima de 1,5°C (IPCC, 2018). Consequentemente, o sentimento de gravidade e urgência para mitigação e adaptação climática passaram a fazer coro em diversas instâncias científicas, políticas e mesmo jurídicas. Este fenômeno também foi identificado em nível de uso da linguagem, comum exponencial aumento na utilização da expressão "emergência climática", tendo sido esta considerada "a palavra do ano" em 2019 pela Oxford Languages (OXFORD UNIVERSITY, 2022).

A emergência climática vem sendo definida como "uma situação em que é necessária uma ação imediata para reduzir ou deter a mudança climática e evitar danos graves e permanentes ao meio ambiente" (OXFORD UNIVERSITY, 2022a). Para o dicionário Cambridge, por seu turno, ela é descrita como "problemas sérios e urgentes que estão sendo causados ou que podem ser causados por mudanças no clima do mundo, em particular o aquecimento do mundo como resultado da atividade humana que aumenta o nível de dióxido de carbono na atmosfera." (CAMBRIDGE UNIVERSITY, 2021).(Tradução nossa).

Pode-se, de pronto, constatar sem maiores esforços interpretativos que o ponto em comum do sentido literal atribuído a esta expressão consiste na gravidade dos riscos climáticos, que vão de graves a irreversíveis, e a consequente necessidade de adoção de medidas urgentes e imediatas para evitá-los ou mitigá-los. Por esta razão, vem sendo defendida, frequentemente, a adoção de passos agressivos para combater as mudanças climáticas, como resposta emergencial. Em virtude da abrangência, complexidade e policentrismo do fenômeno das mudanças climáticas, parece tentador adotar uma postura "*waitandlearn*" (espere e aprenda), aguardando para regular agressivamente uma matéria ambiental mais a frente, num futuro possivelmente dotado de maiores informações e capacidade tecnológica para adaptação. Mas como bem alerta há muitos anos Richard Posner, em razão dos efeitos "praticamente irreversíveis" causados pelas emissões de gases do efeito estufa e da sua concentração na atmosfera, estabilizar este processo em alguma data futura pode exigir cortes muito mais profundos se comparados a um cenário em que este processo começasse imediatamente (POSNER, 2004, p, 162). Esta postura, defendida há quase duas décadas, atuaria como a "compra de uma opção para permitir que o aquecimento global seja interrompido ou retardado em algum momento futuro a um custo menor" (POSNER, 2004, p, 162). Em síntese, mesmo por uma análise de custo-benefício justificam-se medidas urgentes de mitigação às mudanças climáticas, pois quanto mais tempo levamos

para conter as emissões, mais onerosa e irreversível podem se tornar as mudanças climáticas. No cenário climático atual, ainda mais evidente esta constatação.

Esta urgência temporal encontra sustentação normativa internacional na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC) que objetiva expressamente alcançar "a estabilização das concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera a um nível que impeça a *interferência antrópica perigosa* em relação ao sistema climático."(UNFCCC, 1992a).(Grifos nossos). Ainda, referido texto[3] prevê que esse nível de estabilidade climática deve ser alcançado dentro de um prazo hábil a fim de permitir aos ecossistemas se adaptarem naturalmente às mudanças climáticas, garantir que a produção de alimentos não seja ameaçada e, finalmente, que o desenvolvimento econômico prossiga de maneira sustentável. Em síntese, os efeitos graves e irreversíveis das mudanças climáticas devem ser evitados ou ao menos mitigados a ponto de permitir uma adaptação climática.

Cumpre destacar que o sistema de *governança climática* internacional decorre de uma convergência normativa emanada do Acordo de Paris combinada com os consensos científicos trazidos pelos Relatórios do IPCC (RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2021). Assim, o IPCC realiza uma função de fornecer as "bases científicas" para uma governança climática, sendo responsável por revelar os critérios e os parâmetros científicos a partir dos quais a interferência antrópica passa a ser considerada *perigosa*, por alterar o sistema climático, desencadeando efeitos em cascata. O Relatório Especial de 2018 do IPCC antecipou os impactos catastróficos caso o aquecimento médio do planeta exceda 1,5°C (IPCC, 2018).

Até o presente momento, as atividades humanas já são responsáveis por causar um aumento de aproximadamente 1,0°C no aquecimento global acima dos níveis pré-industriais, com uma margem de variação entre 0,8°C e 1,2°C. Constata, ainda, ser "provável que o nível de 1,5°C seja atingido entre 2030 e 2052 se continuar a aumentar na taxa atual (alta confiança)" (IPCC, 2018).Mais recentemente, o consenso científico demonstrou um aumento nas preocupações, alertando para o fato de haver uma "probabilidade superior a 50% de que o aquecimento global atinja ou exceda 1,5°C no curto prazo, mesmo para o cenário de emissões de gases de efeito estufa muito baixas."(IPCC, 2022, p. 9). O Relatório ainda afirma que:

---

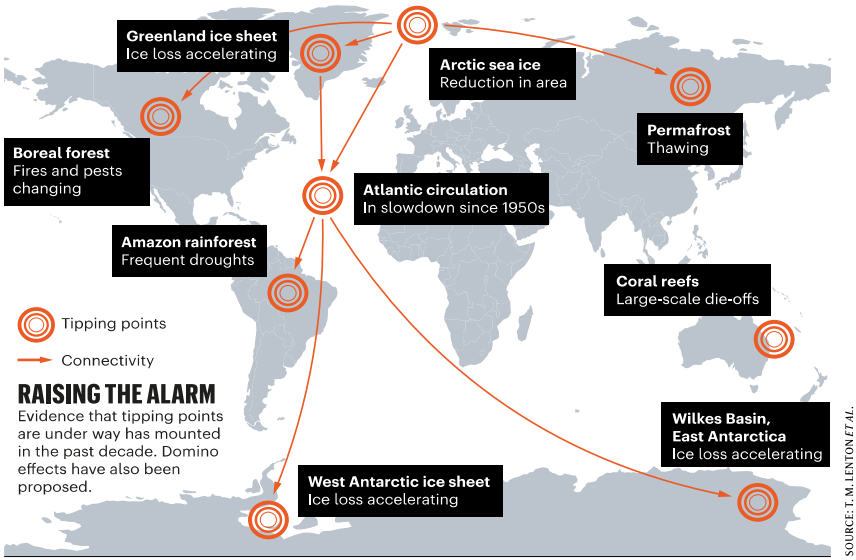
3 No original: "Article 2. *The ultimate objective of this Convention and any related legal instruments that the Conference of the Parties may adopt is to achieve, in accordance with the relevant provisions of the Convention, stabilization of greenhouse gas concentrations in the atmosphere at a level that would prevent dangerous anthropogenic interference with the climate system. Such a level should be achieved within a time-frame sufficient to allow ecosystems to adapt naturally to climate change, to ensure that food production is not threatened and to enable economic development to proceed in a sustainable manner*". (UNFCCC, 1992a).

> O aquecimento adicional, causado, por exemplo, pela manutenção de temperaturas acima de 1,5°C durante certo período neste século, resultará em *impactos irreversíveis* em certos ecossistemas com baixa resiliência, tais como ecossistemas polares, de montanha e costeiros, impactados pelo derretimento de calotas polares e geleiras, ou pela aceleração e elevação do nível do mar.(IPCC, 2022, p. 22).

Há mais de vinte anos o IPCC introduziu conceito de "pontos de não reversão" climáticos (*tipping points*), sendo para a ciência do clima o limite crítico a partir do qual, quando ultrapassado, leva a grandes (*large-scale descontinuities*), e muitas vezes irreversíveis, mudanças no sistema climático. Contudo, naquele momento, os pontos de não reversão climática estimavam-se como sendo prováveis apenas em caso de a temperatura média global exceder 5°C em comparação aos níveis pré-industriais. Contudo, seus relatórios mais recentes (2018 e 2022) sugerem que pontos de não retorno climático já podem ser ultrapassados mesmo entre 1°C e de 2°C de elevação da temperatura.

A superação destes limites desencadeia mudanças abruptas, não lineares e/ou irreversíveis a partir de um ponto específico, trazendo um risco existencial à humanidade e à vida como se tem hoje. O caráter emergencial se mostra das constatações científicas de que mesmo (i) a atual trajetória põe o mundo no caminho de um aumento de temperatura entre 2.1°C e 3.9°C até 2100; (ii) se todas as metas para 2030 constantes nas contribuições nacionalmente determinadas (NDCs) dos países signatários do Acordo de Paris fossem implementadas, uma elevação de 2.4°C (1.9°C a 3.0°C) seria atingida em 2100; porém, (iii) temperaturas 2°C acima dos níveis pré-industriais não têm sido mantidas pela superfície terrestre desde antes do período Pleistoceno, isto é, mais de 2,6 milhões de anos. (KEMP *et. al*., 2022). A compreensão científica e a aproximação dos pontos de não reversão climáticos têm relação direta com a constatação de que "estamos em uma emergência climática." (LENTON *et al*., 2019).

Figura 1 - Climate tipping points



Fonte: LENTON *et al.*, 2019.

Descobertas como estas enfatizam a significativa diminuição da capacidade de adaptação humana a um planeta com temperatura média acima de 1,5°C, chamando a atenção para a urgência na redução das emissões de gases de efeito estufa e, por consequência, da probabilidade de teremos que lidar com sérios impactos climáticos, para além daqueles que *já estamos vivenciando*. Acompanhando tais prognósticos dramáticos nos cenários climáticos, mais de 11.000 cientistas de 153 países concluíram ser "claro e inequívoco que a Terra está enfrentando uma emergência climática." (RIPPLE *et al.*¸2020, p. 8-12.)

Para se ter uma dimensão do desafio que envolve a contenção do presente cenário aos parâmetros de segurança estabelecidos no sistema de governança climática internacional (UNFCCC/IPCC), uma profunda redução das emissões, em 45% abaixo dos níveis de 2010, seria necessária até 2030, atingindo zero emissões líquidas em 2050, para limitar o aquecimento médio do planeta em 1,5°C. (HARVEY, 2020).

Em razão da crescente elevação das concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera e os consequentes riscos desta *interferência humana perigosa* no sistema climático, o Acordo de Paris[4] previu como objetivo:

4 Vide artigo 2º, 1, (a), do Acordo de Paris de 2015 (UNFCCC, 2015).

> (...) manter o aumento da temperatura média global bem abaixo de 2°C em relação aos níveis pré-industriais, e envidar esforços para limitar esse aumento da temperatura a 1,5°C em relação aos níveis pré-industriais, reconhecendo que isso reduziria significativamente os riscos e os impactos da mudança do clima. (UNFCC, 2015).

Contudo, conforme visto, cientificamente 2°C pode não ser suficiente para conter os efeitos catastróficos das mudanças climáticas.

3. A dimensão política da emergência climática

A emergência climática mostra-se como um movimento transnacional que, num primeiro momento, foi e vem sendo revelado pela ciência climática, num processo de decodificação daquilo que já chamamos de "ecocomplexidade" (CARVALHO, 2010). Diante destas alarmantes informações científicas acerca da crise climática e suas consequências (atuais e futuras, seja em um curto, médio ou longo prazo), diversos movimentos sociais (movimentos de jovens, ambientalistas e indígenas, entre outros) passaram a pressionar governos pela a adoção de ações para combater as mudanças climáticas, influenciando políticas de agendas climáticas.[5] Estes movimentos acabaram impulsionando governos e outras instituições a declarar emergência climática, em uma clara manifestação da dimensão política da emergência climática. (THOMAS *et al.*, 2019).

Já declararam emergência climática em nível regional ou nacional a União Europeia, Bangladesh, Canadá, Japão, Maldivas, Nova Zelândia, Coreia do Sul, Vaticano, País de Gales, Reino Unido, Escócia, Andorra, República da Irlanda, Portugal, Argentina, Espanha, França, Malta, Itália, Irlanda do Norte, Singapura, Maurícia. Áustria, Fiji e Peru. (CEDAMIA, 2021). Em nível subnacional diversas cidades e Estados também já declararam emergência climática em diversos países.[6]

No Brasil, tal fenômeno político transnacional redundou no Projeto de Lei federal n° 3.961/2020 (BRASIL, 2020) para decretar estado de emergência climática, tendo como meta a neutralização das emissões de gases de efeito estufa no Brasil até 2050 e

---

5 Neste sentido, ver: FISHER, Dana R.; NASRIN, Sohana. "Shifting Coalitions within the Youth Climate Movement in the US." *Politics and Governance*. v. 9, issue 2, 2021. p. 112-123; KENIS, Anneleen. "Clashing Tactics, Clashing Generations: The Politics of the School Strikes for Climate in Belgium." *Politics and Governance*. v. 9, issue 2, 2021. p. 135-145; DAVIES, Anna R.; Hügel. "Just Adapt: Engaging Disadvantaged Young People in Planning for Climate Adaptation." *Politicsand Governance*. v. 9, issue 2, 2021. p. 100-111.

6 Estados Unidos da América, Austrália, Brasil, Chile, Bélgica, Colômbia, República Checa, Finlândia, Alemanha, Hungria, Lituânia, México, Holanda, Filipinas, Polônia, Eslováquia, Ilhas Salomão, Suécia, Suíça, Taiwan e Vanuatu. (CEDAMIA, 2021).

prevendo a criação de políticas para a transição sustentável. O referido projeto prevê que o regime emergencial vigorará enquanto as ações de mitigação e de adaptação se revelarem urgentes.[7] Estabelece ainda, o referido PL, que durante sua vigência fica vedado o contingenciamento de quaisquer fundos ou recursos destinados à proteção ambiental, ao combate ao desmatamento e à mitigação e adaptação climática.[8] Gize-se que a principal fonte de emissões no Brasil ainda decorre da mudança de uso do solo, havendo, para tanto, grande contribuição do desmatamento na Amazônia. Para tanto, as ações de resposta à emergência climática deverão ter como princípios a equidade, a autodeterminação e o da proteção dos direitos fundamentais, atribuindo-se destaque para as populações mais vulneráveis às mudanças climáticas.[9] Ainda, o projeto prevê a obrigatoriedade do Executivo Federal confeccionar um Plano de Ação para tal fim, o chamado Plano Nacional de Resposta à Emergência Climática.[10] Além deste Projeto de Lei federal, três cidades brasileiras já declararam o reconhecimento de emergência climática, sendo elas Rio de Janeiro (RJ)[11], Recife (PE)[12] e São Sepé (RS)[13].Todas estas declarações detém um forte conteúdo político, em resposta às informações científicas acerca de agravamento das mudanças climáticas e às necessidades de medidas urgentes de mitigação e adaptação climáticas.

Atualmente, em decorrência tanto das informações científicas como das declarações de emergência,o Direito passa a ser exposto a este fenômeno, despertando grande atenção, especialmente da teoria jurídica e constitucional.Apesar do forte conteúdo político da resposta às informações científicas, as declarações de emergência climática estão longe de se tratarem de meras cartas de intenção política. Como bem adverte Daniel Farber, destas emanam *poderes de emergência* (FARBER, 2020a, p. 71), devendo, no entanto, haver um escrutínio atento e restritivo a fim de evitar desvirtuamentos e abusos. De outro lado, tais declarações também parecem estar longe de assumirem a forma de estados de emergência clássicos de nosso sistema jurídico. Nas palavras de Jocelyn Stacey, elas ficam em "um espaço legalmente ambíguo entre medidas de emergência e retórica política". (STACEY, 2022). Em texto já clássico, Elisabeth Fisher, Eloise Scotford e Emily Barritt chamam atenção para o caráter disruptivo que as mudanças climáticas exercem sobre o Direito. Para as autoras (FISCHER et *al.*, 2017, p. 4),a natu-

7 Art. 2°, § único.
8 Art. 3°, § 3°.
9 Art. 3°, § 2°.
10 Art. 4°.
11 Lei nº 7.315, de 26 de abril de 2022. (RIO DE JANEIRO, 2022).
12 Decreto nº 33.080, de 08 de novembro de 2019. (RECIFE, 2019).
13 Decreto nº 4.215, de 5 de junho de 2021. (SÃO SAPÉ, 2021).

reza juridicamente disruptiva das mudanças climáticas se dá (i) pela formação de novos regimes jurídicos, assim como (ii) pelo enfrentamento jurisdicional de casos que tenham objeto climático (litígios climáticos). Nestes casos, as cortes precisam decidir se a questão climática posta encontra juridicidade, sendo ou não matéria a ser decidida pelo Direito. Além disso, muitas outras vezes as cortes precisam avaliar questões em que o Direito existente não adere facilmente aos conflitos postos. E, finalmente, existem desafios em casos de disputas que dizem respeito à natureza e à operação do regime jurídico climático. (FISCHER et *al.*, 2017, p. 4). As declarações de emergência climática parecem estar enquadradas em um *novo regime*, com interfaces evidentes com a tradição das modalidades mais convencionais e consolidadas de estados de emergência em nosso sistema.

4. A dimensão jurídica da emergência climática

4.1 Estado de Direito em modo operacional de anormalidade

Antes de qualquer aprofundamento acerca do conteúdo jurídico específico das declarações de emergência climática, importante lançar um olhar sobre as diversas espécies de estados de exceção existentes em nosso sistema jurídico. As emergências ganham destaque na teoria do direito, no direito constitucional e no direito dos desastres, apresentando como elementos comuns de análise questões acerca da sua determinação conceitual, da temporalidade e da excepcionalidade (quem responde e como). (STACEY, 2022, p. 06-07).

Tradicionalmente, o sistema brasileiro apresenta seis espécies de estados de exceção ou, como preferimos *Estado de Direito em modo operacional de anormalidade*, sendo que quatro deles tratam-se de manifestação daquilo que se denomina "emergência constitucional."[14] São eles, o (i) Estado de Defesa, (ii) o Estado de Sítio, (iii) a Intervenção Federal e (iv) a decretação de Calamidade Pública instituída recentemente na Emenda Constitucional n° 109/21. De outro lado, têm-se a (v) situação de emergência e o (vi) estado de calamidade pública, em nível de previsão infraconstitucional.

O Estado de Sítio (art. 137, da CF) consiste em um estado emergencial em que o Presidente da República, ouvido o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, pode solicitar ao Congresso Nacional autorização para sua decretação, em casos de (I) comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; (II) declaração de esta-

14 Para Oscar Dias Corrêa "a *emergência constitucional* caracteriza-se por uma situação excepcional, provocada pela necessidade de defesa do regime, ante ataque inusitado, requerendo se concedam ao Chefe do Governo ou do Estado, poderes também excepcionais para vencê-la." (CORRÊA, 1980, p. 23).

do de guerra ou resposta a agressão armada. Este terá por duração máxima trinta dias, prorrogáveis pelo mesmo período, para os casos descritos no inciso I. Já no caso do inciso II, poderá ser decretado por todo o tempo que perdurar a guerra ou a agressão armada estrangeira (art. 138, §1°, CF).

Já o Estado de Defesa (art. 136, da CF) tem por objeto a preservação e o restabelecimento, em locais restritos e determinados, a ordem pública a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza. Sua decretação cabe ao Presidente da República, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional. O seu tempo de duração não será superior a 30 dias, podendo ser prorrogado uma vez por igual período, caso persistam as razões que justificaram a sua decretação. Esta modalidade, por evidente, se presta a casos menos graves do que aqueles sujeitos ao de sítio, deve ter prazo determinado e não pode abranger todo o território nacional (locais restritos e determinados), devendo o decreto precisar as áreas que serão atingidas por este regime emergencial de crise.

No caso da Intervenção Federal, esta se dá quando há a intervenção justificada da União nos Estados, no Distrito Federal, ou nos Municípios, ou dos Estados nos seus Municípios. Esta deve ter, assim como os demais estados emergenciais constitucionais, caráter excepcional. Os motivos justificadores para tal intervenção de um ente federativo sobre outro estão previstos nos arts. 34 e 35 da CF.

Digno de destaque o fato de que, no caso da Pandemia de COVID-19, houve a declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional por meio da Portaria n° 188/2020 do Ministério da Saúde, embasada nos termos do Decreto Federal n° 7.616/2011. Na sequência, foi promulgada a Lei Federal n° 13.979/2020 com o escopo de dispor sobre as medidas restritivas para enfrentamento desta emergência. A vigência desta emergência durou por prazo indeterminado, até seu encerramento realizado pela Portaria nº 113/2022, também do Ministério da Saúde.

Recentemente, em virtude da Pandemia COVID-19, foi promulgada a Emenda Constitucional 109 de 2021, cujo conteúdo previu a possibilidade da decretação de Estado de Calamidade Pública de âmbito nacional, previsto nos arts. 167-B, 167-C, 167-D, 167-E, 167-F e 167 G, todos da CF. Compete, para tanto, privativamente ao Presidente da República propor ao Congresso Federal a decretação de Estado de Calamidade Pública de âmbito nacional (art. 84, inciso XXVIII, CF) e a este último, a decretação do referido estado emergencial (art. 49, XVIII, da CF). Esta nova categoria do sistema constitucional de crises tem por principal efeito a inauguração um "regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações" (167-B da CF), sendo que sua delimitação apresenta uma função de caráter mais financeiro e orçamentário,em casos de desesta-

bilização institucional orçamentária em virtude de crises de âmbito nacional, do que de resposta emergencial propriamente dita.

É de determinação constitucional geral que a União planeje e promova a defesa permanente contra calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações, nos termos do art. 21, em seu inciso XVIII.Nesta esteira, a legislação infraconstitucional estabelece que, em casos de desastres (CARVALHO, 2020a) (entre eles os eventos climáticos extremos ou desastres climáticos), Estados, Distrito Federal e Municípios atingidos tem o poder de decretarem Estado de Calamidade Pública[15] ou Situação de Emergência[16].

Estes regimes jurídicos têm por objeto a adoção de medidas emergenciais para o restabelecimento da *estabilidade social* perdida com o evento extremo,com vistas à obtenção de uma *nova normalidade*. (CARVALHO, 2020a).Para tanto, estes são regidos pelos princípios da necessidade e a temporariedade, levando aos seus traços essenciais, a excepcionalidade e a urgência. (CORRÊA, 1980, p. 31).Tais declarações de estados emergenciais devem delimitar o alcance (medidas fora da normalidade), limites (duração no tempo, para que a exceção não se torne regra) e garantia (vencido o ciclo de atuação, deve haver o retorno à normalidade e durante a sua vigência os poderes excepcionais devem se manter dentro das normas prefixadas). (CORRÊA, 1980, p. 31-32).Estes regimes, ainda, levam a uma legalidade extraordinária e jamais a um Estado de Não-Direito, por isso, um estado de direito em modo operacional de anormalidade deve ser conduzido cuidadosamente segundo as regras do Estado de Direito pelo Executivo, e submetido ao controle político (pelos respectivos legislativos) e jurídico (na análise da legalidade, pelos tribunais).

4.2 As Declarações de Emergência Climática

4.2.1 Forma

As declarações de emergência climática tendem a apresentar um caráter disruptivo não se moldando perfeitamente às formas tradicionais de estados de emergência acima analisados. Estas peculiaridades que tornam o Estado de Emergência Climática

---

15 Nos termos do Decreto Federal n° 10.593/2020, art. 2°, VIII, o estado de calamidade pública consiste na "situação anormal provocada por desastre que causa danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do Poder Público do ente federativo atingido ou que demande a adoção de medidas administrativas excepcionais para resposta e recuperação."

16 Situação de Emergência é a "situação anormal provocada por desastre que causa danos e prejuízos que impliquem o comprometimento parcial da capacidade de resposta do Poder Público do ente federativo atingido ou que demande a adoção de medidas administrativas excepcionais para resposta e recuperação" (art. 2°, XIV).

um modelo *sui generis* de estado de exceção diz respeito ao seu sentido conceitual, seu limite temporal e suas características excepcionais. Em outras tintas, trata-se de "uma nova forma de emergência declarada" (LINDSAY, 2010, p. 268), não se identificando com emergências convencionais. (STACEY, 2022, p. 13).

Sobre o aspecto temporal das Declarações de Emergência Climática, importante referir que esta contrasta com a maioria das emergências, uma vez que a mudança climática pode ser considerada como um desastre em câmera lenta, com um caráter altamente, mas não apenas, prospectivo. (LINDSAY, 2010, p. 268). Portanto, os meios para enfrentar e resolver esta crise devem priorizar as medidas preventivas ou antecipatórias, em detrimento das reativas ou defensivas.

Tanto o Estado de Sítio quanto o de Defesa apresentam limites temporais para sua vigência, à exceção dos casos de guerra no primeiro. Desta forma, o Estado de Defesa prevê a possibilidade de ser acionado em casos em que a ordem pública e a paz social estejam sob ameaça por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza. Digno de destaque a possibilidade da sua decretação em virtude da ocorrência de calamidades climáticas, porém, dificilmente sua aplicação teria lugar *em antecipação* à ocorrência de eventos extremos capazes de provocar calamidades de grandes proporções, como pretendem as Declarações de Emergência Climática que proliferam atualmente.

O Estado de Calamidade Pública de âmbito nacional, oriundo da EC 109, apresenta uma face mais voltada para lidar com desequilíbrios orçamentários em nível federal em razão de eventos de grandes proporções, não apresentando aderência às necessárias orientações genéricas e aos compromissos assumidos constantemente nas Declarações de Emergência Climática existentes no mundo. Uma declaração de emergência climática aproxima-se (mas não se identifica integralmente) da forma jurídica das Emergências em Saúde Pública de Importância Nacional, quer pelo conteúdo, quer pela vigência indeterminada. Parece-nos que, por esta similitude, formalmente, qualquer declaração emergencial em nível climático deve se dar por ato normativo, preferencialmente parlamentar, podendo, contudo, também o ser por Decreto.

Da mesma forma, uma análise generalizada desta nova modalidade de declaração emergencial demonstra que as emergências climáticas são mais antecipatórias, globais e abrangentesse comparadas aos estados de calamidade e às situações de emergência que podem ser decretados por Estados, DF e Municípios.

Enquanto estas categorias decorrem de uma decretação em decorrência de desastres (climáticos, tais como inundações, deslizamentos de massa, ondas de calor, incêndios, ondas de calor, secas entre outros), o objeto das declarações de emergência climática, via de regra, consiste em evitar a mudança climática catastrófica, por meio de

compromissos de, por exemplo,*(i)* neutralidade climática (como é o caso da PL Brasileira n° 3961/2020), *(ii)*reconhecimento da responsabilidade institucional para redução da pegada de carbono, propondo a adoção das suas próprias medidas de redução das emissões (políticas publicas de mitigação climática, como ocorre na Declaração de Emergência Climática do Parlamento Europeu) (EU, 2019), *(iii)* evitar o aumento da temperatura média global acima de 1,5°C comparado aos níveis pré-industriais (conforme a declaração da Nova Zelândia) (NEW ZEALAND, 2022), *(iv)*reconhecimento do impacto devastador que os eventos climáticos extremos têm na produção de alimentos, as inundações, a disponibilidade de água, a saúde, os danos por incêndios florestais, as secas, entre outros (como é caso da declaração Argentina). (ARGENTINA, 2019). Na Grã-Bretanha, a declaração prolatada pela Casa dos Comuns foi postulada fazendo coro a vários outros textos declaratórios ao redor do mundo ao referir o Relatório do IPCC de 2018 e enaltecer a necessidade de evitar um aumento da temperatura acima de 1,5°C comparado aos níveis pré-industriais. (CLIMATE EMERGENCY DECLARATION, 2019a). Ainda, o requerimento foi realizado em termos de uma "moção não vinculante" (*non-bidingmotion*).

O caráter vinculante assim como a modalidade de estado de exceção a ser utilizada em casos de declaração de emergência climática mostram-se ainda uma matéria tormentosa. Porém, claro já está que a resposta para tais questionamentos dependerá inarredavelmente da especificidade e clareza textual da própria declaração, sendo indesejável a previsão de metas muito abrangentes desacompanhadas de ações pré-definidas, podendo, para tanto, serem utilizados planos executivos ou programas estratégicos. Portanto, o efeito legal dependerá muito de como a declaração será redigida e estruturada, devendo prever consequências concretas. Por tal razão, uma declaração de emergência climática que pretenda ter um robusto respaldo jurídico deveria presumir medidas legislativas, devidamente acompanhadas de ações executivas. (LINDSAY, 2010, p. 275).[17]

Diversos municípios no mundo vêm declarando emergência climática, onde algumas declarações mostram-se mais genéricas e abrangentes, enquanto outras preveem a confecção de planos de emergência climática, aproximando-as dos decretos de emergência ou calamidade pública, previstos na legislação infraconstitucional brasileira (para resposta a desastres).

Pesquisa realizada com autoridades locais na Grã-Bretanha demonstrou haver uma grande adesão à estratégia de declarar emergência climática. Contudo, observou-se que de 376 autoridades locais analisadas, 79% fizeram a declaração ampla de que a

17 Sobre o contexto australiano, recomenda-se LINDSAY, Bruce. Climate of Exception: What Might a 'Climate Emergency' Mean in Law?. **Federal Law Review**, [S. *l.*], v. 38, p. 1-27, jun. 2010.

humanidade esta enfrentando uma emergência climática, sendo urgentes ações para enfrentar as mudanças climáticas e seus efeitos. (ENVIRONMENTAL LAW FOUNDATION, 2021).A mesma publicação concluiu pela existência de grande hiato entre as declarações analisadas e as ações concretas imediatas de enfrentamento das Mudanças Climáticas. Concluiu que, na maioria dos casos, "a ação não condiz com a retórica", referindo a necessidade de que estas declarações sejam efetivamente levadas em consideração no processo decisório pelas autoridades locais sob pena de serem consideradas "declarações políticas sem valor."(ENVIRONMENTAL LAW FOUNDATION, 2021).

4.2.2 Conteúdo

A emergência climática tem duas aplicações abrangentes. De um lado, estas atuam como uma "declaração de problema", o que significa a descrição de "um estado de crise ou ameaça crescente e/ou futura." (DUNLOP; SPRATT, 2018, p. 1).[18] (Tradução nossa). De outro lado, elas também se apresentam como uma "declaração de soluções." Portanto, estas significam:

> (...) uma resposta particular da sociedade à crise ou ameaça, que em termos gerais pode ser caracterizada como semelhante à resposta dos governos a eventos como desastres naturais extremos e a ameaças avassaladoras a uma sociedade, como guerra e o estabelecimento de uma mobilização e economia em tempo de guerra." (DUNLOP; SPRATT, 2018, p. 1).(Tradução nossa).

Mesmo quanto muito amplas e vagas, as declarações ainda apresentam uma relevância jurídica inegável, consistente em configurar um "modo social específico", capaz de especificar orientações ao modo de resposta à esta emergência. Este "modo de emergência" indica que o governo trata aquele problema como muito sério e que, por isso, às medidas para solução deste devem ser dada prioridade. Ainda, para sua maior eficiência e normatividade, as características que um modo operacional de emergência deve ter, são: *(i)* clareza do propósito, *(ii)* gestão de risco (prevenção e precaução), *(iii)* comunicação franca e completa, *(iv)* mais alta prioridade, *(v)* liderança governamental (para planejar, coordenar e alocar recursos), *(vi)* foco na transformação da economia física, e *(vii)* equidade (justiça climática)." (DUNLOP; SPRATT, 2018, p. 3-4).

Quanto mais específicas as declarações e devidamente acompanhadas de planos e medidas concretas, tanto mais sólida juridicamente. Destas declarações podem emanar efeitos jurídicos, tais como expectativas normativas legítimas, deveres de motiva-

---

18 No original: "*As a problem statement, signifying a state of growing and/or future crisis or threat*." (DUNLOP; SPRATT, 2018, p. 1).

ção acerca de decisões tomadas sob um Estado de Emergência Climática e seu necessário alinhamento à Declaração (HONEY;O'REILLY, 2022), a título exemplificativo. Importante mencionar que a declaração emergencial sempre acarreta na atribuição de um maior poder ao Executivo, atuando este como ente centralizador das decisões em nível de poderes emergenciais. Contudo, estes poderes emergenciais devem ser exercidos sempre sob o controle político pelo Legislativo e de legalidade pelo Judiciário. Por isso mesmo é que poderes emergenciais devem ter como condição (i) a existência de elementos seguros da ocorrência da emergência; (ii) cuidados redobrados para que não sejam excedidos os limites da defesa do regime e das instituições, nem quanto à natureza das medidas, nem quanto à extensão do espaço e duração (necessárias e suficientes); (iii) haver controle político, ainda que *a posteriori*; (iv) estar sujeito ao controle jurisdicional, a fim de reparar desvios e abusos. (CORRÊA, 1980, p. 28).

Daniel Farber chama atenção para alguns poderes emergenciais decorrentes de uma possível declaração de emergência climática no contexto norte americano, constatando que uma declaração deste tipo inevitavelmente ativa de poderes emergenciais pré-existentes em diversas legislações ou atos normativos internos. Para tanto, este pondera que, neste caso, haveria a possibilidade de uso de poderes emergenciais no setor energético. (FARBER, 2020a, 1.170).

Cumpre considerar que se justifica a preocupação, no caso americano, com o setor energético, pois as emissões de gases de efeito estufa naquele país estão fortemente vinculadas àquele setor, diferentemente do que ocorre no Brasil, onde a maior fonte de contribuição está ligada diretamente à mudança de uso do solo e ao desmatamento florestal. Assim, não é difícil dizer que uma declaração emergencial desta espécie em nosso país redundaria em possibilidade de usar poderes emergenciais para a constituição de força-tarefa (órgãos ambientais, forças policiais e militares, combinado com o monitoramento científico feito pelo INPE, etc.) para combater o desmatamento na Amazônia Legal a partir das orientações já existentes no Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal–PPCDAm, por exemplo.

O desincentivo planejado de determinadas atividades, com atenção a uma necessária migração de empregos e cadeias de suprimentos, sempre atentando para as vulnerabilidades envolvidas, também seria um efeito imediato evidente de uma declaração desta natureza. Uma das principais, senão a principal função do Direito das Mudanças Climáticas é exatamente orientar e promover uma transição justa, a partir do Estado de Direito. Este desincentivo poderia se dar por uma maior rigidez na concessão de crédito, induzindo comportamentos de transição destas atividades para uma economia de baixo carbono.

Outras medidas, já inclusive previstas no PL n° 3.961/2020, seriam a confecção de um Plano Executivo Nacional e a proibição de contingenciamento orçamentário das áreas ambiental, combate ao desmatamento e de mitigação climática durante a vigência da declaração.

De outro lado, devem ganhar destaque, para orientar a interpretação dos conflitos inerentes às situações de emergência climática postas ao Judiciário, aqueles Princípios de Direito previstos na UNFCCC (Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre as Mudanças Climáticas), quais sejam, Precaução, Equidade Intergeracional e Equidade entre países desenvolvidos e em desenvolvimento. (LINDSAY, 2010, p. 270). Parece-nos, portanto, que em um regime emergencial climático deverá haver grande destaque aos riscos climáticos, sejam eles quantificáveis (prevenção)ou não quantificáveis (precaução).[19] Em recente julgamento da ADPF 708 (BRASIL, 2022b), no STF, de relatoria do Min. Roberto Barroso, o Min. Edson Fachin, em voto-vogal (BRASIL, 2022b), não apenas fez referência expressa à Emergência Climática (especialmente em sua dimensão científica), como chamou a atenção para a importância dos critérios técnicos e científicos para o embasamento e consequente responsabilidade dos gestores públicos num cenário emergencial climático. Para tanto, citou precedente da própria Corte Suprema, também de lavra do Min. Roberto Barroso, na ADI 6.421[20] que, apesar de ter sido decidido para um contexto de emergência sanitária, chama a atenção às informações científicas vigentes e seu manejo pelos princípios da Prevenção e Precaução, sobretudo em cenários de emergências.

4.2.3 Riscos

Justifica-se a manutenção de uma preocupação com o uso de uma visão expansiva dos poderes emergenciais. (FARBER, 2022). Um deles é o desvirtuamento dos usos dos poderes emergenciais. (FARBER, 2020, p. 1.175). A centralização dos poderes emergenciais no Poder Executivo, também emana cuidados, podendo haver fragilização e violações de longo prazo a liberdades civis e políticas. (ACKERMAN, 2004).

---

19 Acerca deste tema e dos graus de incerteza dos riscos ambientais, recomenda-se CARVALHO, DéltonWinter de. **Gestão Jurídica dos Riscos Ambientais**: da Prevenção à Precaução. Gestão Jurídica Ambiental. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020b.

20 "1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos". (BRASIL, 2020)

Outro ponto de preocupação é, como já referido, a indefinição temporal da vigência do estado emergencial. Emergências são, frequentemente, definidas para períodos determinados ou para atender a eventos de uma duração razoavelmente curta (atendimento a uma pandemia, eventos climáticos extremos entre outros). As mudanças climáticas, contudo, são um evento em *slow motion*, de longa duração, o que traz um risco de normalização da emergência. Com a centralização dos poderes emergenciais no Executivo, este alargamento temporal pode fragilizar a tripartição de poderes e os pilares democráticos. Para tanto, os controles político e jurídico mostram-se fundamentais, ao lado de declarações bem definidas e acompanhadas de planos executivos maleáveis e programáticos. Em virtude destes riscos, as declarações instituidoras de um modo de emergência climática devem apresentar soluções (SUTTON, 2017. p.4), deixando claro (i) os resultados esperados com a declaração; (ii) quais são os poderes especiais emergenciais decorrentes desta declaração; (iii) as limitações decorrentes da declaração, como por exemplo o período de vigência desta assim como os parâmetros para alteração destes prazos excepcionais. (SUTTON, 2017. p. 6).

Considerações finais

A partir do conhecimento científico, cada vez mais claro em relação às mudanças climáticas, os impactos climáticos vêm se mostrando maiores do que era esperado para a presente temperatura assim como os cenários futuros se agravaram. Nesta direção, o conhecimento vigente demonstra que os riscos futuros virão mais cedo do que esperado, inclusive já sendo percebidos em alguns casos na atualidade. Tais cenários não deixam quaisquer dúvidas acerca da necessidade mundial em conter urgentemente a elevação da temperatura média do planeta e estabilizá-la em 1,5°C. Para tanto, necessário cortar as emissões de gases do efeito estufa de forma dramática e urgente, ao mesmo tempo em que será necessária a promoção de iniciativas para uma adaptação, em uma transição justa e equitativa.

Para tanto, ascendeu globalmente o debate acerca da necessidade de uma transição de um modo operacional "*business as usual*" para um "modo de emergência" em razão da crise climática. Neste, fundamental a delimitação rigorosa das metas, orientações e deveres geradores de expectativas legítimas, devidamente acompanhadas de planos executivos e programas estratégicos, em detrimento de uma redação meramente retórica. A decretação de estado de emergência em caso climático deve atuar não apenas como uma resposta emergencial tradicional, nos moldes do atendimento a eventos climáticos extremos, mas, acima de tudo, atentar para todas as fases, inclusive a mitigação, em de uma *gestão circular do risco* climático. Trata-se também de um círculo mais amplo, menos restrito temporalmente do que a gestão de um evento cli-

mático extremo. Cumpre destacar que os mecanismos tradicionais de atendimento a crises podem ser bem úteis, como no caso específico da declaração de um estado de emergência e de calamidade, para o atendimento a casos de desastres climáticos, pontualmente.

Em nível climático, a duração temporal tende a ser mais indeterminada e isso coloca em xeque a característica mais tradicional das emergências em nível de desastres, a sua delimitação temporal. Além disso, as declarações de emergência climática têm frequentemente manifestado em seu objeto central no corte urgente das emissões a fim de evitar um cenário climático catastrófico e não apenas no atendimento às consequências ou efeitos das mudanças climáticas (eventos climáticos extremos). Por isso, trata-se de um ato mais amplo que também deve contar com um plano abrangente de mitigação e de adaptação climática.

Finalmente, se tudo falhar, inegavelmente as declarações de emergência climática consistem em um forte sinal de reconhecimento da necessidade urgente de cortar emissões de carbono pelos entes supranacionais, países e ou entes subnacionais, mensagem esta a ser ouvida pelas instâncias governamentais, setor privado e cortes judiciais.

Referências

ACKERMAN, Bruce. The Emergency Constitution. **The Yale Law Journal,**New Haven, v. 113, p. 1039-1040, 2004.

ARGENTINA. Senado. **Número de Expediente 1745/19**. Buenos Aires: Senado, 2019. Disponível em: https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/1745.19/S/CO. Acesso em: 25 jul. 2022.

BOOTH, Robert; ABDUL, Geneva. **UK reaches hottest ever temperature as 40.2C recorded at Heathrow**. *In*:The Guardian. London, jul. 19 2022. Disponívelem: https://www.theguardian.com/uk-news/2022/jul/19/uk-weather-record-hottest-day-ever-heatwave#:~:text=UK%20reaches%20hottest%20ever%20temperature%20as%2040.2C%20recorded%20at%20Heathrow,-Households%20told%20to&text=Britain%20has%20recorded%20its%20highest,first%20time%2C%20at%20Heathrow%20airport. Acesso em:x 29 jul. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3961, de 2020**. Decreta o estado de emergência climática, estabelece a meta de neutralização das emissões de gases de efeito estufa no Brasil até 2050 e prevê a criação de políticas para a transição sustentável. Autoria: Alessandro Molon, Talíria Petrone. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2020]. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2258739. Acesso em: 14 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.421 MC**. Tribunal Pleno. Relator: Roberto Barroso, j. 21/05/2020. Processo Eletrônico DJenº 270, Publicado 12/11/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 708**. Plenário. Relator: Ministro Roberto Barroso. Julgamento 01/07/2022. Ata nº 22, de 04/07/2022. Publicação DJE 136, 08/07/2022b.

CARVALHO, DéltonWinter de. Aspectos Epistemológicos da Ecologização do Direito. ***ScientiaIuridica***: Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Copacabana, tomo LIV, p. 727-751, out./dez. 2010.

CARVALHO, DéltonWinter de. **Desastres ambientais e sua regulação jurídica**: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. 2. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2020a.

CARVALHO, DéltonWinter de. **Gestão Jurídica dos Riscos Ambientais**: da Prevenção à Precaução. Gestão Jurídica Ambiental. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020b.

CLIMATE EMERGENCY DECLARATION. **Climate emergency declarations in 2,121 jurisdictions and local governments cover 1 billion citzens**. [S. *l.*]: jul. 10 2022. Disponível em: https://climateemergencydeclaration.org/climate-emergency-declarations-cover-15-million-citizens/. Acessoem: 16 jul. 2022.

CLIMATE EMERGENCY DECLARATION. **United Kingdom**: Bipartisan UK Parliament declares a climate emergency. [S. *l.*]: mai 2 2019a. Disponível em: https://climateemergencydeclaration.org/united-kingdom-bipartisan-uk-parliament-declares-a-climate-emergency/. Acessoem: 25/07/2022.

CLIMATE EMERGENCY DECLARATION AND MOBILISATION IN ACTION (CEDAMIA**). Climate Emergency Declaration and MobilisationIn Action**. Australia, 2021. Disponívelem: https://www.cedamia.org/. Acesso em: 06 nov. 2021.

CONVENÇÃO-QUADRO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE A MUDANÇA DO CLIMA (UNFCCC). **Acordo de Paris de 2015**. Tradução Centro de Informação das Nações Unidas para o Brasil (UNIC Rio), última versão 21 abril 2016. Rio de Janeiro: UNIC Rio, 2016. Disponível em: https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-08/Acordo-de-Paris.pdf. Acesso em: 02 jan. 2019.

CONVENÇÃO-QUADRO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE A MUDANÇA DO CLIMA (UNFCCC). **Convenção sobre Mudança do Clima de 1992**. Tradução Governo do Brasil. Brasília, DF: MCTI, [2021]a.Disponível em: https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2014/08/convencaomudancadoclima.pdf. Acesso em: 02 jan. 2019a.

CORRÊA, Oscar Dias. **A Defesa do Estado de Direito e a Emergência Constitucional**. Rio de Janeiro: Presença, 1980.

DUNLOP, Ian; SPRATT, David. **The Club of Rome Climate Emergency Plan**: What does "climate emergency" mean?.Briefing note. [S. l.]: The Club of Rome, 21 nov. 2018. Disponívelem: https://www.cedamia.org/wp-content/uploads/2019/03/What-does-_climate-emergency_-mean.pdf. Acessoem: 07 nov. 2021

ENVIRONMENTAL LAW FOUNDATION. **Local urgency on the Climate Emergency?**: A review of local authority Climate Declarations and supporting action across the UK. United Kingdom: Environmental Law Foundation, oct. 2021. Disponível em: https://elflaw.org/wp-content/uploads/2021/10/ELF-Local-urgency-on-the-Climate-Emergency-October-2021.pdf. Acessoem: 26/07/2021.

EUROPEAN UNION (EU). European Parliament. **Resolution of 28 de november de 2019 on Climate and Environment Emergency**. European Union: European Parliament, 2019. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2019-0078_EN.html. Acesso em: 25/07/2020.

FARBER, Daniel. **Declaring a Climate Change Emergency**: A Citizen's Guide. California: Legal Planet, jun.19 2022. Disponível em: https://legal-planet.org/2022/07/19/declaring-a-climate-change-emergency-a-citizens-guide/. Acesso: 28 jun. 2022.

FARBER, Daniel. Exceptional Circumstances: Immigration, Imports, the Coronavírus, and Climate Change as Emergencies. **Hastings Law Journal**, San Francisco, v. 71, issue 5, 2020a.

FISHER, Elizabeth; SCOTFORD, Eloise; BARRITT, Emily. The Legally Disruptive Nature of Climate Change. **Modern Law Review**, New Jersey, v. 80, issue 2, p. 173-201, mar. 3 2017.

GARRIC, Audrey. **In Europe, the summer of 2021 was the hottest ever recorded**. *In*:Le Monde. Paris, apr. 25 2022. Disponível em: https://www.lemonde.fr/en/environment/article/2022/04/25/in-europe-the-summer-of-2021-was-the-hottest-ever-recorded_5981569_114.html. Acesso em: 29 jul. 2022.

HARVEY, Fiona. **UN Secretary General urges all countries to declare climate emergencies**. *In*:The Guardian. London, dec. 12 2020. Disponívelem: https://www.theguardian.com/environment/2020/dec/12/un-secretary-general-all-countries-declare-climate-emergencies-antonio-guterres-climate-ambition-summit. Acessoem: 29 jul. 2022.

HONEY, Richard; O'REILLY, Mark O'Brian. **The Potential Legal Effect of Declarations of Climate Emergency**. London: FTB Environmental Law Blog, 2022. Disponível em: https://www.ftbchambers.co.uk/blogs/potential-legal-effect-declarations-climate-emergency. Acesso em: 28 jul. 2022.

INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). **Climate Change 2022 - Impacts, Adaptation and Vulnerability**. Summary for Policymakers. Contribution of Working Group II to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. [S. l.]: IPCC, 2022. Disponível em: https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/downloads/report/IPCC_AR6_WGII_SummaryForPolicymakers.pdf. Acesso em: 16 jun. 2022.

KEMP, Luke; XU, Chi; DEPLEDGE, Joanna; EBI, Kriestie L.; GIBBINS, Goodwin; KOHLER, Timothy A.; ROCKSTRÖM, Johan; SCHEFFER, Marten; SCHELLNHUBER, Hans Joachim; STEFFEN, Will; LENTON, Timothy M. **Climate Endgame:** Exploring catastrophic climate change scenarios. PNAS. Cambridge: MIT, Vol 119, n. 34, ago 1 2022. Disponível em: https://www.pnas.org/doi/10.1073/pnas.2108146119. Acesso em 05 ago 2022.

LENTON, Timothy M.; ROCKSTRÖM, Johan; GAFFNEY, Owen; RAHMSTORF, Stefan; RICHARDSON, Katherine; STEFFEN, Will; SCHELLNHUBER, Hans Joachim. **Climate tipping points – too risky to bet against**. [S. *l.*]: Nature, nov. 27 2019. Disponível em: https://www.nature.com/articles/d41586-019-03595-0. Acesso em: 20 jul. 2022.

LINDSAY, Bruce. Climate of Exception: What Might a 'Climate Emergency' Mean in Law?.**Federal Law Review**, [S. *l.*], v. 38, p. 1-27, jun. 2010.

NATIONAL AERONAUTICS AND SPACE ADMINISTRATION (NASA). **Key Indicators**: Global Temperature. Washington: NASA, aug. 1 2022. Disponível em: https://climate.nasa.gov/vital-signs/global-temperature/. Acessoem: 20 jun. 2022.

NEW ZEALAND. **Order Paper Final n° 4**. New Zealand: New Zealand House Of Representatives, 02/12/2020.Disponível em: https://www.parliament.nz/resource/en-NZ/OrderPaper_20201202/12af3d67e35a1a7b17a7ff8370e2044608adfd07 Acesso: 20 jul. 2022.

OXFORD UNIVERSITY. **Oxford Languages**: Word of the year 2019. United Kingdom: Oxford University Press, 2021. Disponível em: https://languages.oup.com/word-of-the-year/2019/. Aacordocessoem: 03 nov. 2021.

OXFORD UNIVERSITY. **Oxford Learner'sDictionaries**. Climate emergency. United Kingdom: Oxford University Press, 2021a. Disponívelem: https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/us/definition/english/climate-emergency?q=climate+emergency. Acesso em: 15 jul. 2021.

PAINEL INTERGOVERNAMENTAL SOBRE MUDANÇAS CLIMÁTICAS (IPCC). **Aquecimento Global de 1,5°C**. Relatório Especial. Sumário para formuladores de políticas (2018). GT I, GT II, GT III. Tradução: Governo do Brasil. Brasil: MCTIC, jul. 2019. Disponível em: https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/sirene/publicacoes/relatorios-do-ipcc/arquivos/pdf/relatorio-executivo-08-07-web.pdf. Acessoem: 09 jun. 2022.

POSNER, Richard. **Catastrophe**: risk and response. New York: Oxford University Press, 2004.

RECIFE. **Decreto nº 33.080, de 08 de novembro de 2019**. Declara o reconhecimento à emergência climática global. Recife, PE: Câmara Municipal, 2019. Disponível em: https://leismunicipais.com.br/a/pe/r/recife/decreto/2019/3308/33080/decreto-n-33080-2019-declara-o-reconhecimento-a-emergencia-climatica-global. Acesso em: 14 nov. 2021.

RIO DE JANEIRO. **Lei nº 7.315, de 26 de abril de 2022**. Dispõe sobre o reconhecimento do Estado de Emergência Climática e estabelece a meta de neutralização das emissões de gases de efeito estufa no Rio de Janeiro até 2050. Rio de Janeiro, RJ: Câmara Municipal, 2022. Disponível em: https://leismunicipais.com.br/a/pe/r/recife/decreto/2019/3308/33080/decreto-n-33080-2019-declara-o-reconhecimento-a-emergencia-climatica-global. Acessoem: 14 nov. 2021.

RIPPLE, William J; WOLF, Christopher; NEWSOME, Thomas M; BARNARD, Phoebe; MOOMAW, William R. World Scientists' Warning of a Climate Emergency. **BioScience, Oxford**, Herndon, v. 70, issue 1, p. 8-12, jan. 2020. Disponívelem: https://academic.oup.com/bioscience/article/70/1/8/5610806. Acessoem: 29/07/2022.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Litigating the Climate Emergency: The Global Rise of Human Rights-Base Litigation for Climate Action. In: César Rodríguez-Garavito (ed.). **Litigating the Climate Emergency: How Human Rights, Courts, and Legal Mobilization can Bolster Climate Action.**Cambridge University Press, 2021. (Prelo)

SÃO SEPÉ. **Decreto nº 4.215, de 5 de junho de 2021**. Declara o reconhecimento à emergência climática global. São Sepé, RS: Câmara Municipal, 2021. Disponível em: http://www.saosepe.rs.gov.br/wp-content/uploads/2021/06/Decreto_n_4_215_de_5_6_2021.pdf. Acesso em: 14 nov. 2021.

STACEY, Jocelyn. The Public Law Paradoxes of Climate Emergency Declarations. **ForthcomingTransnational Environmental Law**, Cambridge, p. 1-29, mar. 15 2022. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=4058442. Acessoem: 01 ago. 2022.

SUTTON, Philip. **Local-first implementation**: Why a strong climate declaration is needed – at the local government level – and what it can do. ed. 22. Australia: RSTI, feb. 3 2017. Disponível em: https://www.caceonline.org/uploads/1/2/7/5/12758111/local_first-implementation_local-govt.pdf. Acesso em: 01ago. 2022.

THOMAS, Amanda; CRETNEY, Raven; HAYWARD, Bronwyn. Student Strike 4 Climate: emergency and citizenship. **New Zealand Geographer**, New Zealand, v. 75, p. 96-100, 2019.

WORLD METEOROLOGICAL ORGANIZATION (WMO). **2021 one of the seven warmest years on record, consolidated data show**. Switzerland: WMO, jun. 20 2022. Disponível em: https://public.wmo.int/en/media/press-release/2021-one-of-seven-warmest-years-record-wmo-consolidated-data-shows#:~:text=Since%20the%201980s%2C%20each%20decade,to%20record%20global%20average%20warming. Acessoem: 20/07/2022.

Capítulo 6

ESTADO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO E OS RISCOS DO TOTALITARISMO

Gabriel de Jesus Tedesco Wedy

ESTADO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO E OS RISCOS DO TOTALITARISMO

Gabriel de Jesus Tedesco Wedy[1]

Introdução

A história da espécie humana divide-se em etapas. Aristóteles viu a formação de entidades políticas como um processo tripartite: primeiro formaram-se as famílias; depois surgiram os vilarejos nos quais elas se agruparam; e finalmente, no conjunto desses vilarejos, surgiu uma sociedade governada, a *polis* (APPIAH,2021, p.2). Os teóricos da lei natural mais tarde ofereceram noções de como a política surgiu do estado da natureza, culminando no relato de Hobbes, em meados do século XVII, de como o soberano resgatou o homem, antes da política, na época de uma guerra incessante de todos contra todos (1994, p.45). E, talvez, aí, especificamente, *a preocupação esclarecida* dos seres humanos organizados em sociedade contra totalitarismos de indivíduos e grupos tenha atingido a sua maturidade, alguma tecnicidade, maior razão e menor intuição. Foi possível, em alguma

---

1 Juiz Federal. Professor nos programas de Pós-Graduação e na Escola de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (USP). Pós-Doutor em Direito. *Visiting Scholar* pela *Columbia Law School* e *Universität Heidelberg*. É professor na Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE) e professor convidado na Universidade de São Paulo (USP) e em outras instituições de ensino em nível de pós-graduação. Membro da Comissão de Direito Ambiental e de Direito das Mudanças Climáticas e da Comissão Julgadora do Concurso Nacional de Decisões Judiciais Ambientais e Climáticas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Membro da Alta Comissão Consultiva de Justiça Climática- *Novos desafios para os Tribunais, Juízes e para o Direito* do *European Law Institute* (ELI). Autor de diversos artigos jurídicos no Brasil e no exterior. Pesquisador-bolsista da Capes-CNPq. Articulista na coluna Ambiente Jurídico da Revista Consultor Jurídico (Conjur). Diretor de Assuntos Internacionais do Instituto O Direito por um Planeta Verde. Membro Honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Presidente da Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe) (biênio 2010-2012). Representante da Associação dos Juízes Federais do Brasil no Conselho da Justiça Federal (biênio 2010-2012) e no Conselho Superior do Prêmio Innovare (biênio 2010-2012). Presidente da Associação dos Juízes Federais do Rio Grande do Sul (Ajufergs/Esmafe) (biênio 2008-2010).

extensão, deixar de lado instintos naturais, quase que primitivos, que pautavam o debate político, e não secularizado, até então estabelecido.

1. Estado de Direito e evolução

Foi Rousseau, cem anos mais tarde, para não se perder o fio da história, quem popularizou a ideia de que era possível perscrutar no tempo e discernir as etapas de desenvolvimento marcadas por mudanças na tecnologia e nos arranjos sociais. Em seu *Discurso sobre a Origem e a Fundação da Desigualdade* (1755), os seres humanos passaram de brutos solitários a caçadores-coletores, companheiros e igualitários. Todavia, com o surgimento da metalurgia e da agricultura, as coisas tomaram outro rumo: *as pessoas tornaram-se civilizadas, mas a humanidade estava arruinada*. O homem se via cultivando um pedaço de terra, a propriedade emergiu e o campo sobre o qual o homem trabalhava poderia ser apropriado (ROUSSEAU, 1989).

A propriedade privada, embora tenha proporcionado inegavelmente o progresso, levou à acumulação de capital, às disparidades de riqueza, à violência, à subjugação e à escravidão. Em suma, as sociedades políticas, segundo Appiah, *"se multiplicaram e se espalharam pela face da terra até que, na expressão de Rousseau, dificilmente restou um canto do mundo no qual um homem pudesse escapar do jugo dessas sociedades*"(2021, p.4). E, de fato, as sociedades passaram a gravitar em torno da propriedade privada, do pacto fazendo lei entre as partes, e das ditas liberdades e garantias individuais.

2. Estado, ordem jurídica e legalidade em Aristóteles

Importante, para compreender este raciocínio, voltar de modo proposital no tempo. Para Aristóteles, em conhecida lição, a ordem jurídica só poderia subsistir se os cidadãos fossem cumpridores da lei. Caracterizava o filósofo grego o direito como uma espécie de acordo comum (1995)[2] e como, no conjunto, uma espécie de convenção (1995)[3]. O seu argumento não era de que a lei deveria ser meramente convencional, mas que a decisão, de acordo com a lei, deveria estar ao lado da *decisão voluntária*. Portanto, a lei não teria o poder de ordenar obediência, exceto a do hábito (ARISTOTLE, 1995)[4]. A obediência habitual era uma condição prévia e inerente do poder compulsivo da lei. Com efeito, as leis de Atenas exigiam o acordo geral dos cidadãos para que tivessem força imperativa. A constituição de

---

2 Pol. I.6.1255a6.
3 Pol. III.9.1280b10-11.
4 Pol. II.8.1269a20-1.

Sólon, exemplificativamente, falhou devido à insatisfação geral dos ricos com a constituição por causa da grande mudança que tinha ocorrido. Pode se observar na *Retórica de Aristóteles* para seu discípulo Alexandre que a lei, simplesmente descrita, era justamente a razão definida por um acordo comum da cidade-estado, regulando ações de todo o tipo (LOCKWOOD& SAMARAS, 2015, p.98).

Aliás, para o estagirita, uma cidade-estado com boa lei era como uma pessoa virtuosa que sabia a coisa certa a fazer e agia em conformidade com isto. Poderiam existir boas leis, mas os cidadãos simplesmente as desobedecerem (ARISTOTLE, 2005)[5]. Na velha Atenas, voltando a Sólon, os cidadãos não respeitaram a Constituição e o tirano Pisistratus, por consequência, pouco depois, conquistou o poder (POMEROY, 1999, p.223). Uma cidade-estado inconstante, sob outro ângulo, assemelhava-se a uma pessoa moralmente fraca: *"Não aprovava os decretos que devia e tinha excelentes leis, mas não as aplicava"*(ARISTOTLE, 2021, p. 155). Para Aristóteles havia uma estreita ligação entre as diferentes caracterizações da lei. A lei era regra geral que produzia uma ordem nas ações e nos desejos dos cidadãos, que eram então concebidas de forma racional por um legislador, e que só eram eficazes se os governados as aceitassem e as obedecessem. Legislação, portanto, era atividade racional e como tal deveria ser entendida (2021, p. 157).

3. Estado de Direito Contemporâneo

Com o andar da história, e o incremento do ideário artistotélico, surgiu o Estado como tal concebemos nestes dias. Como referido por Chevallier, no coração da teoria do Estado de Direito, há então, o princípio segundo o qual os seus diversos órgãos somente podem agir em virtude da habilitação jurídica, ou seja, todo uso da força material deve estar fundado numa norma jurídica e o exercício do poder se *"transforma em uma competência, instituída e enquadrada pelo direito, assim, na medida em que os órgãos do Estado estão limitados, pelo respeito as normas jurídicas superiores, o Estado de Direito tende a se apresentar sob o aspecto formal da hierarquia de normas"(CHEVALLIER, 2010, p.12).*

Melhor elaborando este conceito, relevante lembrar a doutrina de Kelsen, quando este, de modo magistral, tratou da jurisdição constitucional e administrativa no Estado de Direito. Para o jurista, a jurisdição constitucional e administrativa, por cujo aperfeiçoamento a Constituição austríaca mostrou-se particularmente interessada, comprovou, *em múltiplos aspectos, ser um suporte ou mesmo um acabamento técnico-jurídico da ideia de Estado federativo. Isso, naturalmente, somente com o pressuposto de que tal ideia seja considerada realisticamente com um princípio organizati-*

5 Pol. II.8.1269a20-1.

vo particular, e não como um problema de metafísica do Estado"(2001, p.76). Neste contexto, como refere Pinker, deixando de lado o seu otimismo neoiluminista excessivo - às vezes perigoso! - o Estado de Direito é garantidor da democracia. Assim: "*A democracia depende tanto de proteções constitucionais explícitas, como a liberdade de imprensa, quanto de normas compartilhadas, em particular que a governança política seja determinada pelo Estado de Direito (2019, p. 553).*

Se assim não fosse, não podem ser ignoradas as lições de Sunstein e Vermeule no sentido de que um dos *objetivos centrais do Estado de Direito é permitir que as pessoas tenham espaço de manobra para criar uma esfera de ação na qual os cidadãos não tenham que se preocupar com o que seu governo vai fazer"(2020, p. 63).* Muitos têm se preocupado que o *"estado administrativo possa se transformar em uma forma de absolutismo, no qual os cidadãos devem estar constantemente temerosos do que os agentes públicos possam fazer"(2020, p.64).* E, de fato, o Estado Administrativo do Estado americano precisar guardar respeito à ordem constitucional e aos precedentes que formularam o direito constitucional e a democracia, sob pena de servir de instrumento para grupos políticos violarem o regime democrático e um dos seus pilares básicos que justamente é o princípio da Separação e da Independência dos Poderes.

4. Estado Democrático de Direito no Brasil

A República, no Brasil, neste cenário, erigida em modo federativo, resta consolidada pela união, que não é passível de dissolução, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em um Estado Democrático de Direito. O país vive sob o império da Constituição e da lei, jamais deve ceder ao governo dos homens que agem fora, ou o que também não pode ser aceito, acima da lei. Não existe espaço para ditaduras, autoritarismos ou autocracias, pois o *Estado é Democrático* no seu nascedouro. Referido Estado, como ordem jurídica, não se submete a nenhuma outra nação, organização ou grupo econômico na esfera internacional, pois é soberano.

O cidadão possui direitos constitucionais individuais, sociais e fraternais que não podem ser violados e, outrossim, elege livremente os seus representantes, periodicamente, como manifestação inequívoca de sua cidadania. O Estado brasileiro nas suas funções executiva, legislativa e judicial não pode suprimir e nem permitir que seja aniquilado, o princípio norteador da dignidade da pessoa humana, pois este é um dos fundamentos da República. Outrossim, a iniciativa privada e a propriedade, cumpridoras de sua função socioambiental, geram riquezas que movimentam esta estrutura. Produção(que deve ser descarbonizada) e recursos, aliás, devem ser partilhados, sem avareza, para que se evitem a fome e a desigualda-

de que não devem existir em um país continental organizado sob a égide de uma estrutura constitucional sistematizada. Outrossim, a força de trabalho, como não poderia deixar de ser, possui o seu valor constitucionalmente reconhecido pelo Estado e não pode ser subjugada pelo capital com malsinadas flexibilizações. É cristalina, ratificando o aqui afirmado, a redação do texto constitucional de 1988:

> **Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> **I** - a soberania;
> **II** - a cidadania;
> **III** - a dignidade da pessoa humana;
> **IV** - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
> **V** - o pluralismo político.
> **Parágrafo único**. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Em que pesem estes robustos fundamentos, o Estado de Direito encontra-se em crise, como referem, em boa hora, Streck e Morais, (a) conceitual (englobando a questão da soberania e a violação dos direitos humanos), (b) estrutural (englobando O Estado do Bem-Estar, as crises de um modelo), (c) a crise constitucional (institucional), (d) a crise funcional, (e) a crise política (de representação) e uma crise para além do Estado (2019, p.140). Não existe dúvida que cabe uma ressignificação do Estado (STRECK & MORAES, 2019, p. 166), ou até mesmo a sua reconstrução em períodos pós-pandêmicos com o aprofundamento da democracia, como defende Unger, com a concretização de suas treze teses propostas no *Manifesto* (1998,p. 261-278).

Como oportunamente referido pelo Ministro Lewandowski, aproximando-se de uma abordagem de Ciência Política:

> A crise mundial, assim retroalimentada, passa a constituir terreno fértil para o surgimento de líderes populistas, de matiz autoritário, que emergem das mais distintas latitudes do espectro político. Esse populismo despótico apoia-se no aprofundamento das desigualdades internas e, para ganhar legitimidade, exagera o período do terrorismo e de outros males, reais ou imaginários, estimulando, com isso, o racismo, a xenofobia, o sexismo e a homofobia.
>
> Nesse contexto, o pensador camaronês Achille Mbembe prevê que o apartheid reaparecerá em vários lugares, sob diferentes aspectos, criando mais separatismos, construindo novos muros, militarizando fronteiras e aumentando a repressão policial interna. Com isso, Mbembe pergunta se a política e a democracia ainda poderão subsistir, de alguma forma, no século XXI.
>
> Parece evidente que, diante dessas constatações, se faz necessário, mais do que nunca, retomar com energia e firmeza de propósitos a

> ação política, fundada porém em um pensamento teórico capaz de resgatar o legado da tradição humanística ocidental, que se caracteriza por uma permanente visão crítica do mundo e um constante esforço em prol da emancipação das pessoas. Quanto à democracia, não há como compreendê-la hoje a não ser como a plena efetivação dos direitos fundamentais, entendidos em suas várias dimensões, para além do seu sentido mais restrito – meramente etimológico – de simples participação do povo na gestão da coisa pública, por meio de eleições periódicas. Esses são, sem dúvida, os desafios de uma nova Teoria Geral a ser cultivada pelas atuais e próximas gerações de acadêmicos(2018, p. 12-13).

O contexto da referida crise e a necessária ressignificação do Estado brasileiro motiva as pesquisas no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Neste contexto é importante conceituar, definir e analisar, de modo crítico, as estruturas do Estado de Direito Contemporâneo no cenário brasileiro, sem negligenciar a sua história e evolução, inserindo este debate no contexto atual e, ao mesmo tempo, buscando respostas para uma redefinição do mesmo em tempos de crises multifatoriais que colocam em risco os direitos fundamentais, os direitos humanos e, especialmente, uma velha conhecida, *a democracia.* Este é o grande e central desafio para as hodiernas pesquisas sobre o Estado de Direito.

Para isso, faz-se fundamental um constante compromisso com o aprofundamento da democracia (e o respeito às normas eleitorais e às eleições periódicas), com a necessária afirmação dos direitos constitucionais fundamentais e a tutela dos direitos humanos. A paz, a solidariedade, a justiça social e a responsabilidade climática e socioambiental são desafios enfrentados pelo Estado de Direito. De modo técnico e sereno, com convicções firmadas em compromissos éticos e morais, é essencial rechaçar argumentos que são base de justificação para os regimes autoritários e, especialmente, para os candidatos *ao cargo de ditador*. Ao mesmo tempo, outrossim, o enfrentamento aos negacionismos científicos e às visões pré-iluministas é diário e constante para o homem e para a mulher de Estado, para o agente político e para o pesquisador e a pesquisadora científica. Por esses motivos apenas, singelos, mas importantes, o tema *Estado e Totalitarismo* precisa ser enfrentado no Brasil em tempos de governo Bolsonaro.

5. O totalitarismo como ameaça concreta e doutrinária ao Estado de Direito e à democracia

É bastante oportuno, neste contexto, o escólio de Stenner e Haidt no sentido de que a democracia liberal ultrapassou a capacidade de muitas pessoas a tolerarem. E na ausência de uma compreensão adequada das origens e dinâmicas deste

momento global populista (no mau sentido da expressão), os cidadãos, os partidos políticos, e os governos estão suscetíveis em responder a esta nebulosa realidade de modo a exacerbar as suas características negativas (2018, p. 178) e a adotarem posições extremadas que não permitem o debate público, rico em razão e o diálogo construtivo e edificante.

Os dois mencionados autores, aliás, defendem que a extrema-direita populista não surgiu, de fato, do nada. Esses políticos (ordoliberais) não ocupam mandatos eleitorais repentinos, não são propagados como um *vírus*, um modismo, ou apenas como consequência de um fenômeno de imitação ou resultado do encorajamento de fanáticos e déspotas por *sucessos eleitorais contagiantes* de líderes com os mesmos perfis e estilos, geralmente narcisistas e centralizadores. Em realidade, o fenômeno que observamos nos dias atuais está incrustrado abaixo da superfície de qualquer sociedade sadia - inclusive nas democracias liberais avançadas no coração do mundo ocidental – e é ativado pela elite política e econômica. A intolerância não é uma coisa do passado, mas está em nosso presente e, infelizmente, nos acompanhará no futuro (2018, p. 219). Este sentimento de descrença na democracia liberal gera o redescobrimento de juristas como Schmitt que podem ter perigosas e nefastas interpretações, e até mesmo explorações conscientemente dirigidas, de suas ideias. Apenas a título de exemplo, extrai-se de pequeno trecho de *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*:

> Um estudo científico da democracia deve começar com um aspecto particular a que chamei teologia política. Uma vez que o parlamentarismo e a democracia foram tão estreitamente aliados entre si no século XIX que puderam ser aceitos como sinônimos, estes comentários sobre democracia devem ser feitos em primeiro lugar. Mas a democracia pode existir sem aquilo a que hoje se chama parlamentarismo e parlamentarismo sem democracia; e a ditadura é tão pouco uma antítese definitiva da democracia como a democracia é da ditadura(1998, p. 31-32).

A relativização dos conceitos de democracia e de ditadura, explorados em *Teoria Geral do Estado*, ou em *Ciência Política*, pode servir de fundamento para o cerceamento das liberdades individuais, para o aniquilamento dos direitos sociais, para a subversão das regras eleitorais, para a violação do princípio da Separação dos Poderes e, o que é mais grave, para a violação dos direitos humanos. Populistas, com o apoio de massa não esclarecida (e as vezes enfurecida), podem valer-se de um discurso sedutor e de práticas, com capas de legitimidade e de legalidade, insustentáveis, e assim, alcançar o poder político, e manter-se nele, sem necessariamente aplicar um golpe de Estado tradicional. Demagogos, em geral com baixo nível cultural, e seu grupo de apoio, podem chegar ao Poder dentro do

contexto de um aparente contrato social. Podem invocar normas constitucionais que os legitimam no aspecto formal e, a partir daí, violarem as regras do jogo democrático e perpetuarem-se no poder desrespeitando as normas constitucionais materiais subjugando, perseguindo e discriminando, inclusive, e em especial, as minorias. A criação de inimigos imaginários – animada por delírios e por manias de perseguição – é amplamente utilizada por estes governantes como prática política para alienar a população do Estado sobre os reais problemas econômicos, ambientais e sociais. Estas lideranças caricaturais surgem das ruínas do neoliberalismo ou do fracasso da implementação prática e equivocada da doutrina de Marx.

Argumentos constitucionais são utilizados para que sejam atingidas as finalidades tirânicas e incompatíveis com o bem comum e o interesse público e, especialmente, para violar os pilares essenciais do regime democrático. Este é um aspecto chamado por Tushnet de *hardball constitucional,* ou seja, são ações plausíveis, aparentemente defensáveis no aspecto da doutrina do direito. Esse *hardball constitucional* revela, no entanto, um aspecto bizarro, ou seja, os seus proponentes têm uma compreensão substancialmente diferente do papel do governo que é estabelecido previamente pela Constituição. E, o que é significativo neste fenômeno, estas ações políticas e propostas materialmente inconstitucionais podem ter o efeito de aumentar a força da coalizão proponente e alterar a ordem constitucional (2004, p. 535) de modo perverso. É importante observar, por exemplo, que o processo de *impeachment* ou o processo criminal previstos no sistema constitucional, podem ser utilizados inescrupulosamente para promoções pessoais, práticas político-partidárias e, até mesmo, para implacáveis perseguições de desafetos que passam a correr literalmente riscos de perda da liberdade e dos direitos políticos.

De outro lado, vários conceitos e definições precisam ser repensados à luz dos fatos na *Teoria do Estado* e na *Ciência Política*. O estatismo, por exemplo, pode nada ter haver com a falta de democracia ou a tendência ditatorial dos governos, mas pode apenas coincidir com essas características. A história nazista sobre as privatizações é consistente com esse argumento. Depois que os nazistas tomaram o poder, eles venderam a propriedade estatal em grande escala. Privatizaram companhias siderúrgicas, mineradoras, bancos, serviços públicos locais, estaleiros, linhas navais e estradas de ferro. Em parte, eles fizeram isso para arrecadar recursos para incrementar o orçamento do *Reich* mas, por outro lado, para bajular e cultivar a lealdade dos grupos econômicos e da elite empresarial. Ainda assim, os nazistas não viram nenhuma contradição entre o fascismo e a privatização parcial do patrimônio estatal em contraste, é bem verdade, com as teorias de Mises, Hayek e Friedman (COWEN, 2018, p. 35-36), incompreendidas, nos seus aspectos

positivos e libertários, por setores da esquerda não democrática e pouco esclarecida. Por mais intuitivo e irracional que fosse o nível do regime nazista, seus líderes sentiram que precisavam de um Estado que pudesse ser controlado. A verdade é que não servia aos seus propósitos um Estado forte, desenvolvimentista e intervencionista. A privatização dos bens estatais se encaixava perfeitamente na visão nacional-socialista, ou pelo menos não a contradizia. Não se está afirmando que todos ou mesmo a maioria dos regimes fascistas tenham utilizado a privatização dos meios de produção (embora o Chile de Pinochet seja outro claro exemplo) (COWEN, 2018, p. 54), mas certamente as desestatizações e o fascismo não estão necessariamente em conflito.

Causa grande preocupação, se objeto de juízo reflexivo, igualmente, o fato, *público e notório*, que muitos no Brasil, ignorando ocorrências do passado, passaram a chamar o presidente Bolsonaro e o ex- juiz Sérgio Moro simultaneamente de "*O Mito*" (PRAÇA, 2019). Isto pode não ser algo consciente, mas é algo bastante perigoso, se observarmos o discurso de Mussolini, em outubro de 1922, antes da sua marcha sobre Nápoles. Dizia ele:

> Criamos um mito, este mito uma crença, um entusiasmo nobre; não precisa ser uma realidade, é um esforço e uma esperança, uma crença e um encorajamento. Nosso mito é a nação, a grande nação que queremos transformar em uma realidade concreta para nós mesmos (LYTTELTON, 1973, p. 45).

E como referido por Schmitt, Mussolini, no mesmo discurso, define o socialismo como "*mitologia inferior*". Sobre este acontecimento, o jurista alemão referiu que um italiano tinha novamente conferido expressão, o que não ocorria desde o Século XVI, a um princípio do realismo político e que o significado deste exemplo para história intelectual era especialmente grande porque o entusiasmo nacional em solo italiano até aquele momento estava embasado na democracia e na tradição parlamentar constitucional e parecia estar completamente dominado pela ideologia do liberalismo anglo-saxônico. Para Schmitt, portanto, a *Teoria do Mito* é o mais poderoso sintoma do declínio do racionalismo relativo do pensamento parlamentar (1988, p. 76). Para Schmitt, se os autores anarquistas tinham descoberto a importância do mítico com uma oposição à autoridade e à unidade, eles também cooperaram para estabelecer as bases de outra autoridade, entretanto, sem qualquer intenção em fazer isto, ou seja, uma autoridade baseada em novos sentimentos de ordem, de disciplina e de hierarquia. Fez a advertência, no entanto, importante fazer justiça a Schmitt neste ponto somente, que *"o perigo abstrato que este irracionalismo possui é grande"(1988, p. 78)*.

Ultrapassados esses fatos históricos, e obscuros acontecimentos políticos, com a concretização do perigo - antes abstrato para Schmitt - é importante referir que a democracia nas nações modernas tem boas, embora não absolutas, condições para prevalecer em virtude de tentativas e arroubos antidemocráticos de um dos Poderes do Estado.

Conclusão

À guisa de conclusão, talvez a explicação para o não avanço e a instauração de um totalitarismo permanente no Brasil em nossos dias, possa ser similar ao que Sunstein, com base em *Publius*[6], dividiu em quatro didáticos pontos para rechaçar a possibilidade de um regime fascista ser instaurado nos Estados Unidos (2018, P. 54) durante o desatinado governo Trump.

O primeiro argumento de Sunstein é que o sistema constitucional de freios e contrapesos assegura, agora como sempre, que o presidente dependa, na maioria das vezes, de autorização legislativa para agir. Pelo menos no domínio doméstico norte-americano, o chefe de governo não pode agir unilateralmente. O Congresso deve conceder o poder de agir, nos limites da Constituição, ao poder executivo. Em tese, o presidente pode simplesmente ignorar essa restrição constitucional a sua autoridade, mas é bem provável que nenhum presidente sensato faça isso. *Publius* concentrou-se mais nos perigos associados aos possíveis desmandos do Congresso, tendo o projeto de governo nacional bastado, por sua vez, para limitar o espaço de manobra do presidente (2018, p. 68).

O segundo argumento é de que o acesso da cidadania ao poder judiciário garante a obediência à lei por parte do poder executivo que pode ser demandado. Na maioria das vezes, as decisões judiciais bastam para impedir ações presidenciais *contra legem* e também corrigem, no aspecto constitucional e legal, tais atos quando eles ocorrem. Quando o Presidente Harry Truman encampou as siderúrgicas do país, durante a Guerra da Coréia, a Suprema Corte invalidou o seu ato administrativo. Quando o Presidente Richard Nixon tentou impedir a publicação dos documentos do Pentágono, durante a Guerra do Vietnã, a Suprema Corte o

---

6 Alexander Hamilton, James Madison e John Jay escreveram, sob o pseudônimo de *Publius*, 85 artigos e ensaios que formam o *The Federalist Papers* com o intuito de juntar argumentos e formar massa crítica para um discurso público em defesa da ratificação da Constituição dos Estados Unidos. Sobre o tema consultar: LINCOLN, Abraham. *Collected Works of Abraham Lincoln*. New Brunswick: Rutgers University Press, 1953. v. 1.; LINCOLN, Abraham. *House Divided Address*. Chicago: Illinois State Historical Society, 1957. McCLANAHAN, Brion. *The Founding Fathers*. Washington: Regnery, 2012. McCULLOUGH, David. *1776*. New York: Simon & Schuster Paperbacks, 2005. MEACHAN, Jon. *Thomas Jefferson*: the Art of Power. New York: The Randon House, 2012.

deteve. Quando o Presidente Donald Trump, tentou promover, com barreiras de imigração, o "banimento dos muçulmanos", as Cortes federais o impediram. Não existe dúvida que nos Estados Unidos, no Brasil e em outros países existe uma tradição do presidente indicar os juízes da Suprema Corte, mas isto não quer dizer que os juízes nomeados vão ceder aos caprichos do chefe do Poder Executivo. Como diz Sunstein, "imaginação é uma coisa, a realidade é outra"(2018, p. 69). E, na prática, é o que se observa, um presidente não deve esperar a lealdade de um juiz de Corte Superior e este, jamais, deve entregar-se docilmente a referido desmando e tamanha falta ao dever constitucional de imparcialidade.

Juiz deve ser imparcial, a imparcialidade é uma garantia da democracia e uma característica própria da jurisdição. Aliás, o Supremo Tribunal Federal nestas plagas deixou consignada esta máxima exemplarmente com todas as letras no *leading case* que julgou o ex -juiz federal, ex- ministro da Justiça do Governo Bolsonaro, e hoje político filiado ao Podemos, Sérgio Moro, *suspeito* ao tempo em que era magistrado, em demanda envolvendo a Operação Lava Jato, e determinando, consequentemente, a anulação dos atos processuais penais realizados pelo então julgador(REVISTA ELETRÔNICA CONSULTOR JURÍDICO, 2021).

O terceiro argumento de Sunstein, prosseguindo, é que o *The Bill of Rights* assumiu uma importância muito superior do que a imaginada pelos *The Founding Fathers*. Essa declaração, hoje, foi incorporada ao direito e à cultura americana. Atos do presidente podem ser contestados diretamente com base nas provisões da referida *Declaraçãode Direitos, em especial em virtude das cláusulas do* devido processo legal, do direito de reunião, do livre exercício da profissão, da liberdade de expressão, do direito a um julgamento pelo tribunal do júri, entre outras(2018, p. 72).

O quarto argumento é que nos Estados Unidos o tribunal da opinião pública muitas vezes é soberano, ou seja, a vontade popular impõe severas restrições ao que as autoridades nacionais fazem. *Publius* estava bem ciente deste ponto na época da *fundação*, aliás, o respeito aos direitos individuais e a substância central do autogoverno estão culturalmente enraizados em *We the People*. A opinião pública, portanto, exerce um sério e rigoroso controle tanto sobre o que o chefe do poder executivo pretende fazer, quanto sobre o que ele efetivamente faz (2018, p. 75).

Embora sejam exemplos positivos e inspiradores para as democracias, em especial brasileira, guardada a necessária distância temporal e a evolução da sociedade, a visão de *Publius*, a Constituição de 1787 dos Estados Unidos da América, as emendas do *Bill of Rights*, as Constituições do pós-Segunda Guerra Mundial e as Declarações de Direitos Humanos, são marcos insuficientes. O povo brasileiro deve depositar esperança e confiança nas suas raízes, na sua história, na Consti-

tuição Cidadã de 1988, nas instituições do país e, mais especialmente, na cidadania como garantidora da democracia e no cidadão como titular ativo e passivo dos direitos constitucionais fundamentais,após longa luta emancipatória, como demonstra a história republicana. A legítima vontade popular deve prevalecer sempre, obedecidos os delineamentos do sistema jurídico constitucional, ante arroubos populistas e ditatoriais irracionais que constituem-se, sempre, seguindo estereótipos bem definidos, em ameaças de perigosas e imprevisíveis rupturas constitucionais antidemocráticas.

Referências

APPIAH, Kwame Anthony. Digging for Utopia, *The New York Review of Books*, December, 12, 2021. Disponível em: https://www.nybooks.com/articles/2021/12/16/david-graeber-digging-for-utopia/. Acessoem: 30.11.2021.

ARISTOTLE. *Politics I-II.* Translation and commentary by Trevor Saunders. The Clarendon Aristotle Series. Oxford: Oxford University Press, 1995.

ARISTOTLE. *Politics III-IV.* Translation and commentary by Richard Robinson. The Clarendon Aristotle Series. Oxford: Oxford University Press, 1995.

ARISTOTLE. *Rethoric to Alexander*. Cambridge: Harvard University Press, 2021.

CHEVALLIER. Jacques. *L'État de Droit*. 5a. ed. Paris: Montchestien, 2010.

COWEN, Tyler. Could Fascism Come to America? In: SUNSTEIN, Cass. *Can it Happen Here?* Authoritarianism in America. New York: HarperCollins Publishers, 2018.p. 37-55.

GAZETA DO POVO. *Algumas razões para explicar o fenômeno do mito*. 24 fev. 2017. Disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/jair-bolsonaro-algumas-razoes-para-explicar-o-fenomeno-do-mito-dt0wz8s8agwlmwpz02yia8fnq/. Acessoem: 30.11.2021

HOBBES, Thomas. *Leviathan*. With selected variants from de latin edition of 1668. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1994.

KELSEN, Hans. *Judicial Review of Legislation*. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution. Viena: Hans KelsenInstitut, 2001.

LINCOLN, Abraham. *Collected Works of Abraham Lincoln*. New Brunswick: Rutgers University Press, 1953. v. 1.

LINCOLN, Abraham. *House Divided Address*. Chicago: Illinois State Historical Society, 1957.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Apresentação. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; GASPARDO, Murilo (Org.). *Teoria do estado*: sentidos contemporâneos. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. p. 12-13.

LOCKWOOD, Thornton; SAMARAS, Thanassis (eds.). *Aristotle's Politics*: A Critical Guide, Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

LYTTELTON, Adrian. *The Seizure of Power*: Fascism in Italy, 1919-1929. London: Weidenfeld & Nicholson, 1973.

McCLANAHAN, Brion. *The Founding Fathers*. Washington: Regnery, 2012.

McCULLOUGH, David. *1776*. New York: Simon & Schuster Paperbacks, 2005.

MEACHAN, Jon. *Thomas Jefferson*: the Art of Power. New York: The Randon House, 2012.

PINKER, Steven. *Enlightenment Now*: The Case for Reason, Science, Humanism, and Progress. London: Penguin, 2019.

POMEROY, Sarah. *Ancient Greece*: A Political, Social, and Cultural History. Oxford University Press, 1999.

PRAÇA, Sérgio. *Revista Exame*. O verdadeiro mito é Sérgio Moro. 02 julh. 2019. Disponível em: https://exame.com/blog/sergio-praca/o-verdadeiro-mito-e-moro/. Acesso em: 30.12.2021.

REVISTA ELETRÔNICA CONSULTOR JURÍDICO. Moro é suspeito para julgar Lula. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-jun-23/moro-suspeito-julgar-lula-decide-stf-votos. Acessoem: 30.11.2021.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalitéparmi les hommes*. Paris: Folio, 1989.

SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy*. Translated by Ellen Kennedy. Cambridge: MIT Press, 1988.

STENNER, Karen; HAIDT, Jonathan. Authoritarianism is not a Momentary Madness, but an Eternal Dynamic within Liberal Democracies. In: SUNSTEIN, Cass. *Can it Happen Here?* Authoritarianism in America. New York: HarperCollins Publishers, 2018.p. 175-220.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 8ª. Edição. Porto Alegre: Editora Revista do Advogado, 2019.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. *Law and Leviathan* (Kindle Edition). Cambridge: Harvard University Press, 2020.

SUNSTEIN, Cass. Lessons From the American Founding. In: SUNSTEIN, Cass. *Can it Happen Here?* Authoritarianism in America. New York: HarperCollins Publishers, 2018.p. 57-80.

TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball, 37 *J. Marshall L. Rev*. 523 (2004), p. 535-555.

UNGER, Roberto Mangabeira. *Democracy Realized*: The Progressive Alternative. New York and London: Verso, 1998.

Capítulo 7

UM ASPECTO BIOÉTICO DA FAMÍLIA:

Do patronímico à função paterna.

Gerson Neves Pinto

UM ASPECTO BIOÉTICO DA FAMÍLIA:
Do patronímico à função paterna.

Gerson Neves Pinto[1]

A família é uma estrutura que estabelece ligações entre os indivíduos e fundamenta todas as sociedades humanas, tomando formas diversas no tempo e espaço. Desde os gregos, encontramos variadas formulações acerca da família, das quais poderíamos dar a seguinte síntese: de um lado, temos Platão que no Séc. IV A.C. propõe a criação de uma cidade ideal, na qual ele pretendia que a família pudesse ser abolida: "As mulheres de nossos guerreiros serão todas comuns a todos; nenhuma delas habitará em particular com nenhum deles; do mesmo modo, os filhos serão comuns e os pais não conhecerão os filhos, nem estes os pais" (Platão, 1965, 457c-458b). Este sistema faria com que cada homem fosse o pai de todas as crianças, mesmo que ele não tenha certeza de que seja realmente o pai de alguma delas. Por sua vez, Aristóteles constata que « a incerteza da paternidade acarretaria a negligência em relação a todas as crianças» *Aristote, 1987, 1282 a 1*. Para Aristóteles, contrário a Platão neste aspecto, a família se define como a primeira comunidade (oikia) segundo a natureza. A família é, portanto, constituída por membros obedientes, aonde o homem comanda, a mulher se submete e a família é organizada segundo um princípio monárquico: a dominação patriarcal.

Podemos dizer que no Ocidente a segunda forma de organização [a aristotélica] foi a que preponderou, contudo o princípio da autoridade, sobre o qual ela sempre esteve fundada, encontra-se atualmente em crise no seio da sociedade ocidental. As-

---

1 Possui Doutorado em Philosophie, Textes Et Savoir, mention très honorable na École Pra-tique Des Hautes Etudes – Sorbonne, Paris (2011), Mestrado em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1998) e Graduação em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1985). Atualmente é professor adjunto II da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e do Programa de Pós-Graduação em Direito.

sim, de modo diverso ao que se observava na família tradicional, onde o exercício normativo do pai implicava, na maioria das vezes, em obediência e submissão por parte dos filhos, o pai contemporâneo encontra sua autoridade questionada ou anulada[2].

A crise da família ocidental na atualidade indica a possível ocorrência de algumas dificuldades ou até situações catastróficas. As visões mais pessimistas sobre o futuro da família apontam para a sua destruição através de transformações cada vez mais importantes e inéditas como a legalização do aborto, a fecundação fora do corpo da mãe biológica, clonagem, monoparentalidade, homoparentalidade, a legalização de casamento entre homossexuais, etc. O fato de as mulheres poderem dominar inteiramente a procriação, do pai não ser mais necessariamente o genitor nem o parceiro da mãe, e também de os homossexuais terem a possibilidade de participar do processo da filiação, seriam situações que poderiam significar que finalmente a família está condenada e deste modo também a possibilidade de cada um de nós se constituir como sujeito? Temos também um aspecto importante assinalado por Nelson JL (1995) ao afirmar[3] que as modificações tecnológicas e sociais têm levado progressivamente as famílias a renunciar cada vez mais sua responsabilidade tradicional pelos cuidados dos filhos em favor de um profissional médico, psicólogo ou pedagogo. É uma questão que muitos se colocam, diante de uma realidade tão complexa quanto a de nossa sociedade contemporânea. No entanto, há que se levar em conta que a família jamais foi tão demandada como sendo um dos únicos valores seguros, ao qual ninguém deseja renunciar. Em que pesem estas posições mais niilistas, salta aos olhos que a família está sendo pretendida por homens, mulheres e crianças de todas as idades, pessoas de todas as orientações sexuais e de todas as condições sociais como um esteio capaz de proporcionar a felicidade.

O valor da estrutura familiar está claramente abordado na primeira encíclica do papa Francisco "Lumen Fidei" (A luz da fé), publicada recentemente pelo Vaticano: “O primeiro âmbito da cidade dos homens iluminado pela fé é a família”.[4] De outro lado,

---

2 *Grosso modo*, podemos dizer que esta situação do “modelo patriarcal” perdurará até o final do *Ancien Régime*. Dentre diversas outras causas, podemos afirmar que a partir das duas revoluções liberais (a Revolução Francesa e a Americana) temos o término das desigualdades entre o Rei e os súditos, entre homens e mulheres, entre pai e mãe. O primeiro projeto de Código Civil Francês afirmava: “Il n´y a plus de puissance paternelle!” – Lebrun (2012), p. 36. O que importa agora é o que Tocqueville vai identificar como sendo a “igualdade de condições”. Ele vai afirmar como “efeito gerador” da democracia a “igualdade de condições” - *La Democracia en América,* Alexis de Tocqueville, Ed. Akal, 2007, Madrid, p. 33

3 Nelson JL em seu livro “The patient in the family: an ethics of Medicine and families” afirma que *we examine how social and technological changes have progressively led families to relinquish more and more of their traditional responsibility for health care to an increasingly powerful profession*.

4 Mesmo que logo a seguir a encíclica afirme um de seus dogmas mais firmes “penso, antes de mais nada, na união estável do homem e da mulher no matrimônio”. É compreensível que a igreja adote esta postura, dada a sua compreensão biológica da reprodução humana.

o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) visando a proteção das estruturas familiares fragilizadas, lançou, já em 2012, uma campanha para estimular o reconhecimento espontâneo da paternidade. Denominada "Pai Presente", esta campanha sublinha a importância da realização do registro civil mesmo que tardiamente. Assim como em 2022, o Colégio Nacional das Defensoras e Defensores Públicos-Gerais (condege) lançou o projeto "Meu Pai tem Nome"[5]. O objetivo visado é o estabelecimento das origens daqueles indivíduos que não tiveram tal informação acerca de seu pai. Além disso, a Constituição Federal, no seu artigo 226, parágrafo 7, estabelece dois princípios fundamentais para a constituição da família: o princípio da dignidade humana e o princípio da paternidade responsável, bem como na Lei 8.560/92 que regula a investigação da paternidade dos filhos nascidos fora do casamento civil a mesma temática é tratada. A despeito da norma constitucional e da Lei 8.560/92, a situação na qual nos encontramos reflete a falta de conhecimento da população a respeito de seus direitos fundamentais. De acordo com matéria publicada no site do Condege, em 2022 já temos mais de 29 mil novas crianças sem o nome do pai no registro de nascimento[6].

Uma das contribuições mais relevantes sobre a questão das estruturas familiares e seu valor é a abordagem realizada pela psicanálise acerca dos papeis de seus integrantes, principalmente do casal parental e suas relações com os filhos. Jean-Pierre Lebrun (2012) refere que as grandes transformações ocorridas na família apresentam como característica preponderante a "suspensão dos limites" (Lebrun, 2012, pg. 34) que acarreta novas formas de subjetivação e de laços sociais. Infelizmente, temos muitos rasgos disso no "mundo sem limites" em que vivemos (conforme Jean-Pierre Lebrun, em seu livro com esse título), onde nenhuma diferença parece ser admitida ou tolerada, onde dizer "não" a uma criança está cada vez mais difícil, quase impossível. Jean-Pierre Lebrun aponta o que poderíamos chamar de "decadência da figura paterna". Em "Um mundo sem Limites", Lebrun constata um processo de "dessimbolização" que afeta nossa sociedade, da mesma forma que se apóia na obra de Lacan sobre os complexos familiares para interrogar sobre o que ele designa por "a desinstitucionalização" da família, e que passaria por uma deslegitimação da figura do pai. No importante trabalho "Os Complexos Familiares" de 1938, Lacan anteviu o quadro dramático da família ocidental, perpassada, como afirma Roudinesco (2000, pp. 136), por todas as torpezas sociais, todas as violências subjetivas e todos os conformismos.

---

5 Este projeto revelou um dado alarmante: apenas de janeiro de 2021 a janeiro de 2022, cerca de 168 mil crianças foram registradas no país sem o nome do pai. Buscando enfrentar esse vácuo nas certidões de nascimento, uma campanha nacional desenvolvida pelo Colégio Nacional das Defensorias Públicas Gerais (Condege) se apresenta como uma alternativa para resolver casos simples.

6 Cf. o link http://condege.org.br/arquivos/2568, acessado em 27/07/2022.

Fala-se comumente em declínio do que Lacan chamou o "Nome-do-Pai", noção esta que ele retirou da ideia de castração, esta última estabelecida por Freud[7]. É do "o Nome-do-Pai" que deriva a função paterna, função que alguns qualificam, a justo título, de pacificadora e civilizatória, dado que ela normatiza, pelos efeitos da castração, a transmissão simbólica, a relação com a lei. Do declínio desta família tradicional, do qual Freud foi testemunha e principal teórico, "emergiu, segundo afirma Roudinesco, "um processo de emancipação que permitiu às mulheres afirmar sua diferença – especialmente ao separar maternidade de desejo e de procriação e ao querer ter acesso ao trabalho -, tomar as crianças como sujeitos e não como imitações de adultos e aos homossexuais de se normalizar e de não mais ser considerados perversos" (Roudinesco, 2012). Atualmente as mulheres vão além da maternidade, com suas realizações profissionais; as crianças adquirem subjetividade que vai além de projetos de adultos; e as relações homoafetivas[8] objetivam fundar famílias. Neste sentido, o que a psicanálise[9] pode nos ajudar a compreender nesta nova forma de família é a constatação de que não é somente a diferença biológica de sexos, muito menos a necessidade de um pai real e de uma mãe real que são determinantes, mas fundamentalmente, é o fato de alguém exercer a "função materna", assim como, alguém exercer a "função paterna". E é disso que se trata quando falamos de família, sociedade e cultura: são instituídas pela linguagem, pois é a linguagem o que nos humaniza, o que faz com que possamos "instituir" o lugar de filho, filha, pai, mãe, homem, mulher, etc. É a instauração dos limites, a proibição do incesto, do parricídio, pois "faz-se necessário a proibição para assegurar aquilo que nos diferencia do mundo animal: a passagem da natureza à cultura" (Roudinesco, 2012)[10].

Por tratar-se justamente de uma operação da linguagem é que podemos afirmar que o "Nome-do-Pai" é resultante de uma metáfora. Dito de outro modo, o pai ou antes a metáfora paterna tem por função estabelecer a alteridade, de funcionar como o terceiro entre a mãe e a criança. É neste sentido que podemos afirmar, com Lacan, que

---

7 O chamado complexo de Édipo freudiano é apresentado por Lacan na fórmula da metáfora paterna como "uma operação de substituição significante, em que o Nome-do-Pai substitui o significante do desejo da mãe, cujo significado é incógnito para o sujeito, e que tem como resultado a inscrição da lei da castração no Outro e a produção da significação sexual que é fálica". (Quinet, 2002, p. 101).

8 Sobre este tema, ver o artigo de Simone Perelson, *A parentalidade homossexual: uma exposição do debate psicanalítico no cenário francês atual*. Revista Estudos Feministas Vol.14, n.3, Florianópolis Sept./Dec. 2006.

9 Esta visão não é unânime entre os psicanalistas. Alguns, como Charles Melman, declarou em uma entrevista para a RTL em 21 de junho de 2001 que os "filhos dos casais homossexuais seriam brinquedos de pelúcia destinados a satisfazer o narcisismo de seus pais" - citado por Elisabeth Roudinesco, 2000, pg. 89.

10 Da passagem da natureza à cultura, ver o excelente livro do antropólogo Claude Levi-Strauss: O Cru e o Cuzido". Mitológicas I, São Paulo, CosacNaify, 2004.

a mãe funda o pai (Jacques Lacan, 1998, p. 191). Isto é, é necessário que esta mãe seja marcada pelos limites da linguagem, do simbólico e consequentemente da metáfora paterna. É isto que permitirá que seu bebê seja um outro ser para ela e não uma extensão sua. É graças à lei que o "Nome-do-Pai" estabelece que os laços de dependência entre o bebê e sua mãe vão se desfazendo progressivamente. Retomando os próprios termos de Lacan em seu seminário sobre *As Formações do Inconsciente*[11] (Jacques Lacan, 1998, p. 191), é isto que vai permitir o vai-e-vem da mãe, a alternância entre a presença e a ausência, o que significa que a mãe tem outras coisas às quais se dirige e que, neste sentido, a criança não é tudo para ela, não a preenche como tal.

Lacan ao falar sobre função paterna, não se refere somente ao pai biológico[12], mas àquele que pode realizar a função paterna através da mediação da linguagem, nomeando-se como pai, afirmando-se a si mesmo como tal. Devemos ressaltar que funciona como pai aquele que é designado pela mãe à criança. Neste sentido, a referida campanha promovida pelo Conselho Nacional de Justiça e que objetiva estimular o reconhecimento da paternidade é de fundamental importância pois através deste reconhecimento temos a inscrição simbólica do nome-do-pai da criança. Isso é decisivo para que uma inscrição da função paterna no psiquismo da criança possa ter lugar, já que se produz assim, de saída, um pai do qual a criança e a mãe poderão falar entre eles e com o social. Os efeitos dessa possibilidade na socialização e na relativização da relação da criança com a mãe-bebê são de alcance incomensurável no desenvolvimento da criança e de suas potencialidades enquanto sujeito que vai depois ocupar seu lugar no social. Mannoni nos diz que "a presença real do pai não é indispensável: o que parece indispensável é a presença do pai no discurso da mãe" (Mannoni, 1986, p.48). O principal fator para se efetuar a separação é o advento desta função terceira, a função paterna, que irá barrar a relação dual mãe-bebê, na qual a palavra do pai (no Édipo), interditando a mãe ao filho, coloca-o na instância de derivar seu desejo para outra coisa. Se isso não se opera, "quando a mãe nega à palavra do pai a função da lei, impede o filho de aceder à metáfora paterna, isto é, a representação de um pai que seja a autoridade que o separe dela." (Lemaire, 1979, p. 288). Nesse caso temos mesmo um Édipo fracassado, um pai sem função, e uma mãe e uma criança sem limites. Por isso, Lacan tem razão quando diz que: "... a mãe funda o pai...". Ou seja, tudo depende de como cada mulher tem, inscrita inconscientemente em seu psiquismo, a figura (metafórica) do pai. É isso o que decide o modo como ela vai transmitir essa figura à sua criança.

---

11 Sobre o tema, ler o seminário de Jacques Lacan, *As Formações do Inconsciente,* Leçons 9-12 sur *La Logique de la Castration*.

12 Desde "Complexos Familiares" de 1938, Lacan coloca o pai como simbólico. Muito mais importante do que a questão da paternidade biológica, o autor colocava a paternidade como decorrente de uma função social.

Mas, a esta altura, poderíamos nos perguntar por que é tão importante esta questão do reconhecimento da paternidade e o seu papel simbólico dentro do direito? Em outras palavras, por que a mãe necessita deste outro (o pai) na sua relação com o seu filho?

Apesar de a mãe estar também inserida na linguagem e no pensamento simbólico, por uma questão natural (seu "vínculo" corporal-natural) com o bebê, ela por si só não consegue estabelecer esta significação do filho na linguagem. Esta relação dual mãe-bebê está fortemente no registro natural, desde a concepção até o nascimento, irá impossibilitar que ela sozinha possa barrar e colocar limites nesta relação dual. Portanto, a mãe não pode estabelecer algo da dimensão simbólico-cultural para o seu filho, dado que esta relação dual está fortemente marcada pelo registro do natural. Deste modo, é necessário a intervenção de um terceiro, daquele que exerça a "função paterna", que seja o representante da lei, lei como instancia mediadora entre mãe e o filho. É necessário, para a inserção da criança na ordem simbólica, que ela perceba que a mãe é não-toda, que a mãe depende de outra coisa, de seu homem, de seu amante, etc. É claro que não se trata de dizer que o genitor é sempre um pai[13]. O pai, insisto, é o homem da mãe, aquele cuja palavra tem efeitos sobre ela, aquele que a convoca em seu desejo de mulher. É isso o que faz com que uma mãe coloque limites em uma criança, independente da presença ou ausência física do pai, ou do quanto esse pai é bem ou mal-sucedido em suas empreitadas da vida. O pai perfeito, competente e poderoso, é pura construção de algum ideal feminino e infantil, fadado ao fracasso. O pai é humano e, como tal, submetido às leis de sua condição, as mesmas que ele tem para transmitir a seu filho. Enfim, a função do pai é de separar a criança da mãe. Ele deve se interpor entre a mãe e a criança para permitir à criança desenvolver a sua identidade fora da simbiose com a mãe. Se a mãe representa este amor fusional com a criança, o pai representa os limites, a separação, o estabelecimento dos interditos.

A presença da figura paterna estrutura a criança em sua individualidade, a prepara para a vida em sociedade e para a observância das suas leis. É porque somos seres de linguagem que produzimos nossos vínculos, e a partir deles, nossa cultura. O que chamamos de sociedade produz cultura, e somente há sociedade a partir da família, nossos primeiros outros, nossa primeira vida social. Se não ocorrerem os interditos no âmbito da família durante a educação/formação da criança, dificilmente teremos um indivíduo com capacidade para se inserir na vida social e reconhecer direitos e deveres como um integrante de uma comunidade.

---

13 A função paterna, ou seja, o exercício da lei e da autoridade, pode ser exercida, na ausência do pai, pela mãe, ou pelo avô, tio etc. Enfim, para que a função paterna aconteça é necessário um terceiro, terceiro este que nada tem haver com o genitor ou com a sexuação anatômica [masculina] que é a sua – uma vez que casais homossexuais também estão inscritos nesta mesma lei da constituição do psiquismo, que é um dado de linguagem e não de diferença anatômica.

Pierre Legendre, um grande jurista francês, afirma algo extremamente esclarecedor: n**ão basta produzir o humano, é preciso instituí-lo.**[14] A linguagem desempenha a função de instituir a família, a sociedade e a cultura, pois é a linguagem que nos humaniza, que faz com que possamos "instituir" o lugar de filho, filha, pai, mãe, homem, mulher, etc.[15] Assim, o fundamento da Lei (que funda e institui a humanidade) é o lugar de referência[16] simbólica, dado que os interditos estão na base da comunicação humana e em seus sistemas de trocas simbólicas, como afirma Legendre. Neste sentido, podemos concluir que eles se constituem em fundamentos do discurso e da palavra na sociedade humana."[17]

Por isso, não basta "engendrar" biologicamente um ser para que sejamos isso ou aquilo uns para os outros. Não há "outros" se esse lugar não for transmitido. E a transmissão humana desses lugares é sempre dramática. A existência do outro é sempre dramática. Por isso a família se institui ao preço de complexos. No livro "Os complexos familiares" (1938) Jacques Lacan discorre sobre essa idéia de complexos, nos explicando, por exemplo, que os complexos estão para a família humana na mesma dimensão que os instintos estão para a família biológica (a reprodução dos animais).

Os complexos nos tiram da vida instintual no curso de nosso desenvolvimento, são decisivos para que possamos nos desenvolver. Os animais não precisam de complexos, a vida instintual deles basta para que eles se desenvolvam.

Ao contrário, o ser humano **necessita ser instituído.** No curso do nosso desenvolvimento os complexos vão se organizando em nossa vida psíquica: o desmame é o primeiro deles, a primeira separação radical entre uma mãe e seu bebê. Em decorrência desta separação um "eu" começa a existir, a criança não é mais a extensão do corpo materno. A partir daí, a motricidade avança, a postura ereta vai se preparando, do engatinhar ao caminhar, e quase concomitantemente, ela vai aprendendo a falar, ou me-

---

14 Ainsi, la généalogie dans son principe ne vise pas seulement le faisceau des réalités biologiques, mais bien l´ensemble des systèmes institutionnels fabriqués par l'humanité pour survivre et se répandre. Elle intéresse un point essentiel, inévitablement remué par la modernité comme il le fut chez les classiques : ce qui fait que la vie est la vie. Chaque fois que la mise généalogique pour un sujet est perdue, *la vie ne vit pas*. Tel est l´enjeu à l´échelle sociale : écraser la vie ou la faire vivre, car il ne suffit pas de produire la chair humaine, encore faut-il l´instituer » - Pierre Legendre, *L´Inestimable Objet de la transmission. Étude sur les principes généalogiques en Occident*, Paris, Fayard, 1985, pg. 9-10.

15 Um bom exemplo disso é a criação pelos romanos do direito de família que estabelece os lugares na família através da organização das linhagens de parentesco.

16 «La Référence, c´est au fond l´affaire que les Romains [*Digeste,* 1, 3, 2], pas plus aveugles que nous, désignaient par la formule *vitam instituere* (*instituer la vie*) ». Pierre Legendre, 1988, p. 13

17 « *Essentiellement, parce que les constructions de l´Interdit sont à la base de la communication humaine et que celle-ci se résout en un vaste système d´échanges symboliques. Un terme à préciser :symbolique, car tous les montages sociaux de communication en dépendent.* » (Pierre LEGENDRE : *Leçons VI Les enfants du Texte. Étude sur la fonction parentale des États* , Fayard, Paris, 1992 , p. 26).

lhor, a saber que pode usar a palavra, e com isso aumentando sua capacidade lúdica, cada vez elaborando mais a sua intimidade com os objetos do mundo exterior.

Depois de atravessado o drama do desmame, a vida afetiva da criança fica ainda mais intensa. Ela já constrói teorias sobre o amor de sua mãe e de seu pai, e muito em seguida, sobre suas origens. Obviamente que para uma criança pequena, qualquer um que interfira na sua relação afetiva com a mãe é um intruso. A mãe é quem vai exigindo dela que suporte outras intervenções, quem vai ensinando a ela que o mundo é feito de outros, que ela e seu bebê não são o mundo inteiro. E principalmente, que existe aquele terceiro que, além de ser o pai da criança, é também seu homem. Nesse momento começa o segundo conflito: o drama edípico, o famoso "complexo de Édipo", pois é claro que a criança ama seu pai, mas também quer vê-lo longe dali.

Ao preço de milhares de "nãos", toda criança acaba "sublimando" transformando em outra coisa esse primeiro grande amor perdido que é a mãe. Por isso elas vão à escola e aprendem a ler e a escrever, a conviver com os outros, a amar... e a odiar. Nossa bagagem afetiva da primeira infância nos acompanha a vida inteira, razão pela qual implica em "complexos" e não em fixações. É junto ao pai e à mãe que freqüentamos essa "escola inaugural" do amor, que nos habilita ao ingresso no mundo exterior e nele exercer esse saber.

No campo das relações sociais o "recém"-sujeito vai exercer os desafios de seu desejo e, desta forma, regular as trocas entre os indivíduos no social. Como já examinado anteriormente, a função paterna é pacificadora na medida em que ela possibilita a interdição da expressão bruta da satisfação pulsional, a fim de construir uma satisfação substitutiva tolerável para o sujeito e para os outros. A criança e, posteriormente, o adolescente encontram na troca com os pais e depois com os seus pares e os adultos a pacificação necessária. A função de autoridade pode ser internalizada e constituída no sujeito por meio da intervenção de um terceiro que exerça a "função paterna", que seja o representante da lei, desempenhando uma função de autoridade externa ao sujeito e à instância mãe-filho. Como bem nos resume Roudinesco: "Nessa perspectiva, o complexo de Édipo, segundo Freud, não é senão a expressão dos dois desejos recalcados — desejo de incesto, desejo de matar o pai — contidos nos dois tabus próprios do totemismo: interdito do incesto, interdito de matar o pai-totem" (Roudinesco, 2000, p. 82). Com o advento da adolescência, dá-se a passagem do discurso infantil referido somente aos pais, àquele referido aos discursos sociais articulados pela ordem simbólica do mundo, onde o direito é um dos mais importantes, através dos seus interditos.

Nesse sentido, Freud sustenta que a função paterna é pacificadora e civilizatória, já que é ela quem veicula as Leis da linguagem, os interditos. O incesto é a primeira interdição cultural, a menos que concordemos que uma cultura perversa, sem leis,

possa ser suportável e vivível. No caso de um Édipo fracassado temos um pai sem função, uma mãe e uma criança sem limites. Ninguém consegue, nesse fracasso, ocupar um lugar: de mãe, de pai, nem de filho. A Lei da linguagem, que quando implementada faz a nossa cultura, sofreu uma espécie de desvio, não conseguindo construir o substrato necessário ao desenvolvimento saudável, pois ela é a nossa Lei maior, é ela quem distribui nossos lugares. É a linguagem que nos tira da vida instintual, nos colocando limites, garantindo assim nossa condição humana.

Com base nestas reflexões importa questionar se seria possível uma sociedade sem instituições? A essa questão, o Direito Romano deu sua resposta através de seu modo de classificação e de estruturação das relações de parentesco, a partir do instituto do *pater potestas*, tornando pensável a genealogia[18] como um sistema que permite supor um modo legal de identificações. É a genealogia quem aponta o lugar do sujeito na espécie e faz dele o material vivo do social. Portanto, se concordamos que instituir é produzir normas, devemos ter em conta que todo laço institucional é fabricado pela genealogia, e que a investigação desse laço coloca em questão o biológico, o social e o inconsciente, e não pode ser feita senão a partir de uma retomada básica da função jurídica, cuja essência consiste em produzir artificialmente o enlaçamento desses três indícios do humano.

Quando este liame institucional encontra-se enfraquecido, temos o advento de graves conseqüências como o aumento de infrações envolvendo crianças e adolescentes. Sob este prisma, a infração pode ser tomada como um sintoma, como uma forma de responder ao mal-estar da cultura que hoje presenciamos: o aumento da violência e a delinqüência infanto-juvenil denunciam esta privação da ordem simbólica e uma resposta ao nível da realidade "crua" da criminalidade e da indiferenciação. Em outras palavras, é o próprio ato real, sem nenhum tratamento pelo simbólico, substituindo a palavra.

No caso da sociedade brasileira, onde a figura em torno do "nome-do-pai" está enfraquecida, constatamos as dificuldades que a nossa cultura possui em estabelecer simbolicamente laços sociais capazes de estabelecer graus de responsabilização aos agentes pela prática de suas ações.

Atualmente constata-se uma grande opacidade da função paterna. Em tempos onde as "figuras de autoridade" estão em franca decadência e não se articulam em um discurso formador de laço social, verifica-se sem dificuldades o quanto a vulnerabilidade da função do pai na família e o enfraquecimento de seu papel como o represen-

---

18 «Sur ce terrain se joue notre capacité d´analyser l´institution généalogique comme procédure d´humanisation des groupes aussi bien que de chaque individu, c´est-à-dire de comprendre véritablement ce qu´instituer veut dire : faire du groupe une société ou une parcelle de ce corps qu´est une société, et faire de l´individu un sujet. » – Pierre Legendre, 1988 – p. 11-12.

tante da Lei estão na fonte de tantas patologias sociais e individuais. Em uma sociedade que prescinde cada vez mais desta instância de alteridade, que é a metáfora paterna, temos como resultado o correspondente aumento da delinqüência infanto-juvenil, onde os filhos ameaçam os pais, alunos matam professores, adolescentes queimam dentistas, crianças envolvidas no tráfico de drogas, etc.

Em face à crise das instituições, o grande dilema consiste em como viabilizar a presença paterna como instância de autoridade. Primeiramente, impõe-se enfrentar uma questão crucial da atualidade: como compatibilizar o problema da autoridade com os avanços da democracia e os novos modelos de relações familiares. Se todos são iguais no âmbito da família, inviável a questão da autoridade. Por outro lado, a figura da autoridade tradicional nos coloca na posição triangular anterior a da democracia, o que representa um retrocesso. Como podemos promover uma campanha pela paternidade sem retornar à idéia da família patriarcal, com o *pater potestas* absoluto? Uma possível resposta seria afirmar que esta retomada não pode significar uma volta ao modelo patriarcal, mas de pensar uma autoridade que se fundamenta na democracia. A autoridade "patriarcal" estava a serviço do patriarca. Recolocar o lugar da autoridade na democracia não quer dizer necessariamente se colocar a serviço da pessoa daquele que ocupa o lugar de poder, o pai ou a mãe na condição de patriarcas, mas estar a serviço da linguagem, da Lei que nos perpassa a todos, inclusive aos pais. Neste sentido, estamos pensando num *pater potestas* democrático que sustenta a sua posição de autoridade na medida em que isso se mostra fundamental para a transformação de seu filho em um cidadão que interage embasado em uma instância de alteridade com os outros e, neste sentido, os seus benefícios são estendidos à sociedade, na medida em que temos um tratamento em nível de palavra e da Lei na resolução dos conflitos inter-individuais.

Referência

ARIÉS, Philippe. *História social da criança e da família.* Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

ARISTOTE, Politique, II, 3, 1282 a 1- introduction, notes et index par J. Tricot, Paris, J. Vrin, 1987.

LACAN, Jacques.. *Os complexos familiares na formação do indivíduo* (Paris 1938). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1987.

_____, *Séminaire V – Les Formations de l'Inconscient*, Ed. Du Seuil, Paris, 1998.

LEBRUN, Jean Pierre. *A perversão comum: viver juntos sem outro*. Tradução Procopio Abreu. Rio de Janeiro: Campo Matêmico, 2008.

_____, *Um monde sans limites*. Éditions érès, Toulouse, 2012.

LEGENDRE, Pierre *L´Inestimable Objet de la transmission. Étude sur les principes généalogiques en Occident*, Paris, Fayard, 1985.

_____, *Les enfants du texte. Étude sur la fonction parentale des États, Leçons VI*, Paris, Fayard, 1992.

_____, *Le Dossier occidental de la parenté. Textes juridiques indésirables sur la généalogie, traduits et présentés par Anton Schütz, Marc Smith, Yan Thomas, Leçons IV, suite. éd. Fayard, 1988.*

_____, *Poder genealógico do Estado*. In: ALTOÉ, Sonia (Org.). *Sujeito do direito, sujeito do desejo: direito e psicanálise*. Rio de Janeiro: Revinter, 2004.

LEMAIRE, Anika. Jacques Lacan: uma introdução. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

LEVI-STRAUSS, Claude. *O Cru e o Cuzido". Mitológicas I*, São Paulo, CosacNaify, 2004.

MANNONI, Maud. A Primeira entrevista em Psicanálise. Rio de Janeiro, Ed. Campos, 1986.

NASCIMENTO, A. de O. *Em nome do pai, em proteção ao filho*. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre: DPE, mai./ago., Ano 1, n. 1, p. 8 – 13, 2010.

Nelson JL. The patient in the family: an ethics of Medicine and families. New York: Routledge, 1995:74.

QUINET, Antônio, *Um olhar a mais: ver e ser visto na Psicanálise*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

PERELSON, Simone. *A parentalidade homossexual: uma exposição do debate psicanalítico no cenário francês atual*. Revista Estudos Feministas Vol.14, n.3, Florianópolis Sept./Dec. 2006.

PLATÃO. *A República*. São Paulo, Ed. Difusão Européia do Livro, 1965.

ROUDINESCO, Elizabeth. *A Família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar

Editor, 2003.

_____, *Por que a Psicanálise,* Ed. Jorge Zahar, 2000.

_____, Intervenção na Comissão de leis sobre o casamento para todos – Assembleia Nacional – França em 2012. Traduzido por C. Lucia M. Valladares de Oliveira e acessado no site http://discursosperifericos .blogspot.com.br/2012/11/elisabeth-roudinesco-e-defesa-do.html, em 01 de julho de 2013.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *La Democracia en América,* Ed. Akal, 2007, Madrid.

Capítulo 8

DIREITO, FUNÇÃO E SOCIEDADE:

Distinções Luhmannianas para uma Agenda de Pesquisa em Sociologia Jurídica.

Guilherme de Azevedo

DIREITO, FUNÇÃO E SOCIEDADE: Distinções Luhmannianas para uma Agenda de Pesquisa em Sociologia Jurídica[1]

Guilherme de Azevedo[2]

Introdução

A proposição de uma metodologia funcionalista na Sociologia Jurídica, especialmente quando voltada para temas como a relação entre direito e desigualdade, pode parecer em um primeiro momento um caminho sociológico contraintuitivo, quando não, uma construção analítica entendida como contraditória. Tal reação pode ser explicada por uma suposta contradição existente entre o tema e a matriz teórica escolhida para observação deste tema. Em outras palavras, a temática da exclusão/inclusão em sistemas sociais, por exemplo, parece se conectar magneticamente a uma referência crítica e, com isso, ativaria um claro estranhamento ao se propor um enfrentamento com lentes sistêmicas, uma vez reconhecida a semântica tradicional que consolidou uma visão opositiva entre funcionalismo (sistêmico) e pensamento crítico.

Parte dessa visão é justificada pela leitura da obra de Parsons feita no Brasil, em especial nos anos 50 (cinquenta) e 60 (sessenta) do século XX, e, também, pela entendida polarização na Guerra Fria entre a sociologia americana, liderada por Parsons, e o marxismo frankfurtiano na teoria social. Cabe destacar que a origem, em parte, dessa perspectiva, está em uma leitura da obra de Parsons feita na América Latina. Tendo em vista o contexto de Guerra Fria, a obra de Parsons foi posicionada como o empreendimento teórico estadunidense antimarxista. Além disso, somado a este elemen-

---

1 O presente artigo é um texto revisado e atualizado departe da tese realizada no âmbito do nosso doutoramento, no Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos, em 2016.Nesse artigo reconfiguramos a estrutura de alguns argumentos, para indicar os elementos metodológicos que pautarão o início das nossas pesquisas como professor colaborador no PPGD Unisinos.

2 Doutor e Mestre em Direito (Unisinos). Coordenador do Curso de Direito da Unisinos (Porto Alegre/São Leopoldo). Professor colaborador do Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos. Sócio-fundador da ABraSD - Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito.

to geopolítico do século XX, a ideia de sistema sempre foi lida como conservadora, posta a premissa, diga-se de passagem equivocada, que o conceito de sistema privilegiaria a busca por estabilidade.

Essa divisão entre duas grandes correntes sociológicas no século XX se deu, em parte, pela reinvindicação e interpretação distinta dos chamados clássicos da teoria social. A necessidade, no campo das ciências sociais, de uma sinalização de pertencimento ou diálogo a alguma linha sociológica clássica e, portanto, a imposição de se assumir certas premissas clássicas para a proposição de teorizações contemporâneas é, na verdade, uma dinâmica facilmente explicada em termos funcionais. É o que bem explica Jeffrey C. Alexander, valendo-se de uma proposta funcional com forte base luhmanniana:

> A necessidade funcional de clássicos surge da necessidade de integrar o campo do discurso teórico. Por integração, não entendo cooperação e equilíbrio, mas antes manutenção dos limites, ou compartimentação, que facultam a existência dos sistemas (Luhmann, 1984). É essa exigência funcional que explica a formação de limites disciplinares, aparentemente tão arbitrários do ponto de vista intelectual. Quem possui clássicos são as disciplinas de ciência social, bem como as escolas e tradições de que elas se compõem. O reconhecimento consensual de um clássico implica um ponto de referência comum. O clássico reduz complexidade (cf. Luhmann, 1979). É um símbolo que condensa – 'representa' - uma série de compromissos diferentes. (ALEXANDER, 1996, p. 46).

As fronteiras que foram se constituindo entre diversos grupos podem ser explicadas, segundo Alexander e Luhmann, funcionalmente. Essa condensação que o clássico propiciou, trouxe, pelo menos, quatro vantagens funcionais. A primeira delas, diz respeito a facilidade de simplificação da discussão teórica do campo sociológico. A referência à ideia de clássico no debate permite que um pequeno conjunto de obras substitua toda uma análise ampla de diversas obras, em seus detalhes mais pontuais, ainda que de forma estereotipada. Sempre que ocorre o enfrentamento de questões centrais, muitas vezes presentes no debate teórico, a referência ao clássico torna dispensável o debate de sutilezas teóricas, geradas pela pluralidade de intérpretes. A referência ao clássico pode gerar, assim, a segurança de que o nosso receptor (interlocutor) entenderá do que estamos falando, mesmo não reconhecendo sua interpretação do clássico em nossa comunicação.[3]

---

3 Fundamentando esse ganho funcional dos clássicos, exemplifica Alexander: "É por esse motivo que, se quisermos elaborar uma análise crítica do capitalismo, teremos que provavelmente de recorrer à obra de Marx. De igual modo, se pretendermos avaliar a multiplicidade de análise críticas do capitalismo, hoje disponíveis, teremos sem dúvida de tipificá-las comparando-as à análise original de Marx. Só assim estaremos relativamente seguros de que outros acompanharão nossos julgamentos ideológicos e cognitivos, ou mesmo se deixarão persuadir por eles". (ALEXANDER, 1996, p. 46).

A segunda vantagem funcional que Alexander identifica no uso dos clássicos, é que eles permitem que compromissos de caráter mais geral possam ser debatidos sem necessitar, de forma explícita, de consensos. Formar um consenso sobre as bases do que se está debatendo, em termos fundantes de determinado tema, ao menos na teoria social, muitas vezes é inalcançável. Logo, a referência ao clássico concretiza, funcionalmente, essa definição.

Outra vantagem apontada no uso dos clássicos ocorre pelo seu caráter irônico. Alexander afirma que, uma vez que se aceita como instrumento comum o clássico, ele auxilia a escamotear análises e discursos generalistas. Como a relevância dos clássicos é aceita muitas vezes sem contestação, o pesquisador pode referir estudos em que suas premissas sejam pouco questionadas, como exemplo dado pelo próprio Alexander, no qual um cientista social busca iniciar um trabalho empírico, no campo da sociologia industrial – perquirindo o enfrentamento dado por Marx ao trabalho em seus primeiros textos. Mesmo que não lhe fosse autorizado sugerir que considerações não empíricas sobre a condição humana formariam a base da sociologia industrial, seria exatamente tal questão que seria reconhecida, implicitamente, ao citar Marx(ALEXANDER, 1996, p. 47).

Como quarta e última vantagem funcional, existente na referência aos clássicos, está o papel estratégico e claramente instrumental da sua citação. É flagrante que, qualquer teórico da sociedade com pretensões de reconhecimento, ou escola com objetivos de formação e ascensão, ainda que muitas vezes não seja genuína esta preocupação, buscam validar suas teorias e discussões a partir da chancela de algum clássico, entre os fundadores das ciências sociais. E assim os clássicos são lidos, relidos e criticados, como forma de afirmação e legitimação de novas formações teóricas sobre o social.

1. Niklas Luhmanne a função da crítica

É como exemplo desses ganhos funcionais, no tratamento e negação dos clássicos, que julgamos que está inserida a semântica dominante que opõe a teoria dos sistemas à crítica. Se tomarmos o exemplo dos estudos sobre teoria social e América Latina, em uma perspectiva teórica contemporânea voltada para uma retomada do pensamento descolonial, vêm se reatualizando argumentos pró autonomia/independência epistemológica do "Sul" frente ao pensamento europeu[4].

Mais precisamente, nesta linha de crítica descolonial, apresenta-se uma forte crítica à hegemonia das doutrinas e ideologias coloniais, que teriam invisibilizado (ou ainda invisibilizam) a construção de uma ideia de pensamento latino-americano (MIGNOLO, 2009; MIGNOLO, 2012). Diante disso, posicionar metodologicamente uma re-

4 Para uma referência desse debate, verificarWalter Mignolo (2008). Para o debate no contexto jurídico brasileiro, ver Fernanda FrizzoBragato (2014) eRita Laura Segato(2012).

flexão sobre desigualdade e exclusão na América Latina em um quadro teórico "estrangeiro", em especial,para observar o papel do direito nesta questão, seria, supostamente, reforçar tal hegemonia. Além disso, se pensarmos no sentido dominante atribuído ao pensamento de Luhmann no quadro das teorias sociológicas, certamente a acusação de teoria conservadora se fará presente. Ora, com isso, além de optarmos por um quadro teórico europeu, seria fácil ainda a acusação de que estaríamos privilegiando um pensamento conservador.

Contudo, na obra de Luhmann não há espaços para categorizações que levem a separações da sociedade a partir de territórios, fronteiras ou culturas. Para Luhmann, sociedade é comunicação e não há espaços comunicacionais fora da ideia de sociedade. Entretanto, isso não sinaliza um desconhecimento da sociologia luhmanniana quanto às distinções desse processo de formação de diferenciação. No que tange a problematização de processos coloniais, afirmou Luhmann:

> A queixa disseminada acerca da exploração pós-colonial dos países periféricos pelas nações industriais – teoria sob títulos como dependência e marginalidade – não é uma prova contra a sociedade mundial, seja o que for sustentado em relação a ela em termos de conteúdo. O entrelaçamento em escala mundial de todos os sistemas funcionais é difícil de ser contestado. (LUHMANN, 2016, p. 575)

Nesse sentido, arriscamos nos posicionar entre aqueles que, na verdade, identificam boas possibilidades de diálogo entre os estudos descoloniais e a teoria dos sistemas[5]. Na verdade, entendemos que a teoria dos sistemas fornece um quadro teórico suficiente complexo para observar a sociedade, respeitando justamente tipos de diferenciação e formas de organização de contingências.

Mesmo assim, devido à uma recepção habermasiana hegemônica do pensamento de Niklas Luhmann no Brasil, o afastamento do pensamento luhmanniano de um potencial crítico acabou sendo feito. Ficou reservado a Habermas a condição de projeto crítico e, consequentemente, para se compor a forma do debate, Luhmann tem sua posição interpretada como elemento conservador, por não apresentar, suspostamente, qualquer elemento para um projeto de emancipação social em sua teoria[6].

Procurando justamente romper com a tradição que sustenta esses argumentos na teoria sociológica do direito e, ao mesmo tempo, afirmar mais que a viabilidade teórica, mas a plena adequação reflexiva da matriz teórica funcionalista para o debate da inclusão/exclusão na diferenciação funcional no contexto latino-americano, procuramos adotar uma posição que defende a utilidade da teoria dos sistemas sociais de Nik-

---

5 Contudo, estudos descoloniais e teoria dos sistemas parecem ter pontos interessantes de diálogo. Ver: Guilherme Leite Gonçalves (2012, p.69-98).

6 Para uma reconstrução atual do debate Luhmann/Habermas, ver Poul Fritz Kjaer(2015).

las Luhmann como ferramenta de observação de uma agenda de pesquisa sobre desigualdade, mas sem chegarmos a afirmar a sua condição de legatária direta de teoria crítica frankfurtiana. Essa afirmação é fortemente defendida por Andreas Fischer-Lescano (2010), para quem existe uma teoria crítica dos sistemas, filiada aos trabalhos da primeira geração da Teoria Crítica da Escola de Frankfurt, que se voltava para compreensão das conexões entre normatizações sistêmicas e o problema da subjetividade, sabidamente trabalhadas por Adorno como reificação transsubjetiva (FISCHER-LESCANO, 2010, p. 164).

Contudo, esta visão de Andreas Fischer-Lescano sobre a Teoria dos Sistemas é justificada especialmente pela sua leitura da obra de Gunther Teubner[7]. Para ele, é Teubner que recoloca pontos centrais da teoria dos sistemas em condições de diálogo reflexivo/normativo, isto é, como parte da tradição da teoria crítica, indo além do compartilhamento de um ceticismo frente à razão ou ao moralismo universalista.

Além dos pontos destacados por Fischer-Lescano, a principal característica que coloca a teoria dos sistemas, especialmente na forma como é trabalhada por Gunther Teubner, em sintonia com a agenda crítica contemporânea, é a premissa luhmanniana de efetuar um esvaziamento da ontologia, e colocar, como tarefa inexorável para teorias sociais contemporâneas, a observação da sociedade a partir de uma teorização pós-ontológica (CLAM, 2006). É esse ponto, em nosso entendimento, que representa a principal característica de um projeto de agenda para a teoria crítica contemporânea, posto que é dessa desconstrução que se estabelece o reconhecimento do problema da contingência, entendida esta como origem, como marca significativa, de um projeto contemporâneo de radicalização da democracia[8].

Dentro dessa premissa macro para um projeto de teoria social suficientemente complexo, Luhmann não deixou de sinalizar, contudo, suas dificuldades com o aceite de certos encaminhamentos da chamada teoria crítica:

> Cualquiera que hubiera sido elorigen o elbagaje teórico del 'racionalismo crítico', de la 'teoría crítica', etc., siempretuvieron que asumirlaactitud de un saber superior. Los representantes de estas corrientes se presentaban como descriptores competentes conun impulso moralmente impecable y con una perspectiva de visióninsuperable. Pero por más cuidadosa que hubiera sido laformulación, por más que cumplieranconlosrequerimientos de un proceder científico, su perspectiva fuela de un observador de primer orden. Ofrecían una descripciónmuy competente de lasociedad y

7 Entendemos que Gunther Teubner, mesmo tendo profunda conexão com o pensamento de Luhmann, já apresenta elementos para ser tratado como uma proposta teórica independente. Ele apresenta, inclusive, diferenças com a ideia de autopoiésis desenvolvida por Luhmann. Justamente pelas especificidades do seu pensamento, Teubner não será tratado em profundidade no presente artigo, ficando apenas a citação para um paralelo deste com Luhmann, em termos de diálogo possível com a teoria crítica.Ver essa questão em (TEUBNER, 1993).

8 Nesse sentido (LEFORT, 1988) e (ROCHA, 1992).

> luego se daban a latarea de explicar por quéotros que experimentabanla-mismadimensióndel mundo no compartían (o todavía no) esta opinión. Se recurría, entonces, a decir que no habíanleídocon suficiente atención a Popper y que por eso no estaban a la altura delnivel teórico de lasciencias, o que el contexto de obcecaciónhacia donde loshabíanconducido sus intereseslesimpedíacomprenderlas condiciones sociales. Sin embargo, cada vez resultó más difícil eximir de la crítica elpropiopunto de partida.(LUHMANN, 1992, p.2)

Como forma de problematização da ideia de crítica, Luhmann observou que tanto o "racionalismo crítico" como a chamada "teoria crítica" acabaram caindo numa premissa sociológica inconsistente, em que pese o sucesso na formação de grupos e seguidores[9]. Para ele, estas correntes, ao invés de apostarem em um "conhecimento melhor", elas apontaram para o que ele chama de um "procedimento melhor". Elas efetuaram uma "procedimentalização da sua posição", mas, sem com isso, alterar em nada o fato de que não passavam de propostas teóricas limitadas à condição de um observador de primeira ordem do mundo. (LUHMANN, 1992, p.2-3)

Buscando escapar deste contexto de reflexividade é que outras estratégias de formação de teoria crítica se desenvolveram, tais como a representada pelo pensamento de Jürgen Habermas. Nela, como bem aponta Luhmann, trabalha-se abertamente com posições sociopolíticas. Aqui, as descrições daqueles que pensam a sociedade sob uma perspectiva do conformismo, com uma posição conservadora, cairiam no problema da estagnação do seu próprio desenvolvimento enquanto perspectiva teórica. Como indica de forma acurada a tradição marxista, a crítica a partir da noção de ideologia, torna-se um ponto central do próprio pensamento crítico e, desta forma, a autodescrição da sociedade se torna um esforço cada vez mais complexo, uma vez que se coloca o desafio de também atender às contribuições de outras tradições teóricas. Com isso, explicar porque certas condições sociais tornam impossível para o outro ser capaz de observar a sociedade como os críticos consideram a forma correta. Neste sentido, o legado teórico de Marx é insuperável.

Contudo, o contexto social ampliando constantemente a sua complexidade, e na medida em que as atitudes entendidas como "conservadoras" (LUHMANN, 215, p.3) vão perdendo a sua capacidade de convencimento, o fascínio da crítica ainda parece buscar a sua manutenção, apresentando traços claramente paradoxais. Luhmann aponta para o fato de que, diante da mudança de contexto, para não perderem o status de críticos, alguns empreendimentos sociológicos vão desenvolver novas formas de

---

9 Dentro de uma proposta de atualização da sociologia do direito, um campo de diálogo que se mostra interessante entre teorias dos sistemas e teoria de crítica, mas que não poderá ser desenvolvido no artigo tese devido às opções funcionalistas aqui privilegiadas, apresenta-se no trabalho iniciado por José Rodrigo Rodriguez, quanto à obra de Franz Neumann. Ver:Rodriguez (RODRIGUEZ, 2009), e para uma apresentação resumida do argumento, ver (RODRIGUEZ, 2016).

etiquetamento das correntes divergentes; como o rótulo, completamente paradoxal, de "neoconservador". Dessa forma, estes insistiriam na manutenção de um cenário teórico onde caberia a manutenção da sua condição de críticos, frente aos seus adversários. (LUHMANN, 215, p.3)

O movimento "crítico" que Luhmann faz sobre a consistência de certos desenvolvimentos sociológicos da teoria crítica é, na verdade, resultado de um processo de observação de segunda ordem. Em outras palavras, significa colocar a teoria crítica na condição de observador de primeira ordem, aquele que se vale da forma crítico/não-crítico para construir a sua observação do mundo, e apontar qual o ponto cego, os limites da manutenção dessa perspectiva, em termos de uma sociologia totalizante. A provocação de Luhmann vai no sentido de questionar quais seriam as consequências de uma transição, ou uma passagem, da sociologia crítica para uma observação de segunda ordem. Esse movimento depende da compreensão do papel que a radicalização da teoria da diferenciação tem na observação da sociedade.

2. A radicalização da diferenciação como teoria social

Não indicou Luhmann nessa reflexão sobre a crítica e a sociologia uma ideia de "mudança paradigma", isto é, não se coloca aqui algo para além de um debate entre teorias sociológicas. O ponto que o sociólogo de Bielefeld provoca com a ideia de observação de segunda ordem sobre as teorias críticas volta-se, na verdade, para recolocação dos termos em que sociologia e sociedade se apresentam. Em outras palavras, o que Luhmann refere aqui é a necessidade de uma incorporação na sociologia do abandono da distinção entre sujeito e objeto, que, segundo ele, sustentava a condição de uma teoria julgadora, baseada em um sujeito cognoscente, capaz de julgar o assunto (objeto) sem ser afetado por este julgamento pessoalmente. Na observação de segunda ordem, a "sociologia existe socialmente". (LUHMANN, 215, p. 8)

Reconhecendo-se o alto índice de abstração que alcança a teoria da sociedade luhmanniana, o que muitas vezes repele a sua leitura e desenvolvimento mais aprofundados, entendemos ser fundamental, antes de entrarmos na formalização sistêmica da função do Direito, conectar a proposta de Luhmann a um ponto de partida clássico, um teorema já há muito sedimentado nas ciências sociais: a ideia de que as sociedades são diferenciadas, ou seja, o fato de que há uma divisão do trabalho nessas sociedades.

Tido como um dos pilares do próprio surgimento da Sociologia, a teoria da divisão do trabalho social é tão antiga quanto às ciências sociais, ou seja, surge na metade do século XVIII, quando se passa a conceber as sociedades como conjuntos complexos que se mantêm por interdependência. As "partes" da sociedade seriam mantidas em coesão por forças de dependência mútua, isto é, uma parte precisa da outra. É esta a base da divisão do trabalho social, teorema fundamental da Sociologia moderna e que

pode ser identificado, respeitadas as especificidades, em diversos autores da sociologia, como Durkheim (1956; 1978), Weber (1987, 1994) e Simmel (2002). Em cada um desses autores, podemos reconhecer formas de se trabalhar uma diferenciação da sociedade.

Contudo, é Luhmann que irá, por sua vez, radicalizar a ideia de diferenciação, passando a trabalhá-la como uma diferenciação funcional. A observação de Luhmann não se restringe à ideia de uma divisão do trabalho social, à própria ideia de que a sociedade é um conjunto, um todo, em que as partes precisam umas das outras. O sentido de função em Luhmann vai muito além desta ideia de interdependência. Para entendermos melhor o papel que o conceito funcional desempenha, temos que acompanhar o marco evolutivo da complexidade social.

A sociedade fora alterando a sua forma a partir do enriquecimento de sua complexidade. Em um primeiro momento, a diferenciação segmentária regia a organização social. Isto significava que a sociedade apresentava uma divisão por segmentos, caracterizando-se por uma espécie de homomorfia das partes. Estas partes (segmentos) eram muito semelhantes. Sobre a identificação deste tipo de formatação de sociedade, a obra de Lévi-Strauss (1973), voltada para a observação de comunidades indígenas da Amazônia, demonstrou com maestria como a divisão, como a estruturação dos segmentos sociais, pode refletir uma ordem simbólica determinada, refletida na ornamentação do rosto, de penteados etc. (LÉVI-STRAUSS, 1957, p.189-195).

Contudo, não se ignora o fato de que cada segmento, sozinho, constitui um potencial significativo de complexidade. A forma de sociedade segmentária se refere à organização entre as partes, sua forma de distribuição e constituição em relações. Elas mantêm-se principalmente pela ideia de semelhança, as suas partes se parecem, e a partir dessa semelhança, formata-se uma coesão com o todo. Tal forma de ordenação social fora trabalhada por Durkheim como solidariedade mecânica.[10]

Com o acréscimo da complexidade, a organização da sociedade se altera. Um segundo tipo de diferenciação se apresenta, a partir de diferença centro/periferia. Nessa forma de organização social, acentua-se uma dinâmica entre um centro, fortemente estruturado, e suas partes. O centro age como atrator em relação às partes, que são postas sob uma forte influência do centro. A estruturação centro/periferia é a primeira passagem para uma coesão estrutural, ou seja, como no tradicional exemplo das sociedades pastorais, que na mesopotâmia, passam a sofrer uma atração do centro religioso e político. A religião e a política passam a concentrar-se num lócus, que passa a constituir

10 Ver (DURKHEIM, 1978. p. 51-66). Para um debate contemporâneo sobre o potencial de aplicação dessa categoria, ver (FERREIRA, 2013).

uma densa influência centralizante[11]. A atração desse centro vai se tornar cada vez maior, e ocorre aquilo que se compreendeu como clausura, ou seja, o fechamento de grupos nômades que estão na periferia desse centro.

No esteio de um constante acréscimo de complexidade na sociedade, constitui-se uma terceira forma de organização social, a forma estratificada ou hierárquica. Essa forma de organização social é vista a partir da ideia de pirâmide, ela possui uma forte centralização e, além disso, constitui estratos (camadas) com um topo, que é o centro vertical e horizontal da sociedade. Toda a sociedade é observada a partir deste centro, deste topo. Todas as camadas projetam as percepções de si mesmas para o centro e se veem a partir deste centro, deste topo.

Essa é uma forma que nos é bastante familiar, muito corrente, muito comum, que encontramos em muitas sociedades. As sociedades a partir daí vão ter uma forma de organização unificadora, centralizadora e enclausuradora. O centro e o topo são efetivos, então, é aí que surge mais claramente a forma de organização geradora do Estado[12], isto é, é partir daí que começam a emergir o que se reconhece como sociedades com Estado[13]. Quando representamos a sociedade em forma de pirâmide, na verdade não estamos fazendo uma representação muito precisa, muito exata, porque ocultamos, na verdade, a maneira como a própria sociedade se imagina.

A observação luhmanniana vira esta imagem, ao invertê-la, permite uma compreensão diferenciada da sociedade. É inexorável a grande influência da diferenciação hierárquica, que produz uma percepção da sociedade a partir de um esquema que, na verdade, é coerente com toda uma lógica ternária, que é a lógica do senso comum, da intuição comum. Esse esquema de observação gera a impressão de que as coisas podem ser dirigidas, pilotadas, a partir de um centro, de um topo, e que basta querermos a mudança para se poder colocá-la em andamento.

Quando Luhmann radicaliza a ideia de diferenciação funcional, a representação espacial da sociedade torna-se impossível (1998, p.71-79). Não podemos pensar simplesmente em esferas distintas, postas uma ao lado da outra, pois isso daria a impressão de que essas funções podem ser justapostas, e que estas funções corresponderiam a conjuntos de indivíduos. Ora, a diferenciação funcional em Luhmann não cabe nessa representação. Todas as formas anteriores de representação da sociedade são facilmente assimiladas, justamente, pela familiar construção espaço-visual. De modo mais

---

11 Para uma reflexão da categoria centro/periferia em termos que produção da ciência, ver (NEVES, 2009, p. 241).

12 Para uma construção desse processo, como forma evolutiva da autonomia do político, ver (THORNHILL, 2009).

13 A distinção centro/periferia é objeto de intenso debate na literatura sistêmica do Direito, em especial, pelas consequências que Marcelo Neves retira desse processo para pensar o Estado e a modernização no Brasil. Para um ponto inicial, ver (NEVES, 2015).

preciso, nas sociedades modernas, a diferenciação funcional é a reunião do agrupamento das operações da comunicação social, essas operações têm a tendência de se concentrarem em campos que Luhmann chama de sistemas sociais, isto é, sistemas funcionais[14]. A partir disso, vamos ter uma estruturação de processos, são simplesmente operações que vão tender a se condensarem e a se confinarem para constituírem estruturas, melhor dizendo, constituírem sistemas, por exemplo: o sistema do direito, o sistema da política, o sistema da economia, o sistema da educação, o sistema da arte, o sistema da ciência etc.

Esses sistemas não são mais que a condensação de operações de comunicação, são comunicações que atingiram um alto grau de proficiência e especificidade de sentido, que passam a constituir, assim, sistemas funcionalmente diferenciados, cuja diferença essa não é espacial ou visual.

Os sistemas sociais são constituídos por comunicação, logo, constituem fronteiras de sentido, e se delimitam como sistemas autopoiéticos, capazes de se autoconstituírem como complexidade comunicacional estruturada, autorreproduzindo-se a partir da distinção sistema/ambiente. Essa distinção, quando reintroduzida, organiza conjuntos de operações comunicativas, orientadas por este jogo entre autorreferência (sistema) e heterorreferência (ambiente). A manutenção de limites e fronteiras de sentido é a manutenção do sistema, da conservação da diferença entre sistema e ambiente, portanto, da produção de autopoiésis.[15]

Com a acentuação da ideia de função em Luhmann, atingimos na teoria da sociedade uma abstração suficiente para atender às demandas de incremento de complexidade da sociedade, uma vez que nesta, não há nada além de operações. Com isso, acelera-se o esgotamento do individualismo metodológico, do paradigma científico determinista, bastando nos atentarmos para o fato de que, em toda a construção do mo-

---

14 SegundoLuhmann: "La diferenciación funcionalorganiza los procesos de comunicación en torno a funciones especiales, que han de ser abordadas a nivel de la sociedad. Puesto que todas las funciones necesarias tienen que ser realizadas y son interdependientes, la sociedad no puede conceder primacía absoluta a ninguna de ellas. Tiene que usar un segundo nivel de formación de los subsistemas para instituir una primacía de funciones específicas limitada a un conjunto especial de relaciones sistema/entorno. Ejemplos al respecto son la función política de producir decisiones colectivamente vinculantes, la función económica de asegurar la satisfacción de necesidades futurasdentrodehorizontestemporalesampliadosylafunciónreligiosadeinterpretarloincomprensible". (1998, p. 78-79).

15 Portanto: "El punto de partida de cualquier análisis teórico-sistémico debe consistir en la diferencia entre sistema y entorno. Hoy en dia, por cierto, existe sobre este punto un consenso específico. Los sistemas están estruturalmente orientados al entorno, y sin él, no podrían existir: por lo tanto, não se trata de un contacto ocasional ni tampoco de una mera adaptación. Los sistemas e constituyen y se mantienen mediante la creación y la conservación de la diferencia con el entorno, y utilizan sus limites para regular dicha diferencia. Sin diferencia con respecto al entorno no habría autorreferencia ya que la diferencia es la premissa para la función de todas las operaciones autorreferenciales. En este sentido, la conservación de los limites (boundarymaintenance) es la conservación del sistema."(LUHMANN, 1998, p.40)

delo luhmanniano de diferenciação funcional da sociedade, não há qualquer referência a indivíduos, conjunto de seres humanos, ou qualquer outra dependência de uma epistemologia individualista ou da teoria da ação.[16]

Por serem vistos os sistemas sociais como sistemas de comunicação, não podemos representá-los em uma justaposição, sobrepor, por exemplo, direito e política. Uma mesma operação de comunicação pode ser posta em rede em diferentes sistemas, ou seja, ela pode constituir uma contribuição para diferentes sistemas, pode ser sob determinado aspecto uma operação jurídica e, sob outro aspecto, ser ao mesmo tempo, uma contribuição para um processo político[17].

Dentro desse novo quadro referencial, os sistemas não devem ser representados simplesmente como sendo justapostos. Estes sistemas são estruturalmente acoplados[18], ou seja, o próprio ato operativo pertencente a determinado sistema pode, entretanto, formar contribuições para outro sistema.

Essa operacionalização sistêmico-funcional da sociedade atinge diretamente representações e pretensões de contextos de hierarquia. Ocorre um declínio da estruturação hierárquica neste tipo de configuração, porque não há nenhuma função que predomine sobre as outras na sociedade, isto é, a economia sobre o direito, direito sobre a política, ética sobre a ciência, ciência sobre a religião etc. Diante desse ponto de partida, há que se especificar como Niklas Luhmann constrói a definição da função do sistema do Direito.

3. A função do direito da sociedade

É dentro dessa referência que entendemos que deve ser localizado o tema da função do sistema do direito, partindo dessa concepção a problematização da relação do Direito como as dinâmicas de inclusão/exclusão, integração/desintegração e igualdade /desigualdade na diferenciação social. A questão passa ser o diferenciar e indicar desse processo, em termos de uma observação de segunda ordem, a tarefa passa a ser a de apontar para os pontos cegos das observações de primeira ordem do sistema do direito que formaram a sua auto-observação na construção desse processo. Para tanto, um dos primeiros pontos que precisamos trabalhar é o processo de diferenciação funcional, em termos luhmannianos, especialmente pelo seu papel sistêmico de ressignificação nas dinâmicas de exclusão na sociedade.

---

16 A ruptura definitiva com a teoria da ação, a partir da ideia de autopoiésis, é justificada e analisada em (LUHMANN, 2005).

17 Para uma apresentação do sistema político em Luhmann, ver (NAFARRATE, 2004). Nesse mesmo sentido, já aprofundando o tema do poder e da formação do sistema político, ver (SIMIONI, 2008).

18 O fechamento operativo e o papel dos acoplamentos estruturais na autopoiésis do sistema do Direito foram expostos detalhadamente em (LUHMANN, 1991).

Dentro de uma leitura sociológica luhmanniana, fica evidente que o ponto de partida para observação da função do direito na sociedade, em uma abordagem sistêmica, não comunga da posição de centralidade, de lócus de controle social normativo, muitas vezes pressuposto em diversas teorias do direito.

Dentro de um estágio evolutivo da complexidade onde se completa o processo de diferenciação funcional, também não é mais possível sustentar a tradição onde, sobretudo na ideia de sociedades estruturadas hierarquicamente em Estados, a política constituiria o topo da associação social. Nesse modelo estratificado, ainda caberia à política ou ao direito o controle e a administração (BRANS; ROSSBACH, 1997) de todo o conjunto da sociedade.[19] Em uma sociedade diferenciada funcionalmente, essa referência de controle não mais representa a complexa operação das comunicações sociais e, portanto, a função que estes sistemas sociais efetivamente realizam na sociedade.

De forma contundente, Luhmann refuta tais pretensões[20], pois a partir da lógica ofertada pela teoria dos sistemas sociais (constituídos por comunicações) se requer a noção de sistema como um caso limitativo. O sistema social abrange e inclui todas as comunicações, reproduz todas as comunicações e, para estas, constitui um horizonte significativo, para toda e qualquer comunicação posterior(LUHMANN, 1999, p.187).

Privilegiando-se o marco teórico sistêmico-luhmanniano de observação da sociedade, passamos a construir a sociedade como um conjunto de comunicações funcionalmente diferenciadas, portanto, nessa "comunicação social" não há hierarquia. Cada função vai constituir uma ordem do sentido, com suas próprias leis, com sua própria sintaxe, com sua própria semântica. Trata-se, portanto, de uma sociedade que não se dá em um único contexto, ela é policontextural (GÜNTHER, 2004). São vários contextos de sentido e estes vão se autorreproduzindo de modo autopoiético, de modo a constituírem um fechamento gerador da sua própria ordem de sentido.

---

19 No universo teórico luhmanniano o debate acerca da conceito de pós-modernida detem sua relevancia diminuída: "A sociological description of modern society will not start form the 'project modernity', or from the 'post modern condition'. These are self-descriptions o four object, more or less convincing, two among many others (such as capitalist society, risk society, information society). Our object includes its own self-descriptions (including this one); for observations and descriptions exist only within the recursive context of communication that is and reproduces the societal system. But sociology can talk with its own voice". (LUHMANN, 2000, p. 40-41)

20 Como podemos observar na seguinte passagem: "A lógica de uma teoria de sistemas comunicativos auto-referenciais requer a noção de um sistema abrangente como um caso limitativo. A teoria de sistemas sociais, pela sua própria lógica, conduz a uma teoria da sociedade. Não precisamos de referentes políticos, econômicos, "civis" ou "capitalistas" para uma definição do conceito de sociedade. Isso, naturalmente, não nos persuade a negligenciar a importância do Estado-nação moderno ou da economia capitalista. Pelo contrário, nos dá um esquema conceitual independente para avaliar esses fatos, suas condições históricas, e suas consequências mais distantes. Desse modo, evitamos preconceitos com relação a determinados fatos; evitamos uma petição de princípio. (LUHMANN, 1999, p. 188)

É sob esta perspectiva que, sociologicamente, deve ser observada a funcionalidade do direito na sociedade. Logo, a pergunta sobre a sua função do sistema jurídico se dá numa relação dele com o (ou no) sistema da sociedade. Trata-se de observar qual problema da sociedade se resolve mediante o processo de diferenciação de normas especificamente jurídicas, a partir da construção de um sistema jurídico especial. A sociedade, aqui, é entendida como um sistema unitário, que se pode observar empiricamente, já que se apresenta de modo concreto nas comunicações habituais, e se diferencia internamente em sistemas sociais que representam especificidades comunicacionais, especializadas a partir de uma função (LUHMANN, 2016, p. 165).

A função do direito está ligada ao tratamento de expectativas. Assim, parte-se da sociedade e não dos indivíduos, isto é, a função do Direito aqui não é entendida em termos individualistas[21]. A função se relaciona com a possibilidade de comunicar expectativas, de levá-las à formação e reconhecimento na comunicação. Em termos luhmannianos, por expectativa temos de entender o aspecto temporal do sentido na comunicação, e não apenas o eventual estado de consciência de um sujeito específico.

Nesse sentido, dando destaque à ideia de tempo, ou melhor, à dimensão temporal, como base da função do direito, a proposta luhmanniana vai se opor a tradicionais linhas doutrinárias da sociologia do direito, que sempre acentuaram a função do direito recorrendo a conceitos como os de *controle social* ou *integração*[22]. Essa conexão entre a função do direito e integração é fortemente questionada, especialmente na sua elaboração mais contemporânea, de corte habermasiano, como bem criticou Luhmann:

> Hoje em dia, temos que mencionar, sobretudo, Jurgen Habermas como representante de uma função sociointegradora do Direito. Cf. *Faktizität und Geltung: BeiträgezurDiskurstheorie des Rechts und des demokratischen-Rechtsstaats*, Frankfurt, 1992. Seu tratamento sistemático desse conceito exibe, de modo paradigmático, as dificuldades que resultam de se ter de definir as operações que efetivamente produzem a integração. Trata-se de mero intercâmbio de conjecturas com a qual se poderia chegar a uma compreensão comunicativa? Sendo assim, como? Ou simplesmente trata-se dos 'círculos comunicativos, dos foros e com unidades, praticamente sem sujeitos' (op. cit., p170)? Ou, trata-se da eloquente empatia daqueles que, em cada ocasião, expressarem a sua qualidade de estar afetados sobre o ser afetado do afetado? Ou de como é possível, para tomar um caso concreto, encontrar uma regulamentação dos problemas de imigração que são de 'igual interesse para os membros reais e aspirantes da comunidade' (p.158) se, primeiramente, é preciso descobrir qual regulamentação poderia ser aceitável a todos os afetados?(2016, p.167)

---

21 Para uma perspectiva clássica da tradição do individualismo metodológico no direito, ver (POSTEMA, 1986, p.159 ess)

22 Para uma representação clássica dessa tradição, ver:(BREDEMEIER, 1962, p. 73-90);(POUND, 1942); (POUND, 1943); (POUND, 1912).

A relevância do direito como sistema social é inquestionável. Contudo, a crítica luhmanniana é feita contra os aportes teóricos que, como o de Habermas, tendem a associar a função do direito à noção de integração, sem conseguir explicar, consistentemente, esse papel. Tal perspectiva, de ligar o direito à uma condição de estrutura integradora da sociedade, pode, facilmente, ser posta em dúvida em termos sociológicos. O reconhecimento do significado social do direito é devido precisamente ao fato de ele, como sistema, conseguir estabilizar as expectativas temporais, isto é, é essa, justamente, a sua função, e não o controle social ou a integração.

A comunicação jurídica produz tempo. Esta fixação de sentido do sistema jurídico se constitui com a formação de uma semântica, um armazenamento de sentido que se destina ao uso repetido pelas operações do sistema e, assim, conduz a consolidações que geram tempo (ver ROCHA, 2003). Por um lado, o sentido utilizado deve se condensar para assegurar que se reconheça ele como sendo o mesmo em um contexto diverso, isto é, para formar sua consistência sociológica, o sentido que se reutiliza tem que se confirmar num contexto diverso comunicacionalmente. São justamente as repetições que tornam possível essas condensações e as confirmações que as acompanham, reduzindo, assim, o espectro da arbitrariedade da relação entre signo e significante.

Como exemplo desse processo, pode ser apontado o próprio processo de construção das normas acerca da forma correta de falar e, todavia, normas acerca do tratamento adequado da linguagem[23]. Como refere Luhmann, estas normas são aceitas e se cumprem, apesar de que poderiam ser possíveis outras maneiras de falar. As sanções surgem, portanto, como vem apontando as investigações etnometodológicas, na autocorreção da comunicação. As normas reduzem a contingência da limitação da contingência, ou seja, fixam uma "limitacionalidade" já provada da utilização arbitrária de signos.

Obviamente, quando tratamos da função do direito, do seu papel na normatização de expectativas, não se trata somente da valoração comunicativa da comunicação. Contudo, a partir desta base da comunicação, atua o sistema do direito sobre a comunicação de todos os modos de comportamento, tratados por ele por meio das normas

---

23 Sobre sentido, descreve Luhamann no capítulo sobre a função do Direito: "O uso repetido de sentido comunicado satisfaz a uma dupla exigência, uma vez que seus resultados de última instância residem num sentido fixado por meio da linguagem e em comunicação socialmente diferenciada. Por um lado, esses usos repetidos têm de condensar a compreensão de uso definida e, assim, garantir que ela se mantenha mesmo em um contexto reconhecível como sendo o mesmo. Desse modo, surgem as invariâncias reidentificáveis. Por outro lado, tais usos precisam confirmar o sentido reutilizado, aplicando de maneira apropriada também em outro contexto. Assim surgem os excedentes de referências, que tornam indefinível toda fixação de sentido concreta, e todo uso futuro dessas referências sofre a pressão de ser selecionado para a devida aplicação. Assim descrevemos, em forma extremamente abstrata, a gênese do sentido. Somente quem compartilhar essa lógica do condensar e do confirmar poderá tomar parte na comunicação linguística e acoplar a consciência nas operações sociais."(LUHMANN, 2016, p. 169)

jurídicas. Aqui, as normas jurídicas constituem uma rede de expectativas simbolicamente generalizadas e, a partir dessa definição, a referência temporal do direito se encontra na função das normas, na intenção de estruturar, no plano das expectativas, a gestão de um futuro incerto. Por isso, as normas variam na medida em que a sociedade produz um futuro acompanhado de insegurança.

Nesse sentido, desenvolve na mesma linha Leonel Severo Rocha, quando afirma que:

> Democracia significa a capacidade de racionalizar as operações do sistema, isto é, as escolhas, em condições de incerteza. Ou seja, em condições nas quais não é possível prever-se as consequências. Mas é possível prever-se que possam verificar-se consequências não previstas. (1994, p.1)

Assim, a observação da função do direito em Luhmann, vai se apresentar como uma forma que relaciona o problema da generalização de expetativas sociais, a partir da afirmação da tensão entre a dimensão temporal e a dimensão social, e o constante processo de incremento evolutivo da complexidade social. Essa forma do direito vai se definir, com isso, na combinação de duas distinções operadas pelo sistema: expectativas normativas/expectativas cognitivas e a distinção do código do sistema jurídico, direito/não-direito.

Todas as operações do direito ocorrem neste marco e apresentam sua variação dentro do sentido objetivo, dado no conteúdo das normas jurídicas e dos programas. Os programas do sistema do direito são os que regulam, em cada caso, a designação dos valores do código direito/não direito. Portanto, há que se registrar que não cabe, em perspectiva sociológica luhmanniana, qualquer definição objetiva do direito. Desenhado esse ponto de partida, a reflexão sobre a função do direito vai se dar como estabilização das expectativas normativas, através da regulação da generalização temporal, objetiva e social dessas expectativas.

Desde já, há que frisar que a observação funcional do direito, metodologicamente, acaba por afetar a forma como se constrói o conceito de norma. De modo distinto como tradicionalmente é definida pela bibliografia clássica da teoria do direito, o conceito de norma, em termos funcionais, não se apresenta recorrendo a características essenciais da norma, mas, sim, por intermédio de uma distinção. Uma diferenciação que relaciona a norma com as possibilidades de comportamento em caso de frustração de expectativas. De forma mais precisa, a norma se constrói na diferenciação entre expectativas cognitivas/normativas, isto é, normas são formas de estruturar expectativas de maneira contrafática. (LUHMANN, 2016, p.177)

Expectativas cognitivas são expectativas que não se mantêm diante da frustação, devem ser abandonadas e ajustadas diante da não correspondência com o esperado. Já expectativas normativas são aquelas que se mantêm mesmo com a frustração, são contrafáticas, sendo apontado como rejeitado o fato que não correspondeu à expectati-

va e, esta, é mantida mesmo com a frustração. Logo, expectativas normativas permitem orientar a observação do tempo, e é nessa função que irá se constituir a definição de norma[24].

A partir de um conceito funcional de norma, que a entenda como uma expectativa que se mantém mesmo diante de fatos que a frustrem, não há uma preocupação em considerar, previamente, as motivações pelas quais alguém cumpre, ou não, com o previsto nas normas. A função da norma não é a condução e orientação de motivações. Como bem ressalta Luhmann, se as motivações fossem, de primeiro plano, o ponto central na observação de normas, entraríamos em um jogo com excesso de causalidades e equivalentes funcionais. A norma não tem a função de assegurar um comportamento conforme a sua prescrição, isto é, em outras palavras, a norma não tem a função de garantir comportamentos de acordo com o previsto na própria norma. Contudo, a sua função é proteger quem tem esta expectativa (LUHMANN, 2016, p. 180).

Tradicionalmente, o direito é entendido como um conjunto de normas que limita as possibilidades de comportamento. Mas, em termos funcionais, o sistema do direito está, na verdade, muito mais próximo de exercer o papel de habilitador de comportamentos, de ser a condição de possibilidade para certas condutas, muito mais do que ter a função de limitador destas. Basta pensarmos em figuras jurídicas como a propriedade, contratos, responsabilidade da pessoa jurídica, especialmente no campo do direito privado, o direito age como um viabilizador de expectativas. (LUHMANN, p. 181)

A formação de um sistema de funções, como o direito, é a de selecionar da complexidade da vida social somente as expectativas que apresentem certo grau de problematicidade. Esta problematicidade é, na verdade, uma reação à improbabilidade de processos comunicativos, que os sistemas sociais procuram, ao longo da sua diferenciação, atuar como estruturas de reforço, de enfrentamento da complexidade e contingência. É diante dessa dinâmica que o direito, como sistema funcional, procura efetuar a seleção das expectativas que irá reforçar contrafaticamente.

Dentro de uma gama complexa de reinvindicações morais, alegações de práticas de costumes, hábitos, todas estas disputando a formação de expectativas normativas, é que se dá a demanda por direito (LUHMANN, 2016, p. 182). É justamente a partir desse excesso de possibilidades, que o direito realiza a função de estabilizar algumas destas expectativas normativamente, selecionando qual delas será convertida em norma[25]. Logo, essa função do direito, constituída como mecanismo de estabilização das

---

24 O pioneiro nessa definição, como reconhece Luhmann, foi Johann Galtung (1958), (1959), (1964).

25 Sem necessariamente partir do mesmo referencial teórico que adotamos, mas reconhecendo também como central uma necessidade de análise do processo de disputa de pautas sociais, para formação/seleção de direitos, destaca-se a análise de José Rodrigo Rodriguez (2014, p. 125-156).

expectativas, através de normas, claramente transcende uma compreensão do direito que o defina como regulador de conflitos.

O direito, ao normatizar expectativas, afirma a si próprio nesse processo. Ele, como sistema, traça uma diferença que o distingue do seu ambiente. Essa diferenciação ocorre através do diferenciar e indicar de normas, que indicam referências às quais é legítimo (ou não) manter a expectativa. O direito, com isso, diz o que é direito, indica o que é sistema e o que é ambiente, isto é, o direito diz o que é direito e o que não é direito. A capacidade de converter uma tautologia, aparentemente sem saída, em reflexividade, é alcançada pelo direito a partir do momento que o incremento de complexidade o leva a converter a diferença entre expectativa normativa e expectativa cognitiva, por sua vez, em objeto de uma expectativa normativa. Nesse momento, em termos luhmannianos, o sistema passa a operar em um nível de observação de segunda ordem, reflexivo, e é esta capacidade de operação que caracteriza o fechamento operativo de sistemas funcionais.

A partir de sistemas funcionais, mais especialmente a partir das organizações, dentro do marco sistêmico que aqui adotamos, estas são entendidas como um tipo de sistema voltado para o processo de tomada de decisão[26], gera-se uma distinção que vincula os membros destas organizações a produzir decisões que se orientam pelos programas do sistema. Estes programas são variáveis internas, da própria organização, que as reconhece como normas jurídicas. Assim, este sistema de decisões, no caso, no sistema do Direito, estas organizações seriam os tribunais (LUHMANN, 1990), que organiza o seu âmbito próprio de operação através de um arranjo circular.

Essa circularidade ocorre pelo fato de o direito considerar as decisões dos julgados para, em cada caso, afirmar o chamado direito vigente que, por sua vez, é o que dá as condições para que se observe e se modifique o próprio direito. Em outras palavras, o direito controla a mudança do próprio direito, ou seja, paradoxalmente, o sistema muda para confirmar a sua identidade.

O que Luhmann destaca é que, a função do direito, é causa e efeito dos limites do sistema, que opera reflexivamente. Os limites são confirmados na organização (tribunais), a partir das decisões que atuam previamente como delimitações, indicando o que pertence a parte interna e externa do sistema jurídico, isto é, selecionando a comunicação que será reconhecida como conforme ao direito, e como não conforme ao direito. É a partir dessa operacionalização reflexiva que o direito se coloca à disposição do usuário individual, abstraindo-se do conteúdo social de sua motivação (origem), ou das pressões sociais que supostamente o condicionam.

---

26 Para um aprofundamento sistêmico sobre o tema das organizações e o seu papel no processo de tomada de decisão, ver a nossa análise(ROCHA, AZEVEDO, 2012).

É dessa forma que um olhar sociológico funcional do Direito se coloca como forma de observação do sistema do direito. É neste operar que, funcionalmente, consegue o Direito atender ao papel de generalizar expectativas congruentemente. E sobre essa análise, é possível diferenciar a dogmática jurídica da sociologia do Direito. Como referiu Luhmann,

> Enquanto a teoria do direito e a dogmática jurídica estão comprometidas com a reprodução do sistema jurídico e, por conseguinte, hão de colaborar na anulação de seu paradoxo e na sua codificação, a sociologia pode observar e descrever o sistema baseado em seu paradoxo constituinte. Isto não a aproxima de um conhecimento superior. Pelo contrário, a sociologia aprende, exatamente, a partir desta forma de observação, já que, se ela mesma fosse teoria do direito, teria que aceitar uma anulação do paradoxo do sistema. A observação do paradoxo conduz a sociologia ao problema de como ela própria, enquanto ciência, poderia desparadoxalizar seu próprio paradoxo: o paradoxo de que existem teses que são falsas por que são verdadeiras. Um sistema não pode ter uma estrutura auto-referente sem se chocar com semelhantes problemas. Precisamente por essa razão, a observação extra oferece a vantagem de poder descrever outro sistema que não seja hermeticamente auto-referente. (1994, p. 9)

4. Direito e política: distinguir sem separar

Dentro desse processo, um dos pontos mais relevantes colocados pelo funcionalismo luhmanniano é a diferenciação entre o direito e a política. A leitura aqui colocada é a de uma diferenciação entre direito e política. Trata-se de, na observação, distinguilos, mas não os separar. O Direito, para sua realização, para alcançar sua aplicação, depende do sistema político, posto que sem a perspectiva desta imposição política não existe estabilidade normativa generalizável, ou convincentemente atribuível a todos. Já no sistema político, por sua vez, utiliza-se o direito para fragmentar as linhas de acesso ao poder, concentrado politicamente. Contudo, é justamente para ser possível a observação dessa relação de prestação entre eles, é que se tem como pressuposta a sua diferenciação como sistemas.

O que Luhmann procurou consolidar com a sua leitura do funcionalismo é, na verdade, uma forte crítica a observação sociológica sobre imposição do direito, realizada por algumas correntes teóricas. Para isso, ele recolocou os termos em que se dá a relação política/direito. A política, como sistema, opera utilizando o meio do poder. O poder político se articula em um poder indicativo superior, que ameaça com caráter de obrigatoriedade. Já a função do direito liga-se a pretensão de introduzir ordem, mas essa ordem, para não soar como um positivismo comteano, ocorre pelo fato de o sistema do Direito fornecer estruturas a expectativas, e assim dar a conhecer o que se pode esperar justificadamente dos outros. Em outros termos, significa que dentro da complexidade social, o Direito permite que se saiba o que pode ser esperado dos outros sem representar, essa expectativa, algo ridículo.

Com isso, a teoria dos sistemas luhmanniana problematiza o tema da imposição jurídica. Tradicionalmente, a sociologia jurídica dominante se apoiou nessa reflexão, principalmente, a partir da ideia de sanção, desdobrando o clássico modelo proveniente do século XVIII, entendendo o direito como obrigação externa, e a moral como obrigação interna. Contudo, como aponta Luhmann, se a função do direito consistisse em assegurar a execução ou omissão de uma ação determinada, a instituição jurídica seria o tempo todo responsável por sua ineficiência. Pensando essa premissa na relação direito/política, o direito perderia sua distinção funcional, e seria possível atribuir a ele a responsabilidade pela realização dos projetos políticos[27].

Com isso, a sociologia luhmanniana propõe alterar a forma de observar o problema da imposição jurídica: sai o foco do comportamento, passa para o foco na expectativa social. E com esta mudança, ela refunda a diferença entre direito e política, no sentido de uma imposição efetiva das decisões obrigatórias que vinculem a comunidade. A função do direito, nessa perspectiva, consiste tão somente em possibilitar a segurança de uma expectativa, diante de prováveis frustações.

Obviamente, a conexão entre o político e jurídico é intensa, sendo corrente a tendência de trabalharmos certos temas sociais como sendo pertencentes a uma síntese, isto é, como local de resultado natural das funções do direito e da política. Mas essa similitude é, justamente, sobre a base das funções distintas, tendo como premissa funções distintas, o sistema do direito e o sistema da política. O que pode se concluir da lógica luhmanniana de observação da relação direito/política é que, se a política realmente lograsse seu objetivo de impor as decisões vinculantes para a comunidade de maneira efetiva, sem exceção, o sistema jurídico se encontraria em uma situação paradoxal: a completa perda da sua função. A política tendo sucesso pleno na vinculação de decisões, não haveria mais que contar com expectativas que pudessem ser frustradas, logo, não se precisaria mais da funcionalidade do Direito na sociedade.

O tema da perda de função na literatura sociológica não é raro, muito pelo contrário, é comum a referência a pesquisas que apontem para a perda da função da família, da religião, da pena, etc. Entretanto, parte significativa destas análises trabalha com noções muito amplas de função, vulgarizando essa categoria analítica, ligando muitas vezes funcionalidade a uma teleologia prescritiva moralizante.

Nessa linha de reflexão, duas visões da função do direito se consolidam. A primeira, entende que o sistema do direito garantiria o controle da sociedade e, com nor-

---

27 Dentro do debate luhmannia no contemporâneo, sobre a relação de distinção ou não distinção entre sistema do direito e sistema da política, Chris Thornhill vem sendo uma voz mais crítica às interpretações luhmannianas mais ortodoxas. Para ele, o sistema do direito vem se convertendo no código do sistema político, devido às especificidades da diferenciação funcional, isto é, do processo de modernização de desenvolvimento do Estado neste contexto. Ver esse debate em (KING, THORNHILL, 2003).

mas que estabelecessem a igualdade, promoveria a inclusão dos indivíduos na sociedade[28]. A outra, coloca a ideia de um direito como um sistema que realiza a condução da sociedade, mediante esta linha, a função do Direito seria reconhecida na sua tarefa de conduzir a sociedade.

5. Sobre a prestação do Direito: considerações finais

Abrir mão destas perspectivas sobre a função do direito não é uma tarefa metodológica confortável, pois, mesmo para uma abordagem sociológica, que tende, em certo sentido, ser menos comprometida com o raciocínio normativista, retirar do direito o papel de condutor social, de sistema guia da sociedade, pode ser entendido facilmente como uma postura "formalista-niilista". Demandar, sociologicamente, uma especificação maior do conceito de função, sem ao mesmo tempo abrir espaço para acusações de um certo "hermetismo teórico", é justamente onde entendemos estar a contribuição de Luhmann. Nessa perspectiva, embora se restrinja muito o conceito de função, não se fecha para trabalhar temas como controle social, valores, consenso, tempo, contingência, igualdade e inclusão.

Contudo, cada análise destes temas, em cada contexto de diferenciação funcional, em que se pese possam ser tratados como temas significativos para a função do sistema do direito, são, na verdade, consequências da dinâmica funcional do direito. Para isso, quando enfrentada a discussão entorno da condução social pelo direito, a teoria dos sistemas luhmanniana propõe que se tire proveito da análise inserindo mais uma distinção: a diferença entre função e prestação.

Além da função do direito, busca-se distinguir também as prestações que proporciona o sistema do direito ao seu ambiente intra-social, isto é, as prestações que o Direito proporciona a outros sistemas sociais. Com essa distinção, o conceito de função fica restrito a referenciar o que faz o sistema do direito para o sistema da sociedade, isto é, considerado na sua unidade.

Para esta ideia de função, o conceito é determinado, ou seja, o sistema do direito deve possuir uma especialidade que, para a teoria dos sistemas luhmanniana, como já dissemos, é selecionar determinadas expectativas como expectativas normativas, expectativas que são mantidas mesmo quando expostas a frustração. Dessa análise da função do direito, quando avançamos no seu próprio processo de diferenciação, passamos a observar como prestações do direito, dois pontos que, tradicionalmente, eram levados ao status de função: a orientação de condutas e a solução de conflitos.

---

28 Essa proposta, numa linha parsoniana, pode ser vista os trabalhos de Leon H. Mayhew (1968), (1971), (1975) e (1984).

Para se observar a orientação de conduta como prestação, deve-se ter em conta que essa prestação é definida como uma espécie de serviço que faz o direito para outros sistemas funcionais. Nesse escopo, considera-se não somente o que, como na tradição teórica hobbesiana era pensado, uma ideia delimitação das liberdades naturais. Antes, o contrário. A grande prestação do direito é produzir liberdades artificiais, que podem ser condicionadas, ajustadas, por outros sistemas sociais, ou seja, podem, os demais sistemas sociais, limitar essas liberdades. Como bem descreveu Luhmann:

> Para o entendimento do modo de guiar essa conduta como atuação do direito tendo em vista outros sistemas funcionais, é de uma importância ter em mente que não se trata, como supusera Hobbes, de uma delimitação das 'liberdades naturais'. Trata-se muito mais de o direito produzir liberdades artificiais que possam ser condicionadas por outros sistemas sociais, isto é, que possam ser limitadas à maneira dos outros sistemas. Por exemplo: a liberdade de recusar fornecer ajuda assistencial e pagar impostos, e, em vez disso, acumular capital; a liberdade de se tornar membro de uma organização ou, em caso de condições desfavoráveis, optar por não ser membro; a liberdade de recusar uma esposa (ou esposo) que seja conveniente à família e, em vez disso, casar-se 'por amor'; a liberdade de expressar opiniões inconvenientes e expô-las a críticas (apenas retrospectivamente possíveis). Em muitos sentidos, os 'meios' que outros sistemas utilizam para a constituição de formas próprias baseiam-se na possibilidade de se esquivar da pressão exercida em nome da moral ou da razão. Não por acaso, nos séculos XVIII e XIX, quando isso já era evidente, a concepção era de que a função do direito consistia em garantir liberdade. (2016, p. 211)

De forma semelhante, opera a prestação do Direito de solucionar conflitos. Nesse ponto, é inexorável que a sociedade depende diretamente dos sistemas sociais. Diante da comunicação de conflitos, deve poder recorrer ao sistema do direito. Isso se mostra necessário especialmente para casos de violação de expectativas injustificadamente, e, com isso, cabe comunicar aos que insistem em frustrar tais expectativas, a via legal.

Contudo, Luhmann entende que essa prestação indica que o direito não só resolve conflitos sociais que, originalmente, foram pautados comunicacionalmente na sociedade, mas, antes, estes conflitos só são tratados juridicamente porque o próprio direito foi capaz de construí-los.

Assim, a diferença entre o conceito de função e de prestação se dá pelo raio de ação dos seus equivalentes funcionais. Para suportar expectativas normativas, portanto, não evidentes, praticamente não existe outra alternativa na sociedade que o sistema do direito[29]. Mesmo que um comportamento desejado possa ser gerado muitas vezes com outros estímulos sociais, apenas na comunicação jurídica pode ser adquirida uma

---

29 É nesse campo de problematização que irão se aprofundar as pesquisas em direito e ciências sociais nos Estados Unidos. Ver (LAMPERT;SANDERS, 1990).

relevância para casos excepcionais, onde se apresentam desvios intensos das expectativas normativas.

Portanto, como prestação, o direito é somente uma de muitas possibilidades. Mas a diferenciação entre função e prestação não se apresenta senão como consequência da diferenciação do próprio sistema do direito. Se pretendemos constituir uma avaliação tanto da função, quanto da prestação, do sistema jurídico, em sua totalidade, a referência final que deixou Luhmann é a imagem de um sistema imunológico. Em outras palavras, a sociologia luhmanniana vai posicionar o direito como uma espécie de sistema que imunizaria a sociedade.

Assim, é dentro desse quadro teóricoque entendemos que deve ser observada a função "imunizadora" do direito. É dessa imagem que podemos partir para desenhar uma forma de observação do Direito, como quadro de interpretação para toda uma agenda de pesquisas sobredireito na sociedade, e, portanto, sobre todos os temas que venham se colocar para problematização do Direito na complexa dinâmica da diferenciação social.

Referências

ALEXANDER, Jeffrey C. A importância dos clássicos. In.: GIDDENS, Anthony; TURNER, Jonathan. *Teoria social hoje*. São Paulo: Editora Unesp, 1996.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 19, n. 1, p. 201-230, 2014.

BRANS, Marleen; ROSSBACH, Stefan. The autopoiesis of administrative systems: Niklas Luhmann on public administration and public policy. *Public Administration*, [S.l.], v. 75, n. 3, p. 417-439, 1997.

BREDEMEIER, Harry. Law as an Integrative Mechanism. In: EVAN, W. M. (Ed.). *Law and sociology*. New York: The Free Press, 1962. p. 73-90.

CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade*: contingência, paradoxo, só efetuação. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

DURKHEIM, E. A transição da solidariedade mecânica à orgânica. *Teoria de estratificação social*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1978.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*.São Paulo: Abril Cultural, 1978.

DURKHEIM, Emile. *Lesrègles de la méthode sociologique***.** 13 éd. Paris: Presses Universitaires de France, 1956;

FERREIRA, Angela Duarte Damasceno. Processos e sentidos sociais do rural na contemporaneidade: indagações sobre algumas especificidades brasileiras. *Estudos Sociedade e Agricultura*, Rio de Janeiro, v. 1, 2013.

FISCHER-LESCANO, Andreas. A teoria crítica dos sistemas da escola de Frankfurt.*Novos Estudos*. - CEBRAP, São Paulo, n. 86, mar. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/ scielo.php?script=sci_arttext-&pid=S0101-33002010000100009&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt>. Acessoem: 10 mar. 2015.

GALTUNG, Johan. A structural theory of aggression. *Journal of Peace Research*, [S.l.], p. 95-119, 1964.

GALTUNG, Johan. Expectations and interaction processes. *Inquiry*, [S.l.], v. 2, n. 1-4, p. 213-234, 1959.

GALTUNG, Johan. The social functions of a prison. *Social Problems*, [S.l.], v. 6, n. 2, p. 127-140, 1958.

GONÇALVES, Guilherme Leite. El postcolonialismo y la teoría de sistemas: apuntes para una agenda de investigación sobre el derecho en los países periféricos. In: SAAVEDRA, Marco E.; MILLÁN, René (Org.).

La teoría de los sistemas de Niklas Luhmann a prueba: horizontes de aplicación em la investigacíon social en América Latina. México: El Colegio de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012. p. 69-98.

GÜNTHER, Gotthard. *Life as polycontexturality*. [S.l.], 2004. Disponível em: <http://www. vordenker.de/ggp-hilosophy/gg_life_as_polycontexturality.pdf>. Acesso em: 20 maio 2014.

KING, Michael; THORNHILL, Christopher J. *Niklas Luhmann's theory of politics and law*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2003.

KJAER, Poul F. Systems in context: on the outcome of the Habermas/Luhmann-Debate. *Ancilla Iuris*, [S.l.], n. 66-77, 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1489908>. Acesso em: 10 mar. 2015.

LAMPERT, Richard; SANDERS, Joseph. *An invitation to law and social science*: *desert, disputes, and distribution*. Philadelphia: University of Pensylvania, 1990.

LEFORT, Claude. *Democracy and political theory*. Cambridge: Polity Press, 1988.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropologia estrutural*.1. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1973.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *Tristes tropicos*.1. ed. São Paulo: Anhembi, 1957.

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 17, n. 49, p. 149-168, 1990.

LUHMANN, Niklas. A sociedade mundial como sistema social. *Revista Lua Nova*, São Paulo,n. 47, p. 188, 1999.

LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad*: de la unidad a la diferencia. Tradução de Josetxo Beriain y José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998.

LUHMANN, Niklas. El ocaso de lasociología crítica. *Sociológica*, [S.l.], v. 7, n. 20, p. 2, 1992. Disponível em: <http://www.revistasociologica.com.mx/pdf/2012.pdf>. Acesso em: 10 set. 2015.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. *Seqüência*: estudos jurídicos e políticos, Florianópolis, v. 15, n. 28, p. 19, 1994.

LUHMANN, Niklas. Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system .*Cardozo Law Review*, [S.l.], v. 13, p. 1419, 1991.

LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamentos para una teoría general*. Tradução de Silvia Pappe y Brunhile Erker, Javier Torres Nafarrate. Barcelona: Anthropos, 1998.

LUHMANN, Niklas. Why does society describe itself as postmodern? In: RASH, Wiliam; WOLFE, Cary (Org.).*Observing complexity: systems theory and post modernity*. Minneapolis: University Minnesota Press, 2000.

LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión, autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Barcelona: Anthropos, 2005.

MAYHEW, Leon H. Institutions of representation: civil justice and the public. *Law & Society Review*. [S.l.], v. 9, n. 3, p. 401-429, 1975.

MAYHEW, Leon H. *Law and equal opportunity: a study of the Massachusetts Commission Against Discrimination*. Harvard: Harvard University Press, 1968.

MAYHEW, Leon H. Stability and change in legal systems. *Stability and Social Change*. Boston: Little, Brown and Co, 1971.

MAYHEW, Leon. In defense of modernity: Talcott Parsons and the utilitarian tradition. *American Journalof-Sociology*, [S.l.], p. 1273-1305, 1984.

MIGNOLO, Walter D. *The idea of Latin America*. Hoboken: John Wiley & Sons, 2009.

MIGNOLO, Walter. Desobediência epistêmica: a opção descolonial e o significado de identidade em política. *Cadernos de Letras da UFF–Dossiê: literatura, língua e identidade*, Niterói, n. 34, p. 287-324, 2008.

MIGNOLO, Walter. *Local histories/global designs: coloniality, subaltern knowledges, and border thinking*. Princeton: Princeton University Press, 2012.

NAFARRATE, Javier Torres. *Luhmann: la política como sistema*. México: Fondo de Cultura Economica, 2004.

NEVES, Fabrício Monteiro. A diferenciação centro-periferia como estratégia teórica básica para observar a produção científica. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 17, n. 34, p. 241, 2009.

NEVES, Marcelo. Os Estados no centro e os Estados na periferia: alguns problemas com a concepção de Estados da sociedade mundial em Niklas Luhmann. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 52, n. 206, p. 111-136, abr./jun. 2015.

POSTEMA, Gerald J. *Bentham and the common law tradition*. Oxford: Oxford University Press, 1986.

POUND, Roscoe. *Social control through law*. New Haven, CT: Yale University Press, 1942.

POUND, Roscoe. Sociology and law. In: OGBURN, W. F.; GOLDENWEISER, A. (Ed.). *The social sciences and their interrelations*. Boston: Houghton Mufflin Company, 1927. p. 319-328.

POUND, Roscoe. Sociology of law and sociological jurisprudence. *The University of Toronto Law Journal*, [S.l.], v. 5, n. 1, p. 1-20, 1943.

POUND, Roscoe. The scope and purpose of sociological jurisprudence, III: sociological jurisprudence. *Harvard Law Review*, [S.l.], v. 25, n. 6, p. 489-516, 1912.

ROCHA, Leonel Severo. A construção do tempo pelo direito. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio Luiz. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*: Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 309-320.

ROCHA, Leonel Severo. Direito, complexidade e risco. *Seqüência*: estudos jurídicos e políticos, Florianópolis, v. 15, n. 28, p. 1, 1994.

ROCHA, Leonel Severo. Matrizes teórico-políticas da teoria jurídica contemporânea. *Seqüência:* estudos jurídicos e políticos, Florianópolis, v. 13, n. 24, p. 10-24, 1992.

ROCHA, Leonel Severo; AZEVEDO, Guilherme de. Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoiética. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, v. 4, n. 2, p. 193-213, 2012.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Franz Neumann, o direito e a teoria crítica.*Lua Nova*, São Paulo, n. 61, p. 53-73, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100004 &lng=en&nrm=iso>.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Fuga do direito*: *um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann*. São Paulo: Saraiva, 2009.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Luta por direitos, rebeliões e democracia no século XXI: algumas tarefas para a pesquisa em direito. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: *anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*, n. 11. Porto Alegre: Liv. do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2014. p. 125-156.

SEGATO, Rita Laura. Gênero e colonialidade: em busca de chaves de leitura e de um vocabulário estratégico descolonial. *e-cadernosces*, Coimbra, n. 18, 2012.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Poder e autopoiese da política em Niklas Luhmann. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas Pouso Alegre*, Pouso Alegre, v. 27, p. 119-129, 2008.

SIMMEL, Georg. *Cuestiones fundamentales de sociología.*Barcelona: Gedisa, 2002.

TEUBNER, Gunther. *Law as an autopoietic system*. Cambridge: Blackwell Publishers, 1993.

THORNHILL, Chris. The autonomy of the political: a socio-theoretical response. *Philosophy & Social Criticism*, [S.l.], v. 35, n. 6. p. 705–735, 2009.

WEBER, Max. *Conceitos básicos de sociologia*. São Paulo: Moraes, 1987.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva.* 3. ed. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1994.

Capítulo 9

UMA CRÔNICA SOBRE UM CASO DE DISCRIMINAÇÃO JULGADO PELO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS:

Manuela e Outros vs El Salvador

Jânia Maria Lopes Saldanha

UMA CRÔNICA SOBRE UM CASO DE DISCRIMINAÇÃO JULGADO PELO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: Manuela e Outros vs El Salvador[1]

Jânia Maria Lopes Saldanha[2]

À guisa de introdução: o contexto do caso

A Corte Interamericana de Direitos Humanos[3] tem alertado que mulheres processadas por acusação de assassinato, agravado por ter sido praticado contra recém-nascidos, possuem pouca ou nenhuma renda econômica, são originárias de áreas rurais ou urbanas marginais e receberam nenhum ou baixo nível escolar. Segundo a Corte, em geral as denúncias são apresentadas por pessoal médico da instituição de saúde onde a mulher recebeu atendimento.

Neste contexto é que o caso *Manuela y Otros contra o Estado de El Salvador* foi submetido à apreciação da Corte, ela que era mulher, pobre, analfabeta e que vivia na zona rural com a família, foi acusada de prática de assassinato contra o filho recém-nascido.Manuela tinha já dois filhos, um de nove e outro de 7 anos, e um marido que a havia abandonado. A Corte confirmou que desde a criminalização absoluta do aborto em El Salvador, mulheres que sofreram abortos espontâneos e outras emergências obstétricas foram criminalizadas no País. Em muitos desses casos, elas foram e são condenadas não por aborto e sim por assassinato agravado, cuja pena é fixada entre 30 e 50 anos de prisão. Após ter sido submetida à prisão preventiva em condições sacrificiais para quem acabara de dar à luz, Manuela foi condenada a 30 anos de prisão.

---

1 Este trabalho faz parte do projeto de pesquisa desenvolvido na França e no Brasil no qual está inserida a autora e que trata de investigar acerca da Contribuição da América Latina para a construção do comum em matéria de direitos humanos. Ele intitula-se: *Contributions de l'Amérique Latine pour l'esquisse d'un droit commun.*

2 Doutora em Direito. Professora do PPG em Direito e do Curso de Direito da Escola de Direito da UNISINOS.

3 No sexto será identificada como CrIDH ou como "Corte'.

O Relatório[4] da Comissão Interamericana de Direitos Humanos[5] do ano de 2021 sobre a situação dos Direitos Humanos em El Salvador, informa que o uso excessivo da prisão provisória ou preventiva exacerba a população carcerária no País e que as medidas alternativas a tais prisões, segundo o Código de Processo Penal, não são aplicadas a determinados tipos de delitos. A consequência prática dessas limitações é que, muitas vezes, a prisão preventiva ou provisória é aplicada sem motivação suficiente e sem individualização em relação a cada caso para determinar se a detenção reúne as condições necessárias para a sua aplicação. No âmbito das leis que criminalizam o aborto absoluto em El Salvador, a Comissão observa que a aplicação da prisão provisória e a ausência de medidas alternativas provocam impactos desproporcionais para mulheres criminalizadas que experimentaram emergências obstétricas. No Relatório, a CIDH mencionou expressamente o caso Manuela[6] como exemplo de uma série de violações de direitos no marco do processo penal. A CIDH concluiu que o Estado violou o direito de não ser privado de liberdade arbitrariamente, o princípio da presunção de inocência e o direito à proteção judicial e que a decisão de prisão preventiva imposta levou em conta a gravidade do delito e aplicou uma disposição legal que estabelecia não ser possível a substituição da prisão provisória por outra medida alternativa.

Assim, na sentença[7] de 2 de novembro de 2021, a CrIDH relata que no dia 26 de fevereiro de 2008, Manuela sofreu uma queda grave na qual lesionou a região pélvica. Ela estava grávida. Em 27 de fevereiro de 2008, foi internada no Hospital Nacional San Francisco Gotera como uma emergência obstétrica. Os registros do hospital mostram que ela teve um "parto fora do hospital, retenção de placenta e laceração perineal". No dia em que foi hospitalizada, a médica que a atendeu apresentou queixa criminal contra ela, pois seu prontuário mostrava a ocorrência de parto, porém, ela não estava acompanhada do bebê. No mesmo dia, a polícia fez uma busca em sua casa e encontrou o corpo de um recém nascido em uma fossa séptica. Na mesma data, enquanto recebia assistência médica, ela foi detida em flagrante delito e algemada à sua maca, dia em que o Ministério Público requereu a investigação formal com pedido de prisão preventiva pelo crime de homicídio agravado. A justiça el salvadorenha manteve o decreto de prisão preventiva.

Em 7 de julho de 2008 foi realizada a audiência preliminar. Trinta minutos antes do início, o defensor de Manuela pediu para ser substituído. Na oportunidade o tribu-

---

4 OEA. CIDH. Situación de derechos humanos em El Salvador. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 278 14 octubre 2021, par. 134/135, p. 64/65. Disponível em : http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2021_ElSalvador-ES.pdf

5 No texto será identificada como CIDH ou como “Comissão”

6 Nota 186, p. 65. Disponível em: http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2021_ElSalvador-ES.pdf

7 CrIDH. Caso Manuela y Otros vs El Salvador. Sentencia de 2 de noviembre de 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/ seriec_441_esp.pdf

nal confirmou a prisão preventiva. Em 11 de agosto de 2008, o Tribunal condenou Manuela a 30 anos de prisão pelo crime de homicídio qualificado. Em 6 de fevereiro de 2009, ela foi encaminhada da prisão ao Hospital Nacional de Rosales quando então foi diagnosticada com linfoma de Hodgkin e para o qual, recebeu tratamento inconsistente. Em 10 de janeiro de 2010, foi novamente internada no hospital. Ela morreu em 30 de abril de 2010. Em 2011, os representantes interpuseram recurso de revista contra a decisão condenatória. Em 22 de janeiro de 2012, o Tribunal o declarou inadmissível.

Na sentença, a CrIDH concluiu que: a) a imposição da prisão preventiva foi arbitrária e violou o direito à presunção de inocência; b) sobre o direito às garantias judiciais, integridade pessoal e igualdade perante a lei,a investigação e o procedimento desrespeitaram o direito de defesa, o direito a um tribunal imparcial, à presunção de inocência, o dever de motivar, a obrigação de não aplicar a legislação de forma discriminatória, o direito de não ser submetido a penas cruéis, desumanas ou degradantes; c) a vida, a integridade pessoal, a saúde, a vida privada e a igualdade foram violados; d) foi desrespeitado o artigo 7.a da Convenção de Belém do Pará; e) o direito à integridade pessoal de membros da família foi violado. De fato, é possível extrair da decisão que Manuela sofreu violência de gênero (2); discriminação estrutural e sua condição de extrema vulnerabilidade foi agravada por fatores interseccionais específicos de caráter pessoal (3).

A decisão do caso de Manuela é emblemática pois a Corte pela primeira vez estabeleceu padrões e recomendações para as Américas sobre saúde reprodutiva, incluindo o aborto, e tratando da responsabilidade dos Estados em prover recursos para garantir o acesso à saúde. A Corte também historicamente reconheceu a responsabilidade do Estado pelo combate às graves violações geradas às mulheres em razão da discriminação de gênero associadas a interseccionalidades que aumentam as experiências de opressão, violências e violações de direitos das mulheres de forma distinta em razão das condições diferentes em que vivem.

1. A violência de gênero no processo penal: um caso de discriminação direta

Desde a decisão paradigma proferida no caso "*Campo Algodonero" vs. México*[8] a CrIDH afirmou que "o estereótipo de gênero se refere a uma precompreensão de atributos ou características possuídas ou papéis que deveriam ser executados por homens e mulheres respectivamente". Nesse caso, a condição de subordinação das vítimas, decorrentes de práticas baseadas em tais estereótipos, refletidas nas políticas e condutas adotadas pelas autoridades de polícia judicial, foi imensamente agravada porque, se-

8 CrIDH. "Campo Algodonero"vs. México, sentencia de 16 noviembre de 2017, parág. 401. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

gundo a Corte, a "criação e o uso de estereótipos convertem-se numa das causas e consequências da violência de gênero contra a mulher."[9]

De fato, o uso repetido de estereótipos de gênero para violar os direitos das mulheres representa violações estatais do artigo 8º, "b", da Convenção de Belém do Pará[10], que imputa aos Estados a responsabilidade de modificar os padrões sociais de condutas que determinam preconceitos e costumes que legitimem ou exacerbem a violência contra as mulheres.Considerando as condições em que o processo penal contra Manuela ocorreu, a CrIDH1[11] enfatizou que a utilização de estereótipos por parte das autoridades judiciais indica a falta de imparcialidade. Além disso, pode evidenciar violação ao princípio da presunção de inocência e ao dever de motivar as decisões judiciais.

Assim, a CrIDH considerou que desde o início das investigações contra Manuela houve a presunção de sua culpabilidade pelo fato de que as autoridades policiais e judiciais não adotaram medidas probatórias para desvirtuar a tese da presunção de culpabilidade da vítima. Essa conduta omissiva, para a CrIDH[12], decorreu das précompreensões dos investigadores contra as mulheres que não cumprem com os papéis de mãe abnegadas, predeterminados socialmente. De fato, a cultura machista e patriarcal tem, historicamente, determinado a objetividade dos agentes encarregados das investigações e, por isso, limita enormemente as possibilidades de investigação sobre as circunstâncias fáticas verdadeiramente ocorridas. Tal conduta repercutiu negativamente contra Manuela, porque também com relação a ela não investigaram a possibilidade de que a mesma não fosse responsável pela morte que lhe foi imputada. Também, esse comportamento foi determinante para sequer examinarem adequadamente Manuela para entender as suas condições de saúde.

A consagração do princípio da presunção da inocência no desenrolar das investigações deve ser acompanhada de outra, isto é, do princípio da motivação que deve estar embasado nos fatos da causa e não em presunções ou ideias preconcebidas dos julgadores. Não foi o que ocorreu no processo penal instaurado contra Manuela. A CrDIH entendeu que a utilização de estereótipos de gênero e ideias preconcebidas na sentença que a condenou demonstrou que na motivação não se estabeleceu uma evidência fática do nexo de causalidade entre a ação de Manuela e a morte do recém-nascido, ou seja, não foram utilizados elementos de prova que demostrassem de maneira concreta a culpabilidade da vítima. Portanto, é certo que a condenação aplicada resultou da visão estereotipa lançada pelos julgadores sobre a condição feminina da vítima,

---

9 Id.

10 OAS. Convención de Belém do Pará. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html

11 CrIDH. Caso Manuela y Otros vs El Salvador, parág. 134.

12 CrIDH. Caso Manuela y Otros vs El Salvador, parág. 146.

agravada por outros fatores interseccionais. Em virtude disso, entendeu ser arbitrária e discriminatória a aplicação da lei penal, cuja existência faz parte das práticas estatais de maneira estrutural, como concluiu a Relatora Especial da ONU sobre execuções extrajudiciais[13], sumárias ou arbitrárias ao afirmar que na grande maioria as pessoas permanecem detidas por meses, anos e muitas morrem nas prisões. O somatório dessas violações de direitos resultou no reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado de El Salvador.

2. Discriminação interseccional e estrutural

Uma compreensão adequada à realidade do que seja vulnerabilidade interseccional pode ser buscada, no campo doutrinário, em Kimberle Crenchaw[14]. Segundo ela, as mulheres negras sofrem de uma dupla discriminação, ou seja, por serem mulheres e por serem negras. Ela chamou a atenção para a importância de que fossem criadas políticas públicas que levassem em conta a insuficiência do reconhecimento da simples discriminação para, então, considerar que existem outros inúmeros fatores – normalmente invisibilizados – que provocam o aumento de vulnerabilidades interseccionais. No campo jurisprudencial, a CrIDH usou o termo, pela primeira vez, no caso *Gonzales Lluy e Outro vs. Equador*,[15] ao tratar da discriminação de uma menina relativamente ao acesso à educação. O ineditismo do termo foi destacado pelo juiz Eduardo MacGregor[16] ao referir que a vítima sofreu discriminação derivada do fato de "viver com VIH, de ser menina, de ser mulher e de viver em condição de pobreza".

Conforme relatado acima, Manuela foi vítima de um padrão de violação estrutural dos direitos das mulheres praticada por agentes do Estado quanto, em razão das características de sua vida pessoal – pobreza, analfabetismo, vida no campo com a família – também foi vítima de discriminação interseccional por parte dos agentes do Estado e do pessoal médico que a denunciou, o que ampliou e aprofundou sua condição de vulnerabilidade, cujo primeiro resultado foi sua prisão e, o segundo, a sua morte.

---

13 ONU, Informe de la Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias acerca de sumisión a El Salvador, A/HRC/38/44/Add.2, 7 de diciembre de 2018, párr. 60.

14 CRENCHAW, Kimberle. Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. University of Chicago Legal Forum, Vol. 1989, Issue 1, article 8. Disponivel em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1052&context=uclf

15 CrIDH. Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1º de setembro de 2015. Série C No. 298, parágrafo 290. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf

16 CrIDH. Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador, voto concorrente juiz Eduardo MacGregor, op. cit., parág. 2.

De fato, há de ser lamentado e combatido que a criminalização total da interrupção voluntária da gravidez pelas mulheres de El Salvador as tem obrigado a recorrer a abortos inseguros que apresentam graves riscos para as suas vidas e saúde. As penas aplicadas de até 50 anos de prisão sob a acusação de homicídio agravado, atingem não apenas aquelas que praticaram o aborto voluntário quanto outras que sofreram aborto espontâneo. Trata-se de uma prática de discriminação estrutural a que são submetidas, cuja consequência, por um lado, é a alta taxa de suicídios das mulheres grávidas e, por outro, o risco de serem denunciadas pelo pessoal médico e administrativo dos hospitais públicos, por crime de aborto. O Comitê de Direitos Humanos da ONU, nas Observações finais sobre o Sétimo Informe Periódico de El Salvador[17], do ano de 2018, instou o Estado de El Salvador a revisar a legislação interna com relação ao aborto e a suspender a criminalização por sua prática, quanto a revisar todos os casos de prisões de mulheres por prática desse delito, com o objetivo de assegurar sua liberdade, acesso à assistência jurídica e cumprimento do devido processo.

Se sabemos que o conceito de discriminação é tão variado quanto os distintos domínios do conhecimento que se dedicam ao tema, em especial a antropologia, a história, a política e a sociologia, podemos buscar a definição jurídica de discriminação na normatividade internacional, como é o caso da Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial[18] e a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher[19]. A reunião destes dois textos internacionais permite que identifiquemos por discriminação qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, cujo propósito ou efeito é o de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos ou liberdades fundamentais no campo econômico, social, cultural ou em qualquer outro da vida pública e da vida privada.

A doutrina e a jurisprudência sobre o tema, não impedem distinção, exclusão, restrição, preferência, em certos casos, e sim quando essas possibilidades são utilizadas para prejudicar indivíduos e grupos, isto é, quando as distinções forem ilegítimas, inconstitucionais e inconvencionais. Então, há uma sorte de diferenciação legítima por exigência dos contextos e das distintas condições materiais de vida dos indivíduos ou grupos. Foi justamente essa condição de Manuela que foi totalmente ignorada. Ser

---

17 ONU. Comité de Derechos Humanos. Observaciones finales sobre el sétimo informe periódico de El Salvador. Disponível em: http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsrNEHisprpIVrkwdn%2B9ifTOn66tnHrMbPX2BHHsl8X8wU8QgP6Kv90FUKEVd8cFf8h7xNcwJo1B988aIj9zPD2jfcpVJ%2BdYaJK0DWbKGwJiY

18 UNESCO. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139390.

19 ONU-MULHERES. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf

uma mulher jovem, indígena, rural e analfabeta deveria ter servido para que fosse dispensada a ela uma diferenciação capaz de respeitar seus direitos e sua vida.

Essa diferenciação está conectada com a ideia de alteridade. Entretanto, não uma alteridade como transcendência do "círculo mágico da existência", uma feliz expressão de Adorno na obra *Minima Moralia*[20], e sim uma alteridade concreta como, por exemplo, a das vidas dos refugiados sírios, senegaleses, haitianos, ucranianos, entre outros, dos trabalhadores imigrantes indocumentados, das pessoas LGBT+ mortas nas noites das grandes cidades, dos defensores de direitos humanos exterminados fazendo seu trabalho, das mulheres vítimas de feminicídio em países como Brasil e México. Neste sentido, podemos dizer que consiste numa alteridade que se manifesta nas relações ordinárias que revelam a existência de vidas precárias, de vidas ameaçadas, de vidas discriminadas, como este caso revela sobre a vida de Manuela. Sendo assim, somente situações concretas permitirão dar legitimidade ou não a distinções necessárias. A não-discriminação, por um lado ou as distinções necessárias, por outro, podem encontrar um nível de compreensão na inteligente expressão de Didier Fassin[21] de que mais do que uma "metafísica da alteridade", é necessário falar de uma física da alteridade" porque as dimensões biológicas e biográficas dos indivíduos estão interconectadas e são interdependentes de modo que as formas de vida não estão desconectadas das políticas da vida.

O conceito jurídico de discriminação, como se vê, não elimina a "diferenciação legítima", isto porque falar de desigualdade e de discriminação nos convida a observar o mundo social em sua forma relacional e diferencial e não como um todo homogêneo. Então, por exemplo, não se trata de isolar a vida das mulheres, dos indígenas, dos afrodescendentes, dos imigrantes e dos oprimidos de uma maneira geral, para não recair no recital da miserabilidade, como menciona Fassin[22], e sim inseri-los no âmbito das relações sociais onde as iniquidades fundamentais residem nas hierarquias sociais implícitas ou explícitas, admitidas socialmente. São essas hierarquias que produzem inferiorizações e estigmas. Elas instituem relações de brutalidade, das quais Manuela foi vítima. Por essas razões, é preciso ir além das denúncias contra o individualismo pura e simplesmente, contra a sociedade de consumo, contra os estados de vigilância permanente, contra os ajustamentos estruturais impostos aos países do sul global pelos países do norte global ou contra a sociedade do espetáculo. Deixar de subestimar as desigualdades que aparecem na vida concreta para considerar os efeitos concretos que elas produzem na vida dos indivíduos e dos grupos é a condição primeira para evitar tratamentos genéricos.

---

20 ADORNO, Theodor. *Minima Moralia*, p. 242. Disponível em : http://www.mom.arq.ufmg.br/mom/02_babel/textos/adorno-minima-moralia.pdf

21 FASSIN, Didier. La vie. Paris: Seuil, 2018, p. 153.

22 FASSIN, Didier. La vie. Paris: Seuil, 2018, p. 154.

Conforme relatado acima, o aprofundamento da situação vulnerável de Manuela redundou na violação de um conjunto de direitos que deveriam ter sido protegidos pelo Estado. Como visto, no que diz respeito à liberdade pessoal e à presunção de inocência, simplesmente a prisão preventiva foi decretada sem qualquer evidência de que ela impediria o processo penal. Nesse sentido, a CrIDH[23] foi enfática quando afirmou que o perigo processual para justificar a prisão jamais deveria ser presumido. Assim, o desrespeito à presunção de inocência tornou a prisão arbitrária.

Acrescente-se que Manuela teve violadas as garantias judiciais e a integridade pessoal seja porque a atuação de seu defensor foi extremamente débil, seja pela ausência dele minutos antes da audiência preliminar pedindo para ser substituído, seja porque não foram apresentadas provas que pudessem demonstrar que a morte do recém-nascido foi um acidente ou de que não nascera vivo. A Corte concluiu[24] que a defesa não representou adequadamente os interesses de Manuela.

Conclusão: Um breve interlúdio de uma história inacabada

A discriminação estrutural e interseccional da qual foi Manuela foi vítima pode ser ressaltada pela adoção da tese, seja na fase da investigação quanto do processo penal, de que Manuela era culpada pelo fato de não ter cumprido, segundo eles, os estereótipos de gênero socialmente dominantes e persistentes em relação às mulheres e que fazem parte da linguagem das autoridades estatais. Em virtude disso, segundo a CrIDH, o peso desses estereótipos maculou a imparcialidade e violou o princípio da presunção de inocência[25].Uma consequência fundamental para o processo foi a de que para condenar Manuela o tribunal nacional entendeu que o "sentimento de maternidade" deveria tê-la compelido a "salvar"o filho. Essa posição da justiça demonstra claramente que, ao contrário da gênese do processo penal, que é a de produzir condenações somente em caso de produção robusta de provas capazes de evidenciar a existência do fato ilícito, os juízes adotaram (pré)juízos morais de perfil patriarcal, androcêntrico e estereotipados para impor uma condenação de cariz discriminatório, cuja quantidade da pena – 30 anos – não guardou nenhuma relação do princípio da proporcionalidade com a realidade dos fatos, em total desconhecimento do lamentável fenômeno social, aliás comum em El Salvador, da prática de infanticídio por mulheres solitárias[26].

---

23 CrIDH. Caso Manuela y Otros vs El Salvador, op. cit., parág. 106.

24 CrIDH. Caso Manuela y Otros vs El Salvador, op. cit., parág. 128.

25 CrIDH. Caso Manuela y Otros vs El Salvador, op. cit., parág. 133/134

26 CrIDH. Caso Manuela y Otros vs El Salvador, op. cit., parág. 167.

A falta de proteção à vida e à integridade pessoal sem discriminação também ficou evidente no processo. Vítima do linfoma de Hodgkin, um tipo grave de câncer, Manuela não recebeu tratamento adequado e sequer realizou exames médicos integrais[27]. O tratamento quimioterápico e os protocolos não foram respeitados pelos serviços de saúde de El Salvador, inclusive pertinente ressaltar que Manuela teve atendimento de saúde precário desde que foi presa preventivamente até sua morte, aliás, procedimento comumente adotado pela polícia de El Salvador em mulheres[28].

Todas essas ações e omissões resultaram na morte de Manuela no ano de 2010. O Comitê da CEDAW também reconheceu a responsabilidade do Estado Brasileiro por não garantir serviços de saúde adequados à gestante Alyne, mulher negra e pobre, que infelizmente faleceu vítima de mortalidade materna. O Comitê inclusive ressaltou interseccionalidades ao enfatizar que a discriminação de gênero associada, por exemplo, à de raça e classe afetam as mulheres de distintas formas e, no caso, contribuíram para a morte de Alyne[29].

Podemos encontrar no voto concorrente do juiz Ricardo Perez Manrique o reconhecimento da ocorrência de tais violações no caso em análise quando afirma que a discriminação interseccional praticada contra Manuela provocou uma ofensa em cascata[30] de direitos. Esse destaque também foi feito por ele no voto concorrente apresentado no julgamento do caso *Empregados da Fábrica de Fogos em Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil*[31]. O juiz Manrique afirmou que a interseccionalidade consiste na confluência da violação de diferentes direitos contra uma pessoa ou grupos de pessoas, confluência essa que potencializa a violação da dignidade humana das vítimas produzida de forma mais alargada e mais intensa do que se fosse violado apenas um direito. No caso, ainda acrescentou que a própria Corte já reconheceu que "certos grupos de mulheres sofrem discriminação ao longo de sua vida com base em mais de um fator combinado com seu sexo, o que aumenta o risco de sofrer atos de violência e outras violações de direitos humanos". O caso de Manuela se encaixa perfeitamente, de maneira trágica e absurda, no desenho desse sofrimento.

---

27 CrIDH. Caso Manuela y Otros vs El Salvador, op. cit., parág. 235 a 240.

28 Center for Reproductive Rights. Fact Sheet Manuel Case. Disponível em: https://reproductiverights.org/case/manuela-v-el-salvador-inter-americancourt-of-human-rights/ https://reproductiverights.org/wp-content/uploads/2021/03/Factsheet-MANUELA_INGLES.pdfp.2

29 https://www2.ohchr.org/english/law/docs/CEDAW-C-49-D-17-2008.pdf

30 CrIDH. Caso Manuela y Otros vs El Salvador, op. cit., parág. 19

31 CrIDH. CasoEmpregados da Fábrica de Fogos em Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil, parág. 22. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_por.pdf

Capítulo 10

PARA UMA FILOSOFIA DO DIREITO (SOCIOLOGICAMENTE) SENSÍVEL:

Utopias institucionais e lutas por direitos

José Rodrigo Rodriguez

PARA UMA FILOSOFIA (SOCIOLOGICAMENTE) SENSÍVEL: Utopias institucionais e lutas por direitos[1]

José Rodrigo Rodriguez[2]

Introdução

Demandas sociais novas necessariamente ameaçam o status quo político e jurídico: isso é normal em uma democracia. Afinal, tais demandas tendem a exigir uma nova distribuição de recursos materiais e modificam as hierarquias de prestígio social (RODRIGUEZ, 2020). Por exemplo, demandas por direitos nascidas na comunidade LGBTQI+ exigem não apenas novas interpretações das leis e a criação de novos direitos e políticas públicas (SILVA, 2021). Tais demandas também exigem que o Estado, o uso oficial do direito, reconheça que estas pessoas são titulares, por exemplo, da faculdade de se casarem, um reconhecimento que não é moralmente neutro. Explico.

O reconhecimento de uma demanda social pelo direito oficial confere a ela um status moralmente superior às demais, ao menos aos olhos de parte da sociedade. Por isso mesmo, podemos dizer que o direito possui uma "moralidade substantiva mínima", temporária e instável, que consiste no fato de que suas normas podem ser exigidas de qualquer pessoa, mesmo que ela não concorde com elas, mesmo contra a sua vontade. Nesse sentido, as normas jurídicas gozam de primazia sobre as demais normas que regulam a vida social a respeito daquele mesmo assunto.

Em razão da histórica centralização do poder de criar normas jurídicas e de perseguir sua efetivação nas mãos dos Estado nacionais, que se utilizam para este fim do

---

1 Este texto reaproveita trechos de dois outros artigos escritos entre 2021 e 2022 ("Multinormatividade como (uma) Filosofia do Direito" e "O Papel dos Juristas em Face de Ameaças Autoritárias") para explicitar minha concepção de direito e situá-la na tradição da Filosofia e da Teoria do Direito contemporânea com fins didáticos e de prestação de contas de minha atividade de pesquisa no Anuário de Pesquisas da UNISINOS.

2 Professor de Direito do PPG da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS.

sistema policial e do sistema de justiça, uma demanda reconhecida pelo uso oficial do direito torna-se, por assim dizer, universal, ainda que para aquele contexto. Ela deve ser respeitada por toda a sociedade, mesmo pelas pessoas e grupos que discordam dela.

Tal fato não impede que o debate público siga questionando as normas jurídicas que reconheceram tal demanda, o que pode resultar em sua modificação futura pelo Parlamento. No entanto, ao menos enquanto tal lei existir, ela seguirá revestida da "moralidade mínima" - conferida pelos procedimentos de criação de normas jurídicos de um estado democrático do direito – que faz com que suas normas serem obrigatórias mesmo contra a vontade individual das pessoas, fato que permite que o aparelho estatal deixe de aplicar normas que uma série de grupos e indivíduos consideram como morais e consideram que deveriam gozar do status jurídico.

Nesse sentido, cada norma jurídica marca a vitória moral temporária de determinados grupos sobre outros. A criação de direitos é sempre jurispática (COVER, 1983). Por isso mesmo, parece razoável imaginar que o status especial que o direito confere a certas demandas sociais que expressam visões morais de determinados indivíduos grupos possa provocar incômodo em parte dos agentes sociais. Esta é uma das razões pelas quais o direito em sua forma estatal e centralizada foi apontado por Judith Butler como potencialmente patológica para a vida social (BUTLER, 2003).

Para usar utilizar uma outra terminologia, ao invés de negociarem entre si as normas que devem regular a vida em sociedade, ou simplesmente ignorarem o Estado para autorregular as suas vidas, os agentes sociais podem passar a perseguir a *autenticação oficial* de suas demandas (RODRIGUEZ, 2020; KIRCHHEIMER, 1961) em razão da força simbólica e distributiva da moralidade mínima do Direito.

Tal movimento na direção da autenticação, segundo Butler, confere ao Estado um poder que ele não deveria ter; o poder de reconhecer certos discursos como aceitáveis e outros como não aceitáveis. Um poder que põe nas mãos de Juízes e Juízas questões que poderiam ser mais bem resolvidas pela livre negociação do sentido entre os agentes sociais.

Sob o domínio de uma *política de autenticação*, ao invés de dialogarem entre si, os agentes sociais passam a disputar o Estado como se ele fosse responsável por reconhecer a sua forma de vida como valiosa em si mesma, esvaziando o debate moral social. Nesse registro, a autenticação oficial pode passar a funcionar como uma espécie de autorização simbólica para que as pessoas vivam a vida que pretendem viver.

Ademais, como já apontado pela literatura sobre jurisdicização (FRIEDMANN & BELLEY, 1999), este movimento pode esvaziar o diálogo social, pode esvaziar a deliberação pública, que passa a ocorrer apenas nos termos da gramática oficial e sob o poder dos funcionários do Estado.

1. Utopias radicais e utopias institucionais

Como se vê, a disputa social por direitos em seu estado normal produz problemas e críticas em relação ao que vou passar a chamar de *luta por direitos* em diálogo com o pensamento de Hans Kelsen. Kelsen afirma que a interpretação e o debate que procura influenciar a interpretação é um "problema jurídico-político", ou seja, é um debate indeterminado que, no limite, depende da decisão subjetiva do juiz. O máximo que o jurista pode fazer, para Kelsen, é identificar as diversas possibilidades de interpretação que estão em jogo em determinado momento (KELSEN, 2021, p. 88-89).

Uma das tarefas do jurista segue sendo identificar as possibilidades de interpretação em jogo, tanto no que se refere ao uso oficial do direito quanto no campo do uso social do direito. Não apenas os juristas disputam a interpretação dos textos normativos, os agentes sociais também defendem interpretações da Constituição e de outras leis e lutam para que elas sejam adotadas pelos demais membros da sociedade e pelas autoridades do Estado, com ou sem a mediação de advogados, fenômeno que eu chamo de *uso social do direito* (RODRIGUEZ, 2019).

A disputa social por direitos, a luta pela criação de novos direitos e por sua intepretação, tematiza e desestabiliza a aceitação social e as justificativas plausíveis para distribuir recursos econômicos e simbólicos via direito oficial, via *uso oficial do direito*. Um processo que se desdobra, a partir da criação das leis, em sua interpretação e aplicação pelo sistema de Justiça, passando pela discussão na esfera pública especializada e não especializada. Ou seja, uma disputa que envolve os cidadão e cidadãs em geral, partidos, organizações, movimentos sociais e seus advogados e advogadas, além dos membros do Sistema de Justiça: Polícia, Defensorias, Procuradorias, Ministério Público e Poder Judiciário.

A luta por direitos também põe problemas no campo do que eu vou chamar de "utopias radicais" e "utopias institucionais". Explico. Os agentes sociais têm questionado historicamente se a atual gramática da luta por direitos seria ou não a melhor forma de organizar as disputas sociais e quais seriam as alternativas disponíveis no acervo do pensamento institucional ocidental. E, eventualmente não ocidental: há tentativas interessantes de construção de conceitos e instituições novas a partir da herança ocidental, mas com inspiração no pensamento indígena e africano por exemplo (ACOSTA, 2016; METZ, 2019; KASHINDI, 2019; MALOMALO, 2020; SODRÉ, 2017).

Uma mudança institucional radical, não é preciso dizer, pode vir a instaurar uma nova normalidade institucional de luta por direitos, fundada em uma nova concepção de direito; ou mesmo a supressão do direito como esfera autônoma.

Nesse sentido, os dois maiores problemas enfrentados pelo pensamento jurídico crítico – além, é claro, do problema da justificação de um critério a partir do qual se possa criticar as instituições, que foi enfrentado em outro lugar (RODRIGUEZ, 2009,

2020) - são (a) os riscos de realizar mudanças institucionais radicais ignorando a luta por direitos, social e oficial; (b) a possibilidade efetiva de superar a gramática institucional vigente e instaurar, por assim dizer, um direito e uma política completamente outra. No fundo, estes dois problemas, um teórico e um empírico, podem ser compreendidos como manifestações da tensão entre luta por direitos e a defesa de utopias radicais ou institucionais.

As reflexões a respeito da possibilidade e dos riscos de realizar mudanças radicais ignorando ou passando por cima da dinâmica institucional vigente e de sua gramática tem como marco analítico importante, na modernidade, as reflexões de Hegel a respeito do terror durante a Revolução Francesa na *Fenomenologia do Espírito* (HEGEL, 2014). Tais reflexões, que também podem ser lidas como uma crítica radical a qualquer concepção substantiva, a-histórica e apolítica de direito natural.

Hegel sustenta que demandas por mudança social que imponham na forma de princípios abstratos, sem qualquer mediação, a uma realidade que funciona de acordo com certos padrões de racionalidade, pode resultar em práticas de violência e extermínio em massa de pessoas. Um pensamento moral e jurídico abstrato, sociologicamente insensível, é potencialmente violento. Explico.

É razoável dizer que a ação de "enforcar o Rei" é o testemunho mais acabado de um diagnóstico de tempo que considera todo diálogo e toda a negociação sobre o sentido do direito impossíveis. Apenas exterminando os nobres e, por assim dizer, sua gramática institucional marcada por práticas constituídas por certas categorias mentais, seria possível reconstruir a vida social partir do zero, ilusão que Robert Darton denominou, muito apropriadamente, de era dos "possibilismos" (DARTON, 1990). Uma era na qual ocorreram episódios incríveis como o desenterrar de mortos em Paris e a tentativa de mudar totalmente os relógios e as cartas do baralho, tudo em nome de uma revolução que chegou a imaginar ser capaz de transformar tudo.

A este propósito, cabe lembrar a frase do revolucionário francês e protagonista da fase do terror, Saint-Just que justificou a Revolução Francesa afirmando que as instituições monárquicas estariam "nadando em sangue", ou seja, inapelavelmente condenadas.

> As revoluções são menos um acidente das armas que um acidente das leis. Há muitos séculos a monarquia nadava no sangue e não se dissolvia. Mas há uma época na ordem política em que tudo se decompõe por um germe secreto de consunção, tudo se deprava e degenera; as leis perdem a sua substância natural e se enfraquecem; então se algum povo bárbaro se apresenta, tudo cede ao seu furor e o Estado é regenerado pela conquista. Se não é atacado pelos estrangeiros, sua corrupção o devora e o reproduz. (SAINT-JUST, 1989, p. 17)

Este é um problema ainda muito debatido, a começar pelos escritos de Edmund Burke, contemporâneo das revoluções burguesas, e escritos conservadores mais con-

temporâneos, um problema que ajuda a diferenciar, com suas nuances, posições políticas conservadoras e progressistas (BURKE, 2017; OAKESHOTT, 2018).

Mas teria sido mesmo possível implementar mudanças institucionais radicais na França sem a utilização de tanta violência? A solução inglesa, que também incluiu momentos sangrentos, mas que se deu de forma menos imediata e menos concentrada no tempo, como mostra Edward Thompson, não poderia ter sido tentada na França?

Insisto, se, do ponto de vista da análise histórica, questões como essa não fazem muito sentido, do ponto de vista normativo elas são centrais. Afinal, o modelo de transformação institucional francês, supostamente rápido e concentrado no tempo - uma utopia radical proposta contra a dinâmica institucional então em funcionamento - é muitas vezes apresentado como sinônimo de revolução. Ao contrário do modelo inglês, que parece mais comprometido em transformar o enquadramento por meio das instituições, ainda que também tenha contribuído para instaurar uma sociedade individualista e o modo de produção capitalista.

Franz Neumann foi o primeiro jurista crítico a apontar com clareza para esta tensão em seu livro *O Império do Direito*, escrito em 1936, ainda que em outros termos (NEUMANN, 2013a). Neumann dirige uma crítica não a Kant, mas ao que ele chamou de "kantismo" que, em sua avaliação, dominava a reflexão jurídica e política de seu tempo. Na linguagem contemporânea, podemos dizer que Neumann criticou a separação entre "Teoria da Justiça", "Teoria do Direito" e "Sociologia do Direito", uma divisão disciplinar que separa, de um lado, os conceitos, raciocínios jurídicos e a gramática institucional vigente e, de outro, os princípios morais que informaram a sua construção e constituem o seu sentido.

A separação analítica e prática de conceitos jurídicos e princípios morais, no limite, abre o espaço mental para o terror (e para o etnocentrismo, como veremos adiante), ao criar a ilusão de que "princípios de justiça" façam sentido e possam funcionar em abstrato, como justificação para projetos políticos, desligados de qualquer contexto. Projetos que deixam de levar em conta as práticas e categorias mentais dos agentes sociais em determinado tempo e espaço.

A separação analítica e geográfica de conceitos jurídicos e princípios de justiça de sua gênese social conflitiva não é, evidentemente, impossível e pode ser até mesmo desejável. As ideias podem se deslocar e adquirir novos sentidos, inclusive emancipatórios. Por exemplo, importar com adaptações as ideias de um teórico alemão marginal e quase esquecido, como se pode ler em "Fuga do Direito" de José Rodrigo Rodriguez (RODRIGUEZ, 2009) foi produtivo em um país sem nenhuma tradição no campo da reflexão teórica sobre a relação direito e democracia.

Não é porque uma ideia seja nacional ou nativa que ela seja também necessariamente boa. Uma das principais obsessões do pensamento e da política nazista era eli-

minar qualquer ideia estrangeira, ideias que não correspondessem ao "espírito do povo alemão". Não por acaso, Franz Neumann filiou explicitamente sua reflexão à tradição da "rule of law" anglo-saxônica, deixando de lado a tradição alemã do "Rechtsstaat" por considerar que o conceito de "Rechtsstaat" prescindia da tensão entre Estado e sociedade (NEUMANN, 2013a).

No entanto, tais deslocamentos teórico-críticos devem ser tematizados explicitamente e submetidos a uma reflexão que não pressuponha ou naturalize seu sentido, avaliando as consequências dessa "deslocalização", como nos tem mostrado há muito tempo no Brasil a obra de Roberto Schwarz (SCHWARZ, 2014).

Um exemplo brasileiro nos ajuda a compreender o que estou falando: no Brasil o conceito de liberal de direito foi, por assim dizer, importado, sob a égide da escravidão, instituição que conviveu com as ideias liberais ao longo de muitos anos, à exemplo do que também ocorreu nos Estados Unidos. Da perspectiva das elites escravocratas, portanto, a defesa do estado de direito no Brasil soava como engodo, por deixar de tematizar as contradições entre o liberalismo brasileiro e o valor de face de seus ideais (SCHWARZ: 2014).

Da perspectiva dos grupos abolicionistas e de agentes sociais de grupos subalternizados, a importação do discurso liberal forneceu materiais preciosos para combater a escravidão em nome da denúncia e do desmonte, justamente, de suas próprias contradições. Emblemática nesse campo é a atuação do jurisconsulto leigo e negro, Luiz Gama, figura que, de uma certa forma, mostra que o suposto engodo, denunciado por Roberto Schwarz, pôde se revelar também emancipatório ao ser apropriado pelos grupos subalternos (GAMA, 2020).

A leitura dos artigos de Luiz Gama, compilados apenas recentemente, deixa claro como sua estratégia era disputar os termos da luta por direitos, razão pela qual a leitura de seus textos é certamente penosa para alguém que não seja versado em direito. Seus textos publicados na imprensa contêm raciocínios jurídicos complexos que não podem ser bem compreendidos sem o domínio do direito da época.

Por exemplo, no texto "Questão forense" publicado no jornal *A Província de São Paulo* em 14 de outubro de 1880 (GAMA, 2020, p. 242-251) Luiz Gama compara o escravo fugido, cujo senhor se ignora, a uma coisa perdida que deve se considerar abandonada para fins jurídicos. Tal estratégia argumentativa, que pode soar chocante para um leitor leigo, tem como função evitar que estes escravos fossem capturados e vendidos para benefício dos cofres públicos.

Trata-se, neste caso, de estabelecer uma analogia entre coisa abandonada e escravo abandonado para dizer, não que qualquer um poderia se apropriar dele ou dela – esta seria a consequência jurídica por assim dizer, normal da analogia – mas para dizer

que ele ou ela deveriam permanecer livres em face da intrincada legislação da época, já influenciada por princípios abolicionistas.

Ainda, da perspectiva dos povos originários, a importação da gramática dos direitos significou uma violência epistêmica evidente, por exemplo, em razão das diferenças entre o conceito de propriedade individualista, liberal burguês, e a maneira pela qual estes povos pensavam e regulavam a relação do homem com a terra.

Foi justamente esta violência inaugural que permitiu aos europeus consideraram as terras brasileiras como passiveis de apropriação jurídica, afinal, aos olhos do direito europeu, tratava-se de res nullius, coisa de ninguém. Não é verdade que havia um vazio de regulação em terras americanas. Os povos originários adotavam uma disciplina própria do uso da terra que impedia, justamente, a sua apropriação privada individual, submetendo-a a um outro enquadramento, a um outro regime jurídico, fundado em uma outra concepção de direito (NICHOLS, 2019).

A falta da tematização desta violência, que só foi juridicamente reconhecida e propriamente traduzida para os termos do direito ocidental – com a ampla participação de lideranças indígenas - com a Constituição de 1988, texto legal que elevou ao nível constitucional as práticas indígenas e quilombolas de uso da terra, evidenciam o potencial etnocêntrico da separação não reflexiva e naturalização do sentido dos conceitos de sua gênese social.

Processo análogo correu no assim chamado "novo constitucionalismo latino-americano" que transformou em lei concepções de propriedade e a visão da relação entre terra e seres humanos praticadas pelos povos originários (AVRITZER et ali, 2017; WOLKMER et ali, 2017).

2. Para uma filosofia sensível

Franz Neumann afirmou que pretendia praticar uma Ciência do Direito que fosse, ao mesmo tempo, ciência dos fatos e ciência das normas (NEUMANN, 2013a: 49). Afinal, uma ciência que se preocupe apenas com as normas (jurídicas e morais, pouco importa) abre espaço para a ilusão normativista, potencialmente terrorista e etnocêntrica, de que os valores existem ou possam ser pensados para além de qualquer contexto.

De outro lado, uma ciência jurídica radicalmente realista, composta de meros fatos padeceria da ilusão de um positivismo ingênuo que exclui do campo da reflexão rigorosa, relegando ao subjetivismo político qualquer projeto de transformação social racional, inclusive projetos nascidos da deliberação democrática entre cidadãos. Na linguagem de Neumann, este modo de pensar transforma o poder político em dado ontológico, um fato natural e as teorias políticas em meros instrumentos, técnicas de

manipulação, avaliadas em sua eficácia ou não de conquistar e manter o poder (NEUMANN, 2013b, p. 107-108).

A direito e democracia, deste ponto de vista, passam a ser vistos apenas como técnicas de manipulação. Mas Neumann não admite que a mera manipulação esgote empiricamente o estudo do poder. Há quem dispute o poder com o objetivo de representar os interesses das pessoas e buscar soluções universais. Não há apenas manipuladores atuando no campo político e uma boa descrição empírica da política deve incluir este outro modo de pensar, praticado tanto por cidadãos comuns quanto por agentes políticos:

> Mas essas concepções repelem o homem comum. Por distinguir a promoção de uma ideia da propaganda para a venda de um sabão, o homem comum se recusa a aceitar o ponto de vista de que a legitimação do poder político é uma questão de preferência individual. Como homem político, ele sente profundamente que sua preferência deve ser parte de um sistema de valores universalmente válido, um sistema de direito natural ou de justiça, de interesse nacional ou mesmo de humanidade. (NEUMANN, 2013b: 109)

Este efeito naturalizante de uma suposta descrição objetiva, sociologicamente insensível da realidade, também está presente no positivismo jurídico na formulação original de Hart e Kelsen, que vem sendo evidenciada e criticada por diversos autores (WARAT,1983; PAULSON, 1992; TAMANAHA, 2001, 2017; GALLIGAN, 2007). Hart, por exemplo, pretendia ter identificado "o" conceito de direito e não "uma" teoria a respeito de "um" conceito de direito, o conceito ocidental – contribui para transformar a atividade intelectual na mera reafirmação do que supostamente existe, deixando de levar em conta os conflitos e deslocamentos da interpretação de uma suposta "realidade do direito" identificável de um ponto de vista arquimediano.

Ainda que Hart afirme expressamente que pretende levar até o fim o objetivo de descrever o direito, Tamanaha e Galligan mostraram como tal pretensão fracassa, especialmente quando o autor aborda o direito internacional e o direito de povos não ocidentais (TAMANAHA, 2001, 2017; GALLIGAN, 2007).

Importante deixar claro que nada do que afirmamos aqui pretende negar a importância de se buscar uma descrição objetiva do direito ou de qualquer outro fenômeno. A discussão que se propõe refere-se à uma ideia de objetividade e qualquer conceito de direito que se considere universal e imune à disputa política democrática.

O efeito naturalizante de uma descrição supostamente objetiva e universal do direito fica claro quando se procura construir um conceito "objetivo" de direito que leve em conta apenas a experiência ocidental, que abstraia as lutas pelo sentido do direito, sociais e acadêmicas, lutas que também incluem disputas sobre qual deve ser a melhor

descrição do direito, especialmente em países que abrigam povos originários que agem movidos por outras concepções de legalidade.

O potencial violento deste modo pensar pode ficar mais claro com a seguinte analogia. Em sua monumental *Gramática Pedagógica do Português Brasileiro*, Marcos Bagno (BAGNO, 2012) nos ensina, com simplicidade, que a gramática tradicional é a formalização em forma de regras da experiencia de um grupo social muito restrito de falantes do português e escritores. Ao construir uma gramática incluindo a experiência de mais pessoas, as regras gramaticais resultantes dessa nova formalização, que evidentemente poderá ser questionada e disputada em novos estudos científicos, são muito diferentes (há um raciocínio semelhante a esse em POSSENDI, 1996).

Ora, todos sabemos que as regras gramaticais servem para corrigir erros e dizer quem fala e escreve certo ou errado. Analogamente, as regras da gramática jurídica servem para se dizer os povos que possuem ou não possuem um "direito", o que induz a raciocínios hierarquizantes, explícitos em Hart quanto fala de povos não ocidentais e do direito internacional (GALLIGAN, 2007).

Em seu livro *A Realistic Theory of Law*, Brian Z. Tamanaha (TAMANAHA, 2017) propõe que recuperemos uma terceira via de reflexão a respeito do direito que ele chama de *teoria social do direito* com alternativa ao jusnaturalismo e ao positivismo jurídico. Para esta maneira de pensar, que tem como origem a escola histórica do direito, o direito deve ser considerado um fenômeno histórico. Ele pode e deve ser objeto de uma análise conceitual, mas sua definição e racionalidade devem se transformar conforme o contexto e o momento histórico.

Em uma obra anterior, o brilhante *Beyond the Formalist-Realist Divide* (TAMANAHA, 2009), Tamanaha demonstrou que a visão corrente a respeito do debate entre realismo e formalismo nos EUA é equivocada e deve ser superada. Os autores clássicos estadunidenses, tanto os realistas quanto os formalistas, praticavam análises conceituais e, ao mesmo tempo, eram sensíveis à história. Tal constatação leva Tamanaha a propor que estas duas escolas devem ser transformadas em momentos de um mesmo modelo de análise jurídica, cuja tarefa é construir e reconstruir seus conceitos em função do contexto e da história.

Este modo de ver o direito, até onde posso compreender, tem grande semelhança com a escola do "novo realismo jurídico" proposta por autores ligados ao campo do Law & Society como Victoria Nourse e Gregory Shaffer:

> Este novo realismo jurídico ressalta a importância das instituições não como essências, mas como influências mediadoras, e busca explicar a variação das manifestações do direito pelo estudo e teorização de tais forças mediadoras. Este novo realismo jurídico enfatiza a importância do engajamento empírico, incluindo as análises emergentes de baixo para cima que destacamos, mas não aceita que a ciência social seja sempre imparcial.

> Toda ciência social é parcial e não pode deixar de ser assim; esse é o dilema da ciência social. Um novo realismo, no entanto, adota o estudo empírico porque (novamente) não há escolha se quisermos tomar decisões mais informadas. (NOURSE & SCHAFFER, 2009, p. 137)

Em todos estes casos, inclusive o de Franz Neumann, trata-se de situar a experiência jurídica e trabalhar os conceitos em função desta experiência, sem universalizar as análises para além dos limites do material analisado. No caso de Neumann, trata-se também de mostrar que um pensamento conceitual sensível tem potencial democrático ao ser capaz de incluir novas demandas sociais, novas experiencias humanas.

Tal modo de pensar não anula a pretensões de construir uma teoria do direito de alcance universal, uma teoria que pretenda construir conceitos válidos para o mundo inteiro. Mas exige que projetos desta natureza prestem contas o tempo todo à sua base sociológica, ou seja, que se apresentem como situados, sem deixar nas entrelinhas o seu alcance explicativo.

Nesse sentido, é interessante notar que em sua já clássica exposição da tradição analítica, Brian Bix afirme que "Não fica claro porque Hart não pôde simplesmente responder a esse desafio [*Nota Minha*: o desafio das críticas de Simon Roberts a respeito da validade de sua análise para outras comunidades, especialmente indígenas] dizendo que, para seus propósitos, ele optou por uma análise que dizia respeito apenas a sociedades ocidentais" (BIX, 2020, p. 47).

Falando da perspectiva do Sul, pode-se dizer, de fato, que tal coisa não fica nada clara, ao menos não antes das críticas explícitas de autores como Brian Z. Tamanaha e Denis Galligan (GALLIGAN, 2006). A tradição do pluralismo jurídico parece ser aquela que, de fato, se apresenta como situada e abre espaço para um diálogo igualitário com o pensamento jurídico praticado a partir de outras experiencias sociais.

Em suma, uma análise sociologicamente sensível do direito preocupada com a democracia, além de situar sua análise conceitual, estará também preocupada com o exercício da imaginação institucional. Afinal, é papel de normatividades democráticas reconhecer e lidar com as mais variadas demandas sociais construindo, se necessário, novos conceitos e desenhos institucionais.

Nesse sentido, ao contrário da tradição do pensamento jurídico brasileiro, até hoje muito influenciada pela tradição civilística europeia e, até onde posso compreender, ao contrário da tradição analítica, cada vez mais influente no Brasil, a reflexão jurídica também deve adotar a perspectiva do "vir a ser", para usar a expressão de Robert Cover, ou seja, ela também pode se propor a inventar o direito necessário para manter a aprofundar a democracia.

Um dos grandes desafios do pensamento jurídico brasileiro, diga-se, ainda é deixar de lado seu olhar tradicionalmente voltado para o passado, ou seja, o procedimento dogmático clássico de lidar com novos conflitos reinterpretando categorias antigas,

tomadas como dogmas inquestionáveis, para adotar uma perspectiva criativa, voltada para o futuro (FERRAZ JR., 2014).

Tal perspectiva não deve estar apenas preocupada com os objetivos que a sociedade pretender realizar por intermédio do direito, mas também seu caráter democrático, que exige a inclusão da experiencia de todas as formas de vida presentes e que ainda irão surgir as quais devem ser formalizadas em novas categorias jurídicas e arranjos institucionais. Em nome da democracia, trata-se de evitar, mesmo no nível da análise conceitual a mais abstrata, um *formalismo autárquico* que naturalize categorias e raciocínios jurídicos, tornando-os imunes aos conflitos sociais.

Nesse sentido, a tarefa central de um estado e de uma teoria democrática do direito é garantir que todas as pessoas sejam de fato consideradas iguais perante a lei o que exige uma constante transformação das instituições. Como diz Luís Robert Warat, em um texto tardio, "Por que não aceitar que também a dogmática pode indagar, descobrir, criar?" (WARAT, 1997). Por que não pesquisa e ensinar o direito como uma tarefa eminentemente criativa, fazendo com que o trabalho conceitual continuamente seja sensível a cada situação e caso concreto?

Este objetivo não elimina necessariamente o caráter coercitivo ou mesmo violento do Direito que nem sempre será capaz de abarcar todas as demandas e experiencias jurídicas sob a égide dos mesmos conceitos e instituições. No entanto, e aqui reside o núcleo normativo, filosófico, de toda teoria do direito comprometida com uma democracia multinormativa, não parece razoável deixar de lado ou permanecer moralmente indiferente ao objetivo de tornar o Direito cada vez menos violento, ou seja, progressivamente mais inclusivo e, portanto, no sentido de Franz L. Neumann, cada vez mais racional (RODRIGUEZ, 2019).

Considerações finais

Os efeitos políticos potencialmente violentos da ilusão objetivista (e normativista) mostraram-se com toda a com clareza após o momento mais radical da Revolução Francesa, época em que foram restauradas uma série de instituições antigas, não apenas em razão da derrota dos revolucionários do terror, mas também pelos limites impostos à imaginação institucional pelas práticas sociais. No que diz respeito ao direito, nem o Código Civil francês escapou da necessidade de aproveitar materiais jurídicos da tradição, promovendo um rearranjo de materiais romanos, canônicos e medievais (ANDRADE, 1997: 72, 84; DELGADO, 2012: 136-203; CABRILLAC, 2002; OPHÈLE & REMY, 2005).

Os axiomas fundamentais que deveriam fundar a construção da estrutura dos Códigos, nas versões mais radicais deste modo de pensar o direito, tinham a pretensão de expressar verdades auto-evidentes a respeito da natureza humana das quais se po-

deria derivar soluções para qualquer problema social por mera dedução lógico-formal (BERMEJO, 2006, p. 29-98). Nesse sentido, eles seriam a expressão de um "direito natural racional" estático. No entanto, criação dos Códigos, de fato, abandonou a ideia de construir um sistema jurídico a partir do zero e passou pela ressignificação e reordenação dos materiais jurídicos antigos, vigentes em cada um desses países.

Sobre este ponto, qual seja, a transformação institucional radical por meio da reinterpretação e reordenação de materiais da tradição jurídica, o trabalho de Karl Renner, *Instituições de Direito Privado*, ainda é fundamental. Renner mostrou que, mesmo antes da codificação austríaca e alemã, mudanças institucionais profundas foram implementadas paulatinamente por meio da política jurídica. O conceito jurídico burguês de propriedade privada foi sendo construído paulatinamente com a ressignificação e rearticulação dos materiais jurídicos da tradição romana e medieval (RENNER, 1981).

Muito recentemente, diga-se, partindo de uma afirmação inusitada de Gilles Deleuze em uma entrevista, "a jurisprudência é a verdadeira filosofia", uma série de teóricos tem aproximado o modelo teórico de Deleuze do padrão de transformação institucional descentralizado e incremental que caracteriza a prática jurídica ocidental (LEFEBVRE, 2008), no que parece ser mais uma tentativa se solucionar a tensão entre luta por direitos, utopias radicais e utopias institucionais.

Algo semelhante pode ser dito em relação a visões do direito fundadas no pensamento de Jacques Derrida que também propõe uma visão conflitiva, descentralizada e incremental das disputas pelo sentido (ROSENFELD, 1990). Por exemplo, veja-se a ideia de "iteração democrática" proposta por Seyla Benhabib, que oferece uma boa solução para a tensão entre política jurídica e lutas por enquadramento (BENHABIB, 2006).

Não é por acaso que o pensamento de Derrida também inspirou teorias pós-coloniais como a de Gayatri Chakravorty Spivak, que propõe disputas e reinterpretações para descolonizar termos legados pela herança ocidental (SPIVAK, 1999; sobre a importância do conceito de "herança", v. BENNINGTON, 2004), caminho que também foi seguido, a partir de outra matriz conceitual, pelo já clássico *Provincializing Europe* de Dipesh Chakrabarty (CHAKRABARTY, 2009).

A reflexão contemporânea sobre a assim chamada "path-dependence" estudada no direito pelos juristas no campo denominado "Direito e Desenvolvimento", contribui para esta discussão com uma série de evidências empíricas. O precursor desta ideia – muitas vezes atribuída equivocadamente apenas ao trabalho de Douglas North - Albert O. Hirschmann já mostrava, em seu livro de 1958, *A Estratégia do Desenvolvimento Econômico* a respeito de sua experiência com projetos de desenvolvimento na América Latina, que toda tentativa de transformação de um ambiente institucional

que pretenda partir do zero gera mais desarticulação do que desenvolvimento econômico (HIRCHMANN, 1961).

Isso porque reformas a partir do zero desorganizam o que já existia e raramente conseguem instaurar, em um só golpe, uma nova racionalidade institucional. Para conseguir implementar algo assim seria necessária uma transformação cultural rápida e radical de todos os cidadãos e cidadãs, algo que é altamente improvável. Tentativas de transformação com tais características privam as pessoas das categorias mentais e das práticas institucionais com as quais elas figuravam sua existência, sem que elas sejam substituídas, imediatamente, por categorias e práticas novas.

No mesmo sentido, Franz Neumann, em resenha a respeito dos livros de juristas oficiais do regime soviético, argumentou que o assim chamado "direito revolucionário" das Revolução Russa seguia utilizando todas as categorias jurídicas burguesas, sendo incapaz de inventar um "direito novo" a partir do zero (NEUMANN, 1949).

Tudo o que dissemos até aqui não sugere que mudanças institucionais radicais sejam impossíveis. Mas sim que é improvável que elas ocorram de forma rápida, localizada no tempo e mediante a destruição total das instituições. Mesmo que seja utilizada violência contra uma institucionalidade que, de fato, esteja coberta de sangue.

Assim, parece razoável dizer que o derramamento de sangue ou será desnecessário ou se mostrará pouco produtivo por ser incapaz de destruir completamente a racionalidade institucional vigente. Por isso mesmo, sustento que projetos de transformação radical não precisam e muito provavelmente não devam se orgulhar ou considerar inevitável ter cheiro e gosto de sangue.

Tudo o que foi dito aqui, diga-se, evidencia a dimensão assustadora da violência praticada contra os povos originários brasileiros, um processo genocida que incluiu e ainda inclui - pois o extermínio segue em curso - a desaparição de centenas de línguas, um fenômeno que me parece ainda mais radical do que a destruição de uma determinada racionalidade institucional. No limite, portanto, toda luta por uma utopia radical pode evoluir para um projeto terrorista e genocida.

Daí os riscos de propor visões abstratas de uma transformação social radical sem levar em conta as mediações da luta por direitos. Visões assim, desde que não se tornem projetos políticos efetivos, podem ser úteis para estimular os agentes sociais a transformarem os seus conceitos e práticas com a finalidade de construir uma utopia institucional futura. Mas considero que propostas assim devem ser reprimidas e desencorajadas se partirem do pressuposto de que a racionalidade institucional vigente deve ser totalmente descartada.

Referências

ANDRADE, Fábio Siebeneicher. *Da Codificação: Crônica de um Conceito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

AVRITZER, Leonardo; GOMES, Lilian Cristina Bernado; MARONA, Marjorie Corrêa; DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho (orgs). *O Constitucionalismo Democrático Latino-Americano em Debate*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

ACOSTA, Alberto. *O Bem Viver: Uma oportunidade para imaginar novos mundos*. São Paulo: Autonomia Literária/Elefante, 2016.

BAGNO, Marcos. *Gramática Pedagógica do Português Brasileiro*. São Paulo: Parábola Editorial, 2012.

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

BENHABIB, Seyla. *Another Cosmopolitanism*. Oxford: Oxford University Press, 2006

BENNINGTON, Geoffrey. Desconstrução e Ética, In: DUQUE-ESTRADA, Paulo Cesar. *Desconstrução e Ética. Ecos de Jacques Derrida*. Rio de Janeiro: PUC-RIO-Loyola, 2004, pp. 9-32.

BERMEJO, J. M. Pérez. *Coherencia y Sistema Jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

BURKE. Edmund. *Reflexões sobre a Revolução na França*. Campinas: Vide, 2017.

BUTLER, Judith. *Quadros de Guerra: Quando a vida é passível de luto?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

BUTLER, Judith. O parentesco é sempre tido como heterossexual?, *Cadernos Pagu*, n. 21, volume único, pp. 219-260, 2003.

CABRILLAC, Rémy. *Les Codifications*. Paris: Puf, 2002.

CHAKRABARTY, Dipesh. *Provincializing Europe: Postcolonial Thought and Historical Difference*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 97, n. 1, p.4-68, 1983.

DARTON, Robert. *O Beijo de Lamourette*. São Paulo: Cia das Letras, 1990.

DELGADO, Mário Luiz. *Codificação, Descodificação, Recodificação do Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

DERRIDA, Jacques. *A Religião*. São Paulo: Estação Liberdade, 2018.

FRIEDMANN, Lawrence M; BELLEY, Jean-Guy. Jurisdicização, in: *Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 437-440, 1999.

GALLIGAN, D. J. *Law in Modern Society*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HEGEL, G. W. F. *Fenomenologia do Espírito*. Rio de Janeiro: Vozes: 2014.

HIRSCHMAN, Albert O. *Estratégia do desenvolvimento econômico*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito: Introdução à Problemática Jurídico-Científica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021.

KIRCHHEIMER, Otto. *Political Justice: The Use of Legal Procedure for Political Ends*. Princeton, N. J.: Princeton University Press, 1961.

KASHINDI, Joao Bosco Kakosi. Ubuntu como crítica descolonial aos Direitos Humanos: uma visão cruzada contra o racismo, *Ensaios Filosóficos*, v. XIX, pp. 8-21, 2019.

LEFEBVRE, A. *The image of law*: Deleuze, Bergson, Spinoza. Stanford: Stanford University Press, 2008.

MALOMALO, Basilele. *Filosofia do Ubuntu: valores civilizatórios das ações afirmativas para o desenvolvimento*. Curitiba: CRV, 2020.

METZ, Thaddeus. Ubuntu como uma teoria moral e os direitos humanos na África do Sul, *Revista Culturas Jurídicas*, v. 3, n. 5, pp. 1-33, 2016.

NEUMANN, Franz L. *O Império do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2013a.

NEUMANN, Franz L. O Conceito de Liberdade Política. *Cadernos De Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade*, v. 22, pp. 107-154. 2013b.

NEUMANN, Franz L. Review of *The Law of the Soviet State* by Andrei Y. Vyshinsky. *Political Science Quarterly*, v. 64, n. 1, pp. 127-131, 1949.

NICHOLS, Robert. *Theft is Property! Dispossession and Critical Theory*. Durham: Duke University Press, 2019.

NOURSE, Victoria Nourse; SHAFFER, Gregory. "Varieties of New Legal Realism: Can a New World Order Prompt a New Legal Theory?", *Cornell Law Review*, vol. 95, n.61, 2009.

OAKESHOTT, Michael. *A Política da Fé e a Política do Ceticismo*. São Paulo: É Realizações, 2018.

OPHÈLE, Claude; REMY, Philippe (orgs.). *Traditions Savantes et Codification*. Paris: LGDJ, 2005.

PAULSON, Stanley L. The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 12, n. 3., pp. 311-332, 1992.

POSSENDI, Sírio. *Porque (não) ensinar gramática na esc*ola. Campinas: Mercado das Letras, 1996.

RENNER, Karl. *Gli Instituti del Diritto Privato e la loro Funzione Giuridica*. Bolonha: Il Mulino, 1981.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas: Democracia, Diversidade, Multinormatividad*e. São Paulo: Liberars, 2020.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Teoria, Sociologia e Dogmática Jurídicas: Em busca de convergências. In: STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado: n. 16*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 99-108, 2017.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. "Utopias" institucionais antidiscriminação. As ambiguidades do direito e da política no debate feminista brasileiro. *Cadernos Pagu*. n.45, volume único, pp.297-329, 2015.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Fuga do Direito: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROSENFELD, Michel. Deconstruction and legal interpretation: conflict, indetermination and the temptations of the new legal formalism, *Cardoso Law Review, v. 14, n. 5-6*, pp. 1211, 1267, 1990.

SAINT-JUST. Louis Antoine Léon. *O espírito da revolução e da constituição na França*. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1989.

SCHWARZ, Roberto. *As Ideias Fora do Lugar*. São Paulo: Cia das Letras, 2014.

GREGORY, "New Legal Realism's Rejoinder", *Leiden Journal of International Law*, vol. 28, n. 3, pp. 479 – 486, September 2015.

SILVA, Simone Schuck. *Fora da Norma? A construção do "direito à identidade" de pessoas trans e travestis*. Curitiba: Appris, 2021.

SODRÉ, Muniz. *Pensar Nagô*. Rio de Janeiro: Vozes, 2017.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. *A Critique of Postcolonial Reason: Toward a History of the Vanishing Present*. Cambridge MA: Harvard University Press, 1999.

TAMANAHA, Brian Z. *A Realistic Theory of Law*. Cambridge MA: Cambridge University Press, 2017.

TAMANAHA, Brian Z. *Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

TAMANAHA, Brian Z. *Law as Means to an End: Threat to the Rule of Law*. Cambridge MA: Cambridge University Press, 2006.

TAMANAHA, Brian Z. *A General Jurisprudence of Law and Society*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

THOMPSON, E. P. *As Peculiaridades dos Ingleses e Outros Artigos*. Campinas: Unicamp, 2012.

WARAT, Luis Alberto. *A Pureza do Poder*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983.

WOLKMER, Antonio Carlos; OLIVEIRA, Frederico Antonio Lima de; BACELAR, Jeferson Antonio Fernandes (orgs). *Direito à Diferença e Constitucionalismo Latino-Americano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

Capítulo 11

REVIS(IT)ANDO O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO:

O projeto constituinte em comum acordo

Lenio Luiz Streck

REVIS(IT)ANDO O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: O projeto constituinte em comum acordo

Lenio Luiz Streck[1]

À guisa de considerações iniciais: um convite para dois projetos

Dia desses em aula que ministrei para alunos do Doutorado em Direito da Unesa, no Rio de Janeiro, um dos orientandos de minha equipe do *Dasein* que participava da aula mencionou a importância de uma revisão da história constitucional do pós-1988. Muita coisa parece ter ficado pelo (recente) caminho da "geração que fez acontecer o movimento epistêmico do projeto constituinte", segundo ele. De certo modo, tive que concordar.

Explico melhor, ainda com os argumentos dele: nos parece – e isso é perfeitamente natural, dado o contexto do período – que o movimento dos teóricos do pós-88 se deu de forma bastante difusa e pouco coesa. Falo aqui de projetos como o Movimento do Direito Alternativo (MDA), da Doutrina da Efetividade, da "revolução linguística" promovida por Luis Alberto Warat desde sua vinda ao Brasil, especialmente no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC, que muito influenciou meu próprio desenvolvimento teórico, a Crítica Hermenêutica do Direito, entre tantos outros.

Desde então, muito se perdeu nessa recente história. Primeiro, porque a história recente é mesmo muitas vezes negligenciada, pois se encontra em posição desprivilegiada do olhar frio e distante que muitas vezes a historiografia convencional prefere. Segundo, porque os atores dessa quadra, apesar de terem apresen-

---

1 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) com pós-doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Professor titular da Universidade do Vale do Rio Sinos (UNISINOS/RS) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ). Membro catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Coordenador do *Dasein* – Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Advogado. Ex-Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

tado à época um senso cívico e político de construção de um projeto democrático de construção do novo,[2] tiveram seus (naturais) desacordos ao longo da incipiente história democrática brasileira do pós-88. O protagonismo de todos esses atores – entre os quais me incluo, evidentemente – de forma alguma deve(ria) impedir a sua união, não só para revis(it)ar essa história teórico-constitucional recente, mas também para fazer coro ao ecos democráticos tão necessários nos sombrios momentos atuais.

Nunca se fez tão necessário conhecer o evento constituinte e o projeto democrático, que também se deram na academia jurídica. Conhecer o "novo representado pela Constituição", no entanto, nos faz lembrar amargamente que o projeto da Constituição, do qual discutíamos há mais de trinta anos, ainda é um projeto inacabado, objeto de lutas diárias, onde o fator *stoic mujic* é condição de possibilidade para todos os juristas que defendem a Carta Magna.

Por isso, neste singelo capítulo, convido todos a revolver o chão linguístico e histórico dos movimentos que formaram a academia jurídica em favor do projeto constituinte para fazermos uma reflexão do que ficou como *projeto comum*. "Botar os pingos nos 'is'" me parece importante em contextos difíceis de erosão democrática (contexto político-institucional) e persistência do paradigma positivista (contexto epistêmico-jurídico) em favor daquilo que decidi chamar de Constitucionalismo Contemporâneo.[3]

Talvez depois de levar em consideração os chamados deste texto, o leitor poderá compreender o que seria esse *comum acordo* em favor do projeto que aqui encontra uma conotação dupla: a primeira, a de revis(it)ar a história da linguagem pública que foi trabalhada nesse contexto do pós-88; e a segunda, a de analisar as possibilidades de um projeto constituinte *em comum acordo* com todos que levam o Constitucionalismo Contemporâneo a sério.

---

2 Nesse sentido, *cf*. meu *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, em especial o posfácio da última edição, onde trabalho conceitos como a "surgência constitucionalizante" e o "evento constituinte como representante do estranho (do novo)". Ver STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise:* Uma exploração hermenêutica da construção do Direito.11 ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

3 Para evitar mal-entendidos em relação ao rótulo confuso de "neoconstitucionalista", decidi me filiar a um rótulo de mais fácil definição, que é o Constitucionalismo Contemporâneo (com letras maiúsculas). Assim, defino-o como movimento em favor de um constitucionalismo social pós-bélico, onde a normatividade constitucional esteja em grau paritário de importância com o controle do poder arbitrário do Estado, aqui representado pela força repressiva do judiciário. Uma defesa da concretização de direitos fundamentais, assim, não poderia ser feita de maneira *ad hoc*, como acabou-se por praticar o STF em "momentos neoconstitucionais", mas sim feita a partir de um redimensionamento da normatividade constitucional a partir de uma concretização integral, impedindo decisões solipsistas por parte dos intérpretes da Constituição.

1. A persistência do paradigma positivista: do problemático neoconstitucionalismo ao Constitucionalismo Contemporâneo

Como já demonstrei em *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, boa parte do movimento pós-88 veio a ser um embate entre duas forças: a afirmação de uma normatividade em defesa da concretização de direitos fundamentais da Constituição, e uma segunda força que veio representar o *status quo* pré-88, por meio de uma série difusa de atores públicos e privados que vieram para defender o que Luis Alberto Warat chamou de *senso comum teórico dos juristas*.

Nesse sentido, os juristas tradicionalistas utilizaram – e ainda utilizam – o senso comum para impedir uma constitucionalização integral. Talvez esse tenha sido o ponto nodal de meu desenvolvimento teórico, que culminou no meu interesse pessoal pela decisão jurídica, algo que Mario Losano já dizia ser o elemento central da controvérsia dentro do constitucionalismo, especialmente quando temos em vista que o direito constitucional é o mais político de todos os direitos.[4]

Por isso desenvolvi esse epíteto "levar a Constituição a sério", parafraseando Dworkin, seria "constituir-a-ação".[5] Despiciendo dizer que essa geração na qual me incluo ao lado do homenageado, vinculada à teoria do direito, participava do primeiro grupo mencionado no parágrafo acima.

Esse espírito de concretização passou-se a dar, contudo, em diferentes frentes. Por muito tempo denunciei o problema da importação acrítica de teorias estrangeiras para o Brasil, um fenômeno chamado por muitos de *neoconstitucionalismo*: a ponderação de valores alexyana, a jurisprudência dos valores e dos interesses alemã, o realismo norte-americano (este trazido de forma que apelidei de "retrô", pela argumentação próxima do que se falava sobre o judiciário no século XIX nos EUA) e também o próprio ativismo judicial, tão comentado — especialmente por políticos, nos dias de hoje —, mas por poucos compreendido, de forma a possibilitar uma diferenciação necessária do seu oposto, a judicialização, essa sim perfeitamente comum em democracias funcionais.

A questão é que muitos dos autores filiados ao suposto *neoconstitucionalismo* estavam sim comprometidos com a normatividade constitucional e com a concretização dos direitos fundamentais. Mas o problema passou a se dar quando esta concretização — que nas décadas de 80 e 90 era um comum acordo — se tornou infelizmente uma concretização *ad hoc*. Já nos idos dos anos 2000, ficaram claros alguns desacordos entre os professores que ajudaram a formar a teoria do direito pós-88. Talvez o maior deles tenha sido o direito penal, a partir de um discurso

---

4 LOSANO, Mario G. *Os Grandes Sistemas Jurídicos*: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra europeus. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

5 STRECK, *cit*., 2014.

punitivista e inquisitório que, infelizmente, acabou por ser absorvido por inúmeros constitucionalistas sob a sombra retórica do combate à impunidade.

O problema que sempre fiz questão de ressaltar, ainda mais em tempos difíceis de *neoconstitucionalismo à brasileira*, é o paradigma positivista. Vivemos numa época, isto desde as últimas duas ou até três décadas, onde ser positivista é impopular: "pega mal". O rótulo de positivista, assim como todo o complexo fenômeno do positivismo jurídico, foi muito mal compreendido em *terrae brasilis*, criando-se um verdadeiro espantalho hermenêutico, onde cumprir-se a literalidade da lei virou sinônimo de ser positivista. O mito do juiz-boca-da-lei, denunciado por mim há pelo menos dez anos, ainda rende frutos e aplausos em congressos e palestras de professores de cursinhos ou cursos de Direito Brasil afora.[6]

Temos aqui um problema: a parca recepção do positivismo. Grande parte da dogmática jurídica sofre de uma condição de anemia de sentido ao descrever o que significa o positivismo jurídico. Muitos se auto intitulam como não positivistas, ou até pós-positivistas — com todos os problemas que esse prefixo "pós" tem —, mas em verdade não reconhecem que estão inseridos dentro de um *paradigma positivista*, onde a única coisa que fizeram foi transferir o direito formalista e a subsunção do modelo exegeta clássico, para um positivismo pós-exegético presente já em Kelsen, Hart e todos os outros positivistas contemporâneos.[7]

A discussão, portanto, é confortável para alguns, pois gira em torno da discricionariedade judicial. Para muitos juristas é realmente confortável aparecer no "baile democrático" com uma máscara de pós-positivista, mas ao retirar a máscara percebe-se a *permanência do paradigma positivista*: fica a decisão como ato de vontade kelseniana, ou mesmo o limite da lei hartiano e sua textura aberta como subterfúgios da discricionariedade, e os juristas podem seguir livres dizendo-se não positivistas, enquanto realizam suas glosas jurisprudencialistas, quando não são eles os próprios magistrados que desejam "dizer o que o direito realmente é (ou será)".[8]

---

6 Para uma análise mais pormenorizada do fenômeno positivista, ver o verbete "Positivismo Jurídico" em meu "Dicionário de Hermenêutica" (STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes de Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito; Letramento, 2020. p. 263-327); e sobre a falácia de se respeitar a literalidade da lei seria um ato positivista, ver meu artigo "Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?" (STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? *Revista NEJ - Eletrônica*, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan-abr 2010).

7 Não podemos deixar de lembrar a longa tradição positivista pós-Hart, entre elas a teoria positivista exclusiva, mais conhecida pelo eminente e recém falecido jusfilósofo Joseph Raz. O parco conhecimento e estudo de suas teorias no Brasil, e a pouca repercussão de sua morte em *terrae brasilis* demonstra o quão pouco sua obra é conhecida e estudada neste país. *Cf.* STRECK, *cit*., 2020.

8 Rubens Glezer argumenta em artigo que há em Barroso um positivismo inconsciente. *Cf.* GLEZER, Rubens. O voto sem razão (jurídica). *In*. VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. *A razão e o voto*: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. p. 140-166.

Por isso assumi como de suma importância reconhecer os problemas do *neoconstitucionalismo* e as condições patológicas que o mesmo estava introduzindo em nosso direito e jurisdição constitucionais. Notem: não pretendo realizar o ato sofista de *cherry picking*, que é escolher fragmentos de fatos descontextualizados em favor de um argumento maior, sem qualquer engajamento em sua causalidade. Defendo de fato que tanto o punitivismo que pode ser notado em parte expressiva dos juristas que formaram o pensamento teórico do pós-88, quanto a ascensão do *neoconstitucionalismo* são sintomas – e não a causa – de algo maior: a persistência do paradigma positivista no direito.

Não à toa decidi já faz alguns anos me diferenciar do rótulo de neoconstitucionalista que alguns colegas insistiam em me atribuir, para me afirmar como um defensor do Constitucionalismo Contemporâneo.[9] No artigo citado, defendi que essa corrente viria para quebrar com as noções ultrapassadas do *neoconstitucionalismo* e defender o verdadeiro constitucionalismo social, compromissório e dirigente, oposto a voluntarismos e solipsismos judiciais. O Constitucionalismo Contemporâneo, portanto, se configuraria por uma defesa da teoria da constituição dirigente, do primeiro Canotilho, por exemplo, uma defesa a revelia do próprio Canotilho, em um segundo momento de sua obra.[10]

Alguns podem nos chamar de jurássicos – e podemos ser mesmo..., mas a verdade é que a discricionariedade judicial é tema de ponta na teoria do direito no mundo todo. Apenas aqui no Brasil a questão fica à revelia como assunto da "teoria do direito e da hermenêutica", quando querem tratar do tema pejorativamente. Em tempo: o debate e a politização de temas envolvendo decisões do Supremo Tribunal Federal acenderam uma luz amarela sobre a questão mais cara em uma república: o regime democrático.

Ao deixarmos de debater sobre a decisão judicial, observamos que por muito tempo deixamos calmamente a água da enchente transbordar e destruir tudo, e só então percebemos que de há muito já se chovia na serra, ainda que não nos déssemos conta, para utilizar os versos de Eraclio Zepeda.

Não precisávamos chegar a esse ponto para começarmos a levar a decisão judicial a sério. Mas, como otimista que sou, acredito que o Supremo vem dando

---

9 Remeto o leitor que se interesse por uma análise mais sistemática da corrente ao meu artigo "O que é isto – o Constitucionalismo Contemporâneo?" (STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – o Constitucionalismo Contemporâneo? *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, v. 1, n. 02, p. 27-41, out. 2014).

10 Essa provocação foi trabalhada por mim em minúcias em STRECK, Lenio Luiz. Uma abordagem hermenêutica acerca do triângulo dialético de Canotilho ou de como ainda é válida a tese da Constituição dirigente (adequada a países de modernidade tardia). *In:* LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 50-78.

algumas "voltas por cima", demonstrando a suma importância da corte para a defesa da democracia e da vida, e depurando muitas críticas injustas sofridas nas últimas décadas, muitas delas vindas de críticos que por vezes se recusaram a compreender a importância do debate sobre a decisão judicial, esse sim vilipendiado.

Por vezes, pareceu claro que era mais fácil simplesmente criticar o STF (à esquerda e à direita) do que fazer teoria do direito e reconhecer que a decisão judicial é condição de possibilidade em uma democracia. Falemos um pouco, então, sobre como o Supremo ajudou nos últimos anos a fazer o novo representado pela Constituição triunfar, defendendo as instituições democráticas nestes tempos difíceis.

2. Dois momentos em que o Supremo Tribunal Federal salvou o comum acordo em favor da democracia: a defesa das instituições

Como já mencionei, sou um otimista metódico. Acredito em verdades jurídicas e não poderia ser diferente sendo eu um hermeneuta. Por isso, digo que o papel da *doutrina que ainda doutrina* — isto é, a doutrina que não faz mera glosa jurisprudencialista — é analisar criticamente a norma e as decisões judiciais, mas também observar os acertos do legislador e do judiciário. Desse modo, pretendo nesta parte do texto apresentar um comentário sobre como algumas decisões de nossa Corte Suprema ajudaram a reafirmar sua importância como guardiã da Constituição e criaram um espaço de tradição autêntica, ato que se espera de um tribunal constitucional comprometido com a democracia.

Há algum tempo o Brasil vem passando por constantes desafios – e aqui utilizo o desafio como eufemismo de ameaça – constitucionais. Os desafios são constantes e nos amedrontam. Recentemente comentei sobre como as instituições represent(ria)m o quarto do pânico da democracia.[11]

O texto em questão não espelha meu otimismo, e quero deixar claro que não há muito espaço para ser otimista nos tempos bicudos atuais. Meu plano não é poliano. Sendo o direito constitucional o "mais político de todos os ramos jurídicos", como quer Mario Losano, percebe-se que o primeiro ramo jurídico a ruir em um ataque à democracia é justamente seu documento fundante – a Constituição. E muito se tem feito para derrubá-la, alterá-la, enfim, menosprezá-la em sua normatividade. O projeto de tornar o direito uma teoria política do poder passa por

11 O referido comentário está presente em STRECK, Lenio Luiz. "O Brasil em pânico institucional: dizer que 'as instituições funcionam' pode ser apenas ficção da realidade", *Folha de S. Paulo*. 4. abr. 2022. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2022/04/o-brasil-em-panico-institucional.shtml. Acesso em: 02. maio 2022.

reduzir o papel normativo de uma constituição que não agrada os ocupantes desse poder.

De todo modo, vejo que o Supremo Tribunal Federal vem servindo de guardião deste quarto do pânico da democracia e um dos poucos atores institucionais que ainda não cederam aos caprichos da fala reducionista que afirma que "as instituições estão funcionando". De fato, em anos recentes a corte "comprou" e "vendeu" esse discurso. Pudemos resgatar falas dos ministros e ministras da corte insistindo que "tudo ia bem". Mas tudo vai mesmo muito bem, até não ir mais. E, para nossa sorte, o Supremo parece ter enfim deixado de lado sua recente predileção em ouvir a "voz das ruas", para ouvir a voz da Constituição e, assim, cumprir seu papel institucional.

É fato que isso se deu quando o rubicão já havia sido de há muito ultrapassado, mas também é verdade que o Supremo soube dar limites necessários ao poder político em momentos que a corte era a única que restava em matéria de controle institucional de *checks and balances*, visto a problemática situação criada no legislativo a partir das emendas do relator que em tese fortaleceram o poder de barganha do Congresso Nacional, mas efetivamente anularam seu poder fiscalizador.[12]

Vejamos, pois, os fatos relatados por muitas vezes em parceria com o homenageado nesta obra, em que o Supremo realizou esta necessária defesa institucional.

2.1 *O Inquérito Policial n. 4.781/DF (Inquérito das* fake news*)*

Desde o início de minha defesa ao chamado inquérito das *fake news* (IP 4.781) se deu por se tratar de um legítimo ato processual – garantido por dispositivo do Regimento Interno da Suprema Corte com força de lei – contra o *contempt of court* sofrido pela corte através de ameaças feitas ao livre exercício do judiciário e até aos familiares dos ministros. Mesmo assim, fomos objeto de críticas por parte de parcela considerável comunidade jurídica. A mais delicada delas versava sobre a liberdade de expressão que estaria sendo dilapidada pelo referido inquérito.[13]

---

12 SANTOS, Rafa. Rosa Weber suspende pagamento de emendas de "orçamento secreto". *Consultor Jurídico*, 5 nov. de 202. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-nov-05/rosa-weber-suspende-pagamento-emendas-orcamento-secreto. Acesso em 02 maio 2022.

13 Os artigos onde levantamos os problemas discutidos aqui foram os seguintes: STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Pode-se, em nome da democracia, propor a sua extinção? *Consultor Jurídico*, 22 jun. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jun-22/streck-cattoni-nome-democracia-propor-extincao. Acesso em: 2 maio 2022; e STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Liberdade de expressão: levando a história do Direito a sério. *Consultor Jurídico*, 24 jun. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jun-24/streck-cattoni-levando-historia-direito-serio. Acesso em 2 maio 2022. O primeiro artigo citado foi uma resposta a uma entrevista dada pela professora de direito da FGV/SP, Clarissa Gross. (Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/06/inquerito-das-fake-news-no-stf-abre-precedente-perigoso-

A partir de então argumentamos algo que de quando em vez me alertam: o problema entre a historicidade e o direito, que remonta ao "comum acordo" que sugiro ser possível, a partir do Constitucionalismo Contemporâneo. Muitas das críticas feitas ao que desenvolvemos em artigo em defesa do inquérito tiveram como foco a doutrina americana da liberdade de expressão, sendo ela sempre tratada como uma construção argumentativa de casos concretos, onde cada juiz emite sua opinião, construindo com as dissidências, a estrutura argumentativa cujo nome conhecemos por precedente.

Essa construção, típica da *common law*, só faz sentido em um caso concreto. E não é porque somos um país com um sistema diferente que ela não possa ser utilizada. Mas não pode ser utilizada como parâmetro, isto é, uma resposta antes da pergunta: precisa ser contextualizada dentro de um *novo* caso concreto. As ameaças sofridas pelo Supremo (que ainda perduram, esta é a razão do inquérito também perdurar, após quase três anos), são esse *novo caso concreto*. E nesse sentido, precisam ser vistas sob as lentes históricas de um fato novo, especialmente novo quando se trata do Brasil.

Nunca houve uma ameaça tão explícita à existência da democracia e do livre funcionamento de um poder da república no País. Agora há. Por isso não podemos abdicar da história e invocar precedentes de outro país e de outro século para atender a uma doutrina específica da liberdade de expressão.

O inquérito das *fake news* surgiu como uma resposta processual e devidamente atendeu aos parâmetros mínimos do sistema acusatório. Inclusive ainda atende, porque o inquérito resta aberto por estrita necessidade, visto que as ameaças à corte têm seguido como ato contínuo. Tudo isso está previsto no Regimento Interno do STF, que segue vigente, com força de lei. Quando estiver concluído, ao Ministério Público restará, por sua competência, arquivá-lo ou apresentar denúncia em face dos investigados.

Lembremos que a Corte Suprema é um tribunal atípico. E para tribunais atípicos, como todos os tribunais de última instância são no mundo, por ter a competência de julgar ações penais, controle de constitucionalidade e ações de repercussão geral, entre muitas outras competências, acaba sendo natural que se formem *situações processuais atípicas*, como é o caso de um mesmo magistrado ficar encarregado de julgar crime cuja vítima é ele próprio (art. 43 do RISTF). Isso tem nome, e se chama *contempt of court* (desacato à corte) e é crime nos EUA, não im-

---

para-liberdade-de-expressao-diz-pesquisa-dora.shtml. Acesso em: 2 maio 2022). Já o segundo texto foi uma tréplica à resposta do professor Marcelo Campos Galuppo ao texto "Pode-se, em nome da democracia, propor a sua extinção?" (GALUPPO, Marcelo Campos. A democracia no Brasil corre risco. *Consultor Jurídico*, 24 jun. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jun-24/marcelo-galuppo-democracia-brasil-corre-risco. Acesso em: 2 maio 2022).

portando qual tribunal esteja sendo atacado, do juiz singular de primeira instância à Suprema Corte, mesmo em ataques realizados fora dos limites físicos do tribunal.[14]

É curioso lembrar que durante o ataque ao Capitólio de 6 de janeiro de 2021, onde uma massa de extremistas de direita questionava o resultado legítimo da eleição invadindo o prédio do Congresso dos Estados Unidos, a Suprema Corte americana não foi invadida, mesmo quando rejeitou os pedidos do governo Trump que buscavam anular a eleição judicialmente. Mesmo assim, os ataques ao Congresso vêm sendo investigados e inúmeros suspeitos foram julgados e já cumprem pena pelos crimes que cometeram.

Isso é só uma ilustração de dois casos *novos e concretos*, nos Estados Unidos e no Brasil, onde a liberdade de expressão parece encontrar limites na própria existência da democracia. Se a democracia é fundada pela liberdade de expressão – e não o contrário –,[15] a própria liberdade de expressão deve encontrar limites quando ameaça as instituições estatais que, a partir das liberdades civis, fundam a democracia.

Daí a importância da historicidade – e da hermenêutica que, pela linguagem, funda-se na historicidade (Gadamer) – para compreender o direito e distinguir momentos que são diversos. Uma das grandes virtudes do sistema de precedentes da *common law* é justamente a capacidade de fazer esse *distinguishing*.

No caso do problema da liberdade de expressão e sua aplicabilidade para ataques institucionais, vemos que a historicidade nos impede de interpretar o direito ingênua e aprioristicamente, ou seja, dando uma resposta sobre a liberdade de expressão antes mesmo que seja feita a pergunta. Seria de uma ingenuidade kantiana olhar para o estado da arte que nos é apresentado como se tudo estivesse normal e não nos encontrássemos em uma espécie de pânico institucional.[16]

O Supremo, dentro do direito e sem sair dele, deu uma resposta adequada ao caso concreto, não se furtando de fazer uma autodefesa, ainda que dentro dos limites estabelecidos pela Constituição.

---

14 18 USC §§ 401-403 e *Federal Rule of Criminal Procedure*: (…) 2. *Indirect contempt occurs outside the immediate presence of the court and consists of disobedience of a court's prior order. Generally a party will be accused of indirect contempt by the party for whose benefit the order was entered. A person cited for indirect contempt is entitled to notice of the charge and an opportunity for hearing of the evidence of contempt and, since there is no written procedure, may or may not be allowed to present evidence in rebuttal.*

15 O argumento de que a liberdade de expressão é que funda a democracia, e não o contrário, é apresentado por Marcelo Galuppo em sua réplica ao texto meu e de Cattoni. *Cf.* nota 13, *supra*.

16 Ver nota 11, *supra*.

2.2 *As Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 672 e 770 (o pacto federativo no combate à pandemia de covid-19)*

Em tempos de pós-modernidade, às vezes não conseguimos perceber o quão rápido o tempo passa e o quão efêmeras são as informações transmitidas até nós. Fatos que em outros tempos ocupariam as mentes e os debates de uma geração inteira por vezes se esvaem como uma mera *ordre du jour*, sendo engolida pela polêmica do dia seguinte.

Temo que algo um tanto quanto semelhante esteja acontecendo com um desses temas cujos efeitos, em outros tempos, poderiam durar uma geração, formar pensamentos e novas teorias e visões de mundo: a pandemia da covid-19.

É fato que muita coisa mudou após o cenário pandêmico. Nosso local histórico de fala ainda não nos permite o devido distanciamento necessário para compreender todas as mudanças que a sociedade irá sofrer com o que se passou. Mas é fato também que muita coisa *não* mudou. Esse estado da arte de *fast news* que se enfatiza a partir das mídias sociais por vezes nos faz ter a impressão de que a pandemia já é passado, que ocorreu há um tempo longínquo e distante.

Certamente que não há um culpado único por essa forma de termos levado a pandemia da forma que levamos. Há, também, uma evidente vontade política de incentivar todos nós a *esquecermos do que foi – e do que ainda está sendo – o descaso com a saúde pública no Brasil*. De todos os direitos fundamentais, nossa república que se pretende constitucional deixou de garantir nos últimos anos o mais caro de todos eles: a vida.

Por isso afirmo, junto a outros eminentes juristas como o que homenageio com esse texto, que as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal nas ADPFs 672 e 770 foram tão importantes como qualquer outra decisão que tivesse o condão de fazer uma defesa institucional, como o Inquérito das *fake news* teve em um momento mais agudo de ameaça ao livre exercício do poder judiciário.

A primeira das ações, a ADPF 672, se deu em um momento de profunda tensão federativa, onde estados e municípios tentavam impor medidas de combate à pandemia, enquanto atos omissivos e comissivos do governo federal, objetos da ação, ignoravam a gravidade da crise sanitária.

O Conselho Federal da OAB, então, ingressou com a ação expondo a grave necessidade de políticas públicas serem adotadas e que a autonomia de estados e municípios precisaria ser respeitada pelo ente federal e garantida pelo judiciário. Também foi pontuada a necessidade de que essas mesmas políticas públicas sanitárias fossem baseadas em evidências científicas e nos protocolos das principais entidades de saúde do mundo, como a Organização Mundial da Saúde (OMS).

A primorosa inicial levantou duas teses: a de que a atuação precária do governo federal, cumulada com as ações pessoais do Presidente da República, contrárias à ciência e aos protocolos sanitários internacionais, feria o direito fundamental à saúde, na forma do art. 196 da Constituição;[17] e a de que a proteção e a defesa da saúde são competências concorrentes entre União, estados e municípios, nos termos dos artigos 22, inciso II, e 24, inciso XII, da Carta Magna. Desvelou, portanto, as obviedades do óbvio. Mas isso, no Brasil, muitas vezes significa realizar um ato revolucionário.

Ao julgar a ação, o Supremo deferiu os pedidos da OAB, concordando que a atuação federal violava os preceitos fundamentais do direito à saúde e do direito à vida, afrontando a independência e a harmonia entre os Poderes no âmbito do enfrentamento da crise pandêmica e ao princípio federativo, tendo em vista atuação do governo federal em confronto com as políticas sanitárias adotadas por outros entes federados com fulcro em suas respectivas competências constitucionais.

A resposta adequada à Constituição que a corte deu foi a de que, tendo em vista a gravidade da pandemia, não havia fundamento constitucional para que o governo federal adotasse qualquer medida para impedir os demais entes federados de agirem na sua omissão. Fez valer, ainda que indiretamente, a proibição da insuficiência e afirmou que o federalismo vale no Brasil, não sendo um mero simulacro constituinte que não existe de fato.

De quebra, a decisão salvou a democracia brasileira de inimigos que, do contrário, utilizariam do centralismo estatal presente na cultura nacional para implementar políticas públicas sanitárias às avessas, que proibiriam qualquer tipo de restrição ao suposto "direito de ir e vir" que estaria, na equivocada opinião de seu mandatário, sendo violado. Sem dúvidas, mais mortes resultariam dessa (in)ação. Mesmo com os seiscentos mil óbitos que já contamos (número que deve ser estatisticamente maior tendo em conta a subnotificação), teríamos um número ainda mais expressivo. Tenho medo de insinuar quantos.

Como se não bastasse a crise federativa gerada pelos desmandos do governo federal e a intenção de estados e municípios querendo tomar medidas para conter a pandemia no País, o Supremo foi provocado por uma nova ação, esta já em outro momento da pandemia, em face do atraso na implementação de um plano na-

---

17 Também se pode somar o princípio da proibição da insuficiência (*üntermassverbot*), cuja aplicação também cabe aos direitos sociais, como afirma Néviton Guedes, dentre eles o direito à saúde. *Cf.* GUEDES, Néviton. Princípio da proibição da insuficiência deve ser aplicado aos direitos sociais. *Consultor Jurídico*, 15 jun. 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015 -jun-15/constituicao-poder-proibicao-insuficiencia-aplicado-aos-direitos-sociais. Acesso em: 02 maio 2022.

cional de imunização, quando já havia vacinas disponíveis para compra no mercado.

Assim, o mesmo CFOAB ingressou com a ADPF n. 770. Nesse momento, o governo federal havia apenas apresentado um plano preliminar de imunização, insuficiente para a demanda por milhões de vacinas que já era uma realidade. Não havia nesse plano preliminar dados importantes, como a data de início da imunização no País e tampouco dados logísticos que permitissem aos entes da federação uma organização adequada para efetivar os planos locais de vacinação.

Daí a necessidade de ingresso de mais uma ação. A Ordem focou nesta vez como fundamento a demora pelo início da imunização, que poderia custar vidas brasileiras, a cada dia de atraso. Atacou, portanto, a necessidade de análise da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) para imunizantes já aprovados por agências sanitárias estrangeiras qualificadas, como o Food And Drug Administration (FDA), dos Estados Unidos. Esse atraso, segundo a inicial, colocaria em risco novamente os direitos dos cidadãos à saúde pública e à vida.

Na própria Lei da Quarentena (13.979/2020), o Congresso Nacional fez prever a possibilidade de uma *autorização excepcional* para importação e insumos sanitários sem o registro da Anvisa, mas que fossem considerados como essenciais para o auxílio no combate à crise sanitária, assim que fossem registrados por pelo menos em uma das agências sanitárias europeia, norte-americana, japonesa ou chinesa.[18]

O Supremo, ao apreciar a matéria, mais uma vez desvelou as obviedades do óbvio e reafirmou o federalismo intrínseco em nossa Carta Magna, assegurando a necessidade de apoio entre a União e os demais entes federados no enfrentamento da mais grave crise sanitária, com consequências econômicas também inéditas. A Suprema Corte decidiu por concluir que as atribuições do Ministério da Saúde eram, evidentemente, a de coordenar o Plano Nacional de Imunização (PNI) e de definir quais vacinas iriam ser incluídas no calendário nacional de vacinação, mas que tal competência não excluía o dever concorrente dos demais entes da Federação de adaptá-los às suas particularidades locais, onde o artigo 23, inciso II, da Constituição dispõe ser de competência comum dos entes federados "cuidar da saúde e assistência pública".

O Supremo analisou a questão à luz da jurisprudência integralmente construída para fazer valer a possibilidade de estados e municípios utilizarem de me-

---

18 *Cf.* a importante revisão feita por Marcus Vinícius Furtado Coêlho sobre o legado que as ADPFs 672 e 770 terão para o pacto federativo brasileiro em COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado. O pacto federativo ante o enfrentamento à Covid-19 e a jurisprudência do STF. *Consultor Jurídico*, 11 abr. 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-abr-04/constituicaoa-inconstitucio nalidade-controle-judicial-normas-interna-corporis. Acesso em 02 maio 2022.

dicamentos e insumos que fossem aprovados por órgãos sanitários estrangeiros, na forma da Lei da Quarentena. No acórdão também restou estabelecido que, em caso de mora da Anvisa em analisar pedido de autorização de registro emergencial em mais de setenta e duas horas, os entes poderiam importar imunizantes a partir do registro de pelo menos uma das entidades sanitárias estrangeiras autorizadas.

Quanto à inclusão dos imunizantes no PNI, o tribunal decidiu que o melhor seria a inclusão de todas as vacinas que já tivessem sido certificadas como eficazes, de maneira a dar celeridade à imunização de todos. Reafirmando sua jurisprudência quanto ao enfrentamento da pandemia, a corte ressaltou a possibilidade de atuação conjunta das autoridades estaduais e locais para suprir lacunas ou omissões por parte do governo federal.[19]

Por tudo que foi exposto, vemos que a atuação do STF, no que foram discutivelmente os dois momentos de crise mais agudas na história do pós-88, afirmou sua própria competência de guardião da Constituição. Dessa maneira o STF pode ter salvado a democracia brasileira de duas grandes armadilhas institucionais, caso em que um poder, ao tentar se sobrepor a outro, acaba por gerar a autofagia da república. Este é o dever de uma Corte Suprema: estar a serviço das instituições quando elas mais precisam.

Assim como o direito nos salva de nós mesmos, os tribunais constitucionais salvam as próprias instituições pelo direito. Foi este o caso. Resta-nos agora, como cidadãos democratas e atores políticos, lutar a boa luta e fazer a defesa deste importante poder: o poder que garante o essencial: a autonomia do direito, a democracia, o federalismo, o direito à vida e o próprio *rule of law*.

3. O comum acordo a favor de um Constitucionalismo Contemporâneo: considerações finais

Dessa forma concluímos a exposição que decidi intitular de convite para um revolvimento do chão histórico-linguístico do que foi o pós-88, uma análise atual do estado da arte do constitucionalismo brasileiro. Pudemos perceber, a partir do que foi exposto, o que foi a ideia de um convite em duas partes.

Na primeira parte, analisamos o que ainda persiste como o grande paradigma do direito contemporâneo: o paradigma positivista. É fato que, mesmo entre os teóricos que afirmam não serem positivistas, pode-se muitas vezes notar o que Mathias Jestaedt chama de positivismo jurisprudencialista, que consiste em práticas semelhantes a concretizações judiciais *ad hoc*, ao gosto do julgador, e, portanto, solipsistas. Vela-se a intenção do positivismo, mas desvela-se apenas outro

19 *Ibid.*

tipo de positivista. Por isso a importância de compreender o complexo fenômeno do positivismo jurídico contemporâneo e exegético, para que se evite cair em mal-entendidos.

O paradigma positivista no Brasil, tão intrinsecamente disseminado pelo neoconstitucionalismo em minha proposta, deve ser respondido à altura pelo que chamo de Constitucionalismo Contemporâneo: um redimensionamento teórico entre teoria do direito e da teoria do Estado, com implicações óbvias no direito constitucional que só pode ser compreendido pela interpretação (condição hermenêutica de sentido).

Não se trata de dar a última palavra, até porque a hermenêutica não tem essa pretensão, mas sim de sugerir uma superação deste pernicioso paradigma, que nos impede por vezes de até mesmo compreender o positivismo jurídico de maneira mais sofisticada (vide o problema da parca recepção da obra de Joseph Raz no Brasil), por conta da crise de paradigma de dupla que venho denunciando há décadas, onde a historicidade perde valor e ficamos entre velhas descobertas e uma pretensão de refundar a nação a partir de um grau zero de sentido, como se o que ficou para trás não nos influenciasse de algum modo, e como se todas as "novas" ideias não pudessem já estar presentes em algum momento de um passado (nem sempre tão distante assim) do pensamento jurídico.

Na segunda parte, rememorei nosso passado recente, ou mesmo podendo-se dizer nossos tempos atuais, nos últimos anos, quando todos fomos impactados pela crise da pandemia. Não há que se debater que essa está longe de ser nossa única crise, pois ela apenas evidenciou com maiores níveis gráficos que já chovia de há muito na serra... De toda sorte, como o otimista metódico que sou, defendi dois posicionamentos que acredito serem decisões chaves de nossa Suprema Corte, onde o tribunal nos legou uma construção autêntica jurisprudencial, que poderão num futuro ser vistos como precedentes verdadeiros, na concepção original da palavra, e não como uma resposta antes da pergunta, como querem alguns processualistas brasileiros.

A primeira decisão veio como um legítimo – no sentido político e jurídico – ato de autodefesa do tribunal, o inquérito das *fake news*, que não se privou de atuar pela lei e pela jurisprudência, em respeito ao ordenamento, mas sem se atrever a uma ingenuidade kantiana. Na segunda oportunidade, tão delicada quanto a primeira e talvez pior, pois se tratavam de vidas, a corte construiu um sólido corpo jurisprudencial, de onde escolhi dois julgados, as ADPFs 672 e 770, onde nossa Corte Suprema reafirmou o federalismo brasileiro de uma forma nunca antes vista. Às vezes as crises desvelam decisões importantes. Uma pena ter sido necessário a maior tragédia sanitária da história do Brasil para que se reafirmasse que, no

Brasil, estados e municípios têm sua autonomia e competências, na forma da Constituição.

Termino repetindo o convite para que, nesses próximos vinte e cinco anos de magistério do professor homenageado, que se confunde com a trajetória histórico-institucional do Brasil redemocratizado, consigamos reafirmar também aquele espírito democrático de mais de trinta anos atrás, que parece arrefecer nos tempos de hoje, até mesmo entre a classe jurídica. Nunca precisamos tanto de pessoas que olhem para a história passada e presente com o devido rigor que o constitucionalismo exige. Lembremos, por último, que constitucionalismo é fazer democracia no direito e pelo direito. Que possamos recuperar o projeto constituinte em comum acordo.

Referências

COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado. O pacto federativo ante o enfrentamento à Covid-19 e a jurisprudência do STF. *Consultor Jurídico*, 11 abr. 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-abr-04/constituicaoa-inconstitucionalidade-controle-judicial-normas-interna-corporis. Acesso em 02 maio 2022.

GALUPPO, Marcelo Campos. A democracia no Brasil corre risco. *Consultor Jurídico*, 24 jun. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jun-24/marcelo-galuppo-democracia-brasil-corre-risco. Acesso em: 2 maio 2022.

GLEZER, Rubens. O voto sem razão (jurídica). *In*. VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. *A razão e o voto*: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. p. 140-166.

GUEDES, Néviton. Princípio da proibição da insuficiência deve ser aplicado aos direitos sociais. *Consultor Jurídico*, 15 jun. 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-jun-15/constituicao-poder-proibicao-insuficiencia-aplicado-aos-direitos-sociais. Acesso em: 02 maio 2022.

LOSANO, Mario G. *Os Grandes Sistemas Jurídicos*: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra europeus. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? *Revista NEJ - Eletrônica*, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan-abr 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica*: 50 verbetes de Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito; Letramento, 2020. p. 263-327.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11 ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. "O Brasil em pânico institucional: dizer que 'as instituições funcionam' pode ser apenas ficção da realidade", *Folha de S. Paulo*. 4. abr. 2022. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2022/04/o-brasil-em-panico-institucional.shtml. Acesso em: 02. maio 2022.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Liberdade de expressão: levando a história do Direito a sério. *Consultor Jurídico*, 24 jun. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jun-24/streck-cattoni-levando-historia-direito-serio. Acesso em 2 maio 2022.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Pode-se, em nome da democracia, propor a sua extinção? *Consultor Jurídico*, 22 jun. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jun-22/streck-cattoni-nome-democracia-propor-extincao. Acesso em: 2 maio 2022.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – o Constitucionalismo Contemporâneo? *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, v. 1, n. 02, p. 27-41, out. 2014

STRECK, Lenio Luiz. Uma abordagem hermenêutica acerca do triângulo dialético de Canotilho ou de como ainda é válida a tese da Constituição dirigente (adequada a países de modernidade tardia). *In:* LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 50-78.

Capítulo 12

DEMOCRACIA E CONSTITUIÇÃO EM RUI BARBOSA

Leonel Severo Rocha

DEMOCRACIA E CONSTITUIÇÃO EM RUI BARBOSA

Leonel Severo Rocha[1]

Introdução

O objetivo deste texto é realizar uma abordagem das origens do constitucionalismo brasileiro no final do século XIX, e início do século XX. Para tanto, privilegiar-se-á o pensamento político-jurídico de Rui Barbosa, uma das fontes principais da moderna teoria liberal do Direito brasileira. Esta obra configura uma temática importante para o estudo na teoria jurídica contemporânea da especificidade das relações entre o Direito, a Democracia e o Constitucionalismo. As dificuldades para a institucionalização de uma mentalidade republicano constitucionalista, ainda hoje cruciais para a uma hermenêutica jurídica democrática, são exemplarmente vividas neste acontecimento, e devem ser levadas em consideração no Brasil, na teoria do Direito pós-Constituição de 1988.

Pretende-se assim abordar, em alguns pontos escolhidos, a teoria constitucional de Rui Barbosa (que denomino ***democracia juridicista***), procurando analisar as suas tentativas, quando no *poder*; de materializar os seus ideais políticos por meio da Constituição; e mais tarde, *fora do poder*, durante a *República velha*, quando decepcionado com a falta de efetividade da Constituição, alteraria o seu projeto político propondo, a denominada por ele, ***democracia conservadora*.** Mais detidamente pretendemos analisar o pensamento de Rui Barbosa (doravante RB) durante o período de transição da Monarquia para a República, procurando contribuir para o entendimento desta obra neste contexto político. As relações do liberalismo de RB com a questão democrática,

---

1 Prof. Titular da Unisinos. Dr. Pela EHESS-Paris. Pesquisador 1 e Representante da área do Direito no CNPq (2016-2019). Advogado.

2 Este texto utiliza como fonte o nosso livro "A Democracia em Rui Barbosa. O Projeto Político Liberal-racional. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1985;

a legitimidade do Estado e a sua concepção de direito, depois alterada para uma perspectiva norte-americana, é o nosso referente.

Outro aspecto relevante, embora escape ao interesse deste texto, é o fato de que a discussão sobre os limites da Monarquia e da República, do parlamentarismo e do presidencialismo, assim como os limites do federalismo continuam sendo temáticas atuais na Constituição de 1988. Pode se relembrar que a concepção política de RB como ***forma de sociedade democrática***, lendo-o desde categorias de Claude Lefort, já superou, desde há muito, os limites exegéticos formalistas deste debate, pois para ele, o importante é a institucionalização da democracia e não a forma de Estado ou regime de governo. A sua concepção do direito como direito a ser julgado num tribunal também é extremamente presente para a valorização do poder judiciário.

1. Breve histórico

Impõe-se, portanto, uma releitura histórica das dificuldades da implementação da democracia no Brasil. Para aprofundar esta questão selecionou-se, recorte, o período que reúne as condições históricas e políticas, nas quais nasce a teoria liberal moderna no Brasil. Este momento único na história do país, a nosso ver, se materializou entre os dez últimos anos da Monarquia, que precedem a Proclamação da República em 1889, e o período que vai até a Constituição de 24 de fevereiro de 1891 (embora examinemos rapidamente questões da 1a. República, em data posterior, a fim de comprovar certos argumentos na conclusão). Nesta fase, o Estado brasileiro, independente em 1822, fundado na herança do sistema administrativo e político português, vai tentar se definir como instituição política moderna. Trata-se de uma importante transição, onde os atores sociais são ultrapassados pelos acontecimentos, e os discursos começam a ter uma difusão na sociedade jamais alcançada anteriormente, ultrapassando mesmo a intenção de seus emissores. Pela primeira vez, notadamente, na discussão das eleições diretas e da abolição, o discurso político atingiria, muito além do restrito espaço público, a camadas mais profundas da sociedade. É praticamente o nascimento da política moderna, e da ideologia, no Brasil.

Esta multiplicação social do discurso político colocou constantemente em questão, muito mais que as questões enfrentadas isoladamente, a legitimidade do Estado como um todo, esta crise de um sistema incapaz de responder às exigências de autonomia de uma sociedade à procura de sua identidade, provocou, inicialmente, a queda do império, para, a seguir, abalar também a estabilidade da República. O Liberalismo tentou resolver esta perda de legitimidade. A análise destas respostas é assim primordial para a caracterização e o entendimento da questão democrática. O estudo deste período histórico é, portanto, decisivo.

2. Rui Barbosa

Uma vez o período histórico delimitado, optou-se por analisar esta problemática a partir da obra de RB. Esta escolha se fundamenta no fato de que o seu pensamento e a sua ação política são exemplares para a caracterização do liberalismo brasileiro da época, constituindo um dos modelos políticos liberais mais sofisticados já elaborados no país. RB é um pensador dotado de uma grande erudição, com uma sólida formação humanista, baseada em leituras de Dante, Tácito, Tucídides, Cícero e outros autores clássicos, dos quais ele adotou a dialética argumentava (antitética) e o realismo político, sintetizados no ideal de uma sociedade repousando no respeito da lei da liberdade e da razão. De qualquer maneira, o humanismo de RB se desenvolveu notadamente em contato permanente com o pensamento liberal do século (Tocqueville, Stuart Mill, Littre, Comte, Spencer, Renan...), assim como, face aos acontecimentos políticos concretos da Monarquia e da República, que lhe fornecem a matéria de sua reflexão política.

RB participou diretamente em praticamente todos os acontecimentos políticos importantes da época escolhida. Inicialmente, criticando o Poder Moderador atribuído na Constituição de 1824 ao Imperador, na monarquia. E, eleito como deputado geral (1878-1885), engajou-se nos principais debates políticos, propondo inicialmente condições políticas para a obtenção da legitimidade deste regime. Mais tarde, em razão de sua defesa intransigente da abolição e da federação, ele criticaria violentamente a Monarquia, contribuindo para com a Proclamação da República. Na República, ele faria parte do governo provisório que a instituiu, tornando-se o principal redator do projeto adotado como a Constituição de 1891. Foi Ministro da Fazenda de 1889-1891, sendo que com a irrupção da ditadura de Floriano Peixoto (1891-1894), *República da Espada*, ele passaria para a oposição, postulando como condição para a legitimidade da República a legalidade e *a reforma das instituições*. RB desenvolveria também a célebre campanha do *Habeas Corpus* em defesa dos direitos individuais, desrespeitados pela ditadura, sendo igualmente várias vezes candidato à Presidência do país (a mais famosa foi a campanha civilista de 1910). Ora, ao lado desta intensa atividade política, ele elaborou constantemente textos que possuem um programa político, que constitui uma teoria liberal consistente. Tudo isto fornece uma ideia da importância de que se retrabalhe esta obra, pois ele constitui, em sua trajetória política, muito além de um relato pragmático das principais discussões, com uma monumental e ainda não suficientemente estudada reflexão teórica.

Desta forma, RB é simultaneamente, distintamente do que proporia um Weber, um político e um teórico. Frente ao acontecimento, ele procura sempre pensá-lo, a partir do liberalismo, ao mesmo tempo que tenta lhe dar uma resposta concreta. Esta teoria liberal se origina assim do confronto de suas ideias com o contexto político, sem, no

entanto, reduzir-se a isto. Em consequência, a análise deste pensamento e de sua ação política é útil para o esclarecimento das insuficiências e virtudes do liberalismo face aos problemas políticos e sociais e, neste sentido, sua análise pode contribuir para uma melhor compreensão dos limites da prática democrática brasileira.

A metodologia de trabalho de RB seria sempre influenciada pela dialética do humanismo clássico, preocupada com a retórica (eloquência) a partir da qual ela realizava suas sínteses discursivas. Esta característica, aliada a uma profunda crença no progresso da sociedade como um todo (Comte-Spencer), à análise histórico-comparativa, e a um grande racionalismo, produziram uma metodologia que se aproxima daquela de Stuart Mill. Neste sentido, este pensamento apresenta alguns traços daquilo que Popper (Miséria do Historicismo) chama "metodologia totalizante", que procura conciliar o historicismo e o naturalismo, possuindo uma crença um tanto exagerada na ciência unitária.

No entanto, RB não foi somente uma espécie de sociólogo racionalista, dominando pela perspectiva da predominância absoluta do social e de sua totalidade em suas conclusões, mas notadamente um teórico voluntarista. Isto quer dizer que a partir de suas influências liberais, ele não poderia aceitar o determinismo e o evolucionismo sociológicos, sem uma participação proporcional da liberdade individual, e da autonomia, no desenvolvimento social. Tal entendimento provém do fato que RB possui, como linha diretiva de raciocínio, a política. Assim, antes de ser um "cientista", ele é um político, um democrata liberal, compromissado com a defesa do ideal da liberdade. A contrapartida da liberdade seria dada pela lei. Daí a constatação que a democracia em RB é uma dialética entre a lei e a liberdade, garantida pelo poder judiciário e pela federação.

Do mesmo modo, as respostas encontradas por RB no liberalismo seriam sempre procuradas entre os modelos políticos que de diziam, na época, simultaneamente racionais e democráticos: num primeiro momento, **o *governo representativo***; e num segundo momento, **o *federalismo americano***. Quanto as suas proposições elas seriam sempre ***"juridicistas"***, as reformas deveriam ser encaminhadas através de uma lei (interpretada com autonomia pelos tribunais). De sorte que para RB, o direito encarna, como para Weber (e ainda hoje Habermas), uma das formas racionais de manifestação do poder. A teoria jurídica brasileira contemporânea encontra assim em RB um dos seus fundadores.

RB, como os humanistas, procurou um modelo político ideal para fundar a sua ação política. O governo racional não deixa de ser uma espécie de "bom regime", em que se oporia ao regime corrompido: no início combatendo a Monarquia, depois a ditadura militar e enfim as oligarquias reacionárias. O modelo ideal dos humanistas do Renascimento foi aquele da república romana (Maquiavel, Dante...), já para RB foram

a Inglaterra e os Estados Unidos. Isto caracteriza uma diferença entre ele e os primeiros: a utopia de RB não pertence ao passado, mas ao presente, implicando ao Brasil na síntese a ser realizada no futuro. A história do Brasil começaria com a institucionalização de uma democracia liberal moderna na República. Entretanto, a implantação liberal deveria ser gradual. A concessão da liberdade e de alguns direitos sociais, deveria ser feita respeitando a ordem (a lei). Esta concepção lhe fornece, em comparação com o entendimento atual da democracia, como uma atitude e um valor político capaz de acolher o indeterminado (Lefort), traços bem conservadores. Embora, e esta é a sua especificidade, ela seja bem diferente do autoritarismo, sempre pronto a desrespeitar a lei e a liberdade. Tal liberalismo é resultante de uma tensão, jamais uma síntese, da reivindicação simultânea do respeito à lei, à liberdade, à ordem, à razão, ao indivíduo, da intervenção do Estado e das concessões sociais. No entanto, devido ao seu aspecto pragmático, esta obra é geralmente desprezada sob o pretexto de que um autor preocupado com a ação, não teria interesse teórico pela reflexão filosófica ou política. Portanto, ele não possuiria um pensamento teórico sistemático. É preciso assinalar que este ponto de vista é quase unânime, quer seja entre os seus adversários ou apologistas.

Ora, a partir desta assertiva: o pragmatismo como conduta oposta à reflexão, os críticos, por sua vez, afirmam que RB foi somente um autor simplista, dividido confusamente, e contraditoriamente, entre diferentes convicções, reunidas numa "retórica vazia". Os apologistas, por sua parte, postulam as maravilhas de sua pureza retórica, vista como uma arte de "esgrimir o verbo. Estas duas posturas interpretam a retórica como um discurso distante da ciência, seja negativamente como um discurso incoerente, não racional, seja positivamente como discurso eloquente. Desta maneira, existe nas leituras desta obra, apesar das divergências, uma identidade metodológica de base: o culto da ciência como teoria pura: um discurso fundado sobre a denotação objetiva e autossuficiente, capaz de descrever a realidade de forma neutra. A racionalidade científica não se confundiria nesta perspectiva com a retórica, menos ainda com uma atitude pragmática. De sorte que a retórica de RB, que atravessa todos os seus textos, teria transformado seu pensamento num discurso idealista e incoerente.

Longe de pretender discutir a concepção contemporânea da racionalidade científica, que aliás já perdeu a ilusão da denotação pura, percebe-se, assim uma das principais razões da dificuldade desta obra. Pois, esta posição epistemológica cientificista impede praticamente que se faça uma análise teórico-política. Isto ocorre porque estes críticos são prisioneiros da oposição entre a teoria e a práxis, engendrando a oposição entre retórica e objetividade. É preciso, portanto, ultrapassar estas oposições para se redescobrir o caminho da interpretação. É necessário estudar-se a retórica de RB a partir dos objetivos práticos e políticos que ela visa, já que a sua ação política é ininteligível

sem que se considere seus discursos: existe uma ligação quase indissociável entre a teoria e a prática nesta obra.

À procura da justificativa de nossa tentativa de interpretação, nós pensamos seguir um pouco a trajetória de Lefort, para quem a legitimidade da interpretação nasce somente quando se recupera a interrogação que é uma de suas constituintes. Por isto, temos a preocupação de levantar algumas questões em RB a respeito da democracia. Para isto, como o faz Lefort, lendo Maquiavel (Le Travail de L' Oeuvre Machiavel), é preciso tentar-se saber aquilo do qual fala RB e a quem ele se dirige, e contra quem fala? Quais as identificações que ele procuraria? É necessário igualmente pesquisar o sentido político das diferentes interpretações que esta obra provocou, para se compreender as razões das divergências desde a oposição veemente até a adesão sem reservas.

3. A Teoria Constitucional da Proclamação da República

3.1 Idealismo e autoritarismo

A teoria constitucional brasileira contemporânea nasce com a República e a Constituição de 1891. Sua interpretação clássica fundamenta-se na obra de RB: pensamento que analisa a problemática política a partir do Direito, considerando que da existência de uma Constituição liberal democrática dependeria a legitimidade e a estabilidade das instituições. A racionalidade do Estado seria garantida pelo Direito.

Para nosso autor, a existência de uma Constituição, garantida pelo poder Judiciário, fiador do poder do Estado e acesso às demandas individuais, caracterizaria mais um qualificativo de sua democracia racional, agora, a "***democracia juridicista***". Utilizamos este signo "***juridicista***" para significar tal concepção liberal do poder mediatizada pelo Direito. Esta teoria, devido ao seu conteúdo *juridicista*, é acusada de *"idealista*" pelas correntes *"realistas"*, originárias do final da primeira República, as quais, afirmando a necessidade de efetuar análises sociológicas da política nacional, negam a validade do pensamento de RB, visto como distante dos verdadeiros problemas do País. Esta maneira de pensar, que persiste ainda hoje no seio da crítica brasileira, foi elaborada por Oliveira Viana e Alberto Torres, que, defendendo a racionalização da política, com ênfase no poder do Estado, mais do que no Direito, assim como desprezando o ideal democrático liberal, ajudaram a construir a matriz autoritária nacionalista do pensamento brasileiro.

Esta oposição entre idealismo e realismo no pensamento brasileiro recobre uma outra, mais atual, que foi sintetizada por Guerreiro Ramos, segundo a qual "os pesquisadores em ciências sociais, em nosso País, formaram-se em duas correntes fundamentais: aquela daqueles que querem interpretar a realidade brasileira a partir de seu estudo empírico e com os conceitos forjados nela mesma, e aquela daqueles que que-

rem interpretá-la baseando-se em teorias estrangeiras e por meio de conceitos tirados de manuais estrangeiros".

Neste sentido, a obra de RB é caracterizada como um exemplo da disposição de interpretar a realidade nacional a partir de ideias estrangeiras. Daí decorreria a sua suposta incompreensão e fracasso em pensar a política brasileira. Além do mais, as correntes ditas realistas fundamentam-se, de maneira manifesta ou latente, também em autores estrangeiros. Pois, desde que ele fosse explorado para se responder a problemas concretos, como o fez RB, conforme temos procurado demonstrar, isto somente enriquece a análise.

Nesta perspectiva, aquilo que está em jogo nesta discussão, aparentemente acadêmica, não é simplesmente a autenticidade do pensamento de RB, mas a própria possibilidade da existência de um pensamento democrático no Brasil. É evidente que RB não possui um conceito de democracia naturalmente aberto à questão social, pois o liberalismo não é necessariamente democrático, sua concepção de cidadania, com o seu elitismo, bem o prova. No entanto, não se pode subestimar, de um outro lado, a sua permanente defesa da liberdade, como mostra a campanha da abolição, e considerá-la simplesmente uma retórica a serviço do poder. A reivindicação da liberdade é sempre uma crítica eficaz do autoritarismo, fazendo com que o liberalismo político de RB não se reduza necessariamente ao seu conteúdo ideológico.

Aquilo que estamos pretendendo assinalar é o fato de que existe, no pretendido idealismo de RB, mais do que uma pura retórica, notadamente, uma tentativa de pensar a política a partir do modelo teórico liberal-democrático. Desta maneira, já é tempo de se perceber que a análise deste pensamento, de suas ambiguidades e contradições, de suas reticências à participação social não "racional", assim como a sua ativa luta pela liberdade, é uma excelente maneira para compreender a política brasileira. Percebe-se, então, pelo que precede, que uma das causas da dificuldade histórica para a implementação da democracia no Brasil é talvez provocada por esta depreciação do ideal democrático, considerado pelos sociólogos nacionalistas ou marxistas como uma fórmula idealista, destituída de todo conteúdo; ou, na melhor das hipóteses, como uma pura ideologia de classe. Este dado complica-se ainda mais, ao se adicionar a tal fato o forte racionalismo do pensamento de RB. Pode-se, assim, fazer uma ideia dos obstáculos à construção de um regime democrático, já que estas concepções estreitas da democracia acabaram por favorecer o desenvolvimento dos ideais autoritários.

3.2. O pensamento político da Proclamação da República

3.2.1. Toda revolução enfrenta o problema de sua institucionalização. Para resolvê-lo, é preciso obter a hegemonia política. Isto implica, com o intuito de colocar em marcha a nova ação política pretendida, ao menos no início, uma grande concentração de po-

deres. Este foi o primeiro problema da República, e ainda não bem resolvido até hoje: como unificar e manter uma nova forma de poder, tendo ao mesmo tempo por princípio revolucionário a "descentralização político-administrativa", através da promessa da realização da federação? Este ideal foi igualmente dificultado pelo fato de que os Estados (Províncias) não estavam necessariamente na origem da República, que derivou muito mais da iniciativa da aliança entre republicanos e militares.

Uma crise política e histórica acarreta a falência do poder estabelecido e o aparecimento de novas forças, que desagregam seus mecanismos simbólicos e institucionais. No entanto, isto não implica a construção imediata de uma nova forma de poder organizado. Foi o que ocorreu durante a passagem do sistema político imperial, antigo regime, à República. A Monarquia tinha perdido o seu sustentáculo ideológico, mas, até os seus derradeiros instantes, ainda possuía uma certa base social, caracterizada pela sua burocracia, que fornecia as regras do jogo político. Assim, a República, que foi proclamada sem que existisse um efetivo ideal político a ser realizado, à exceção talvez das ideias mesmo de República e de federação, tendo por única base comum o combate à Monarquia, foi constituída por diversas correntes políticas. Daí a disputa inicial sobre a delimitação de quais deveriam ser os fundamentos políticos adotados para a institucionalização do novo regime. Esta fragmentação impediria a materialização de um novo projeto coerente. Entretanto, a partir daí, a Monarquia nunca mais chegaria a rearticular reações importantes, mostrando que a República tinha produzido uma ruptura no tecido social, engendrando uma nova forma política inconteste (pelo menos, até o plebiscito de 21 de abril de 1993, na qual foi derrotada).

A Monarquia entrou em crise devido à sua incapacidade em acolher as reivindicações de novos setores sociais emergentes, notadamente das novas elites econômicas do sul do país e dos interesses dos militares, detentores de um poder de fato não correspondido proporcionalmente ao nível da representação e decisão política. A Monarquia afastara-se das bases efetivas do poder econômico e militar do Estado, aquilo que, agravado por sua distância tradicional da sociedade civil, assim como pelas sucessivas questões políticas (militares, religiosas, a questão servil, a fraude eleitoral, a federação, etc.), provocou, em 15 de novembro de 1889, a irrupção vitoriosa do movimento republicano.

Tal acontecimento materializa uma importante ruptura política e simbólica, determinando uma nova forma política e econômica. Entretanto, os novos grupos dominantes, detentores do capital, que já eram importantes no final do Império, não se alteraram profundamente; ao contrário, consolidaram a sua hegemonia. A República não foi, assim, necessariamente um movimento com a participação de grandes massas populares. Da mesma maneira que a Monarquia, a República foi um regime po-

lítico afastado da sociedade, não chegando a ser verdadeiramente uma "revolução" no sentido popular da expressão.

Na realidade, o movimento era resultante da conjugação de três forças principais: os fazendeiros do oeste paulista, uma parcela do Exército (a Marinha não participou) e de representantes de grupos urbanos, saídos das profissões liberais e dos comerciantes. O chefe do movimento foi o Marechal Deodoro da Fonseca. Tais forças estavam unidas simplesmente pelo desejo de destruir o antigo regime e pela crença na República, tendo grandes divergências, as quais logo geraram numerosos conflitos, que caracterizaram os primeiros anos do novo regime. Assim, não existiu, no começo da República, uma organização ideológica coerente e hegemônica: sobre o título geral da República, se abrigavam os velhos liberais e federalistas, que desde 1870 tentavam adaptar ao País as fórmulas democráticas americanas, até aqueles que, tendo horror à expressão democracia, aspiravam ao estabelecimento de uma ditadura científica, e a supressão do Poder Legislativo de representação popular, e pregavam a outorga pura e simples de uma carta".

Nota-se que, seja como for, para os republicanos "*históricos*", a implantação da República e da Federação era considerada, por si só, suficiente para a democratização do País. Mesmo o manifesto de 1870 já identificava o regime republicano com a democracia. No entanto, pouco antes da Proclamação da República, os republicanos já sofriam uma influência não negligenciável dos conservadores e positivistas, desenhando uma nova ideologia composta de uma combinação entre as suas ideias tradicionais, aquelas do conservadorismo e da ditadura científica. Assim, o positivismo tomou-se uma espécie de *"ponte"* entre os militares e os conservadores, que iriam constituir a fração mais autoritária do Partido Republicano, para quem a racionalização da política e a moralização da sociedade dependiam da formação de um Estado forte.

Em poucas palavras, em face desta profusão de correntes, existiam em 1889 duas doutrinas políticas dominantes organizadas: os **liberais**, influenciados pelo federalismo dos Estados Unidos, contando com sua melhor expressão teórica e política na figura de RB; e os **positivistas**, inspirados na doutrina de Auguste Comte. As outras facções oscilariam entre essas duas concepções, à procura, ainda, de discernir direção mais definitiva, a qual seria somente mais bem delimitada a partir da presidência de Campos Sales (1898), que elaboraria, com o apoio das oligarquias dos Estados, a denominada *"política dos governadores"*. Todavia, nesta época, imediatamente depois da Proclamação da República, a sorte do regime, ao menos no começo, foi decidida entre as ideologias divididas entre os membros do governo provisório, notadamente entre RB e os positivistas Benjamin Constant, Demétrio Ribeiro e Quintino Bocaiúva. O grupo liderado por RB ganharia a disputa, impondo a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, como condição de organização e de legitimidade para o regi-

me. RB chegaria, mesmo, a ser nomeado "vice-chefe" do governo provisório, e ulteriormente ministro das Finanças, com o intuito de dinamizar a economia do País.

Observando bem estes acontecimentos, percebe-se que a elaboração, ainda que bastante restrita ao plano formal, de um regime democrático liberal para a justificação da República, na realidade não possuía o apoio integral da maioria dos revolucionários. Pode-se, igualmente, afirmar que a tese *da "Constituinte"* terminou vitoriosa, devido à maior facilidade que teria a República de ser reconhecida no plano internacional, ao adotar um regime liberal.

3.2.2. O positivismo era a outra posição teórica que ampliou a sua importância política nesta época, mas que terminou sendo suplantado pelo liberalismo constitucionalista. Este fato ocorreu, em grande parte, em razão da omissão de Benjamin Constant, líder do movimento republicano, que rompera, pouco tempo antes da República, com o positivismo ortodoxo, e, por consequência, com a Igreja positivista. Benjamin Constant tinha sido professor da Escola Militar, e havia difundido entre a juventude militar o pensamento de Comte. Foi um dos dirigentes do movimento republicano, organizando praticamente toda a conspiração. No entanto, não era mais um positivista ortodoxo em 1889; aceitaria, ainda, somente a influência de Pierre Laffitte, mais aberto a doutrina liberal que Comte.

A Igreja positivista foi fundada no Rio de Janeiro, em 12 de abril de 1876, tendo por finalidade estudar e defender a pureza da doutrina de Comte; possuía um número restrito de adeptos, não chegando a ter influências políticas no Império. Além do mais, não se pode confundir o sucesso das ideias ditas "positivistas" no Brasil, fundamentadas no pensamento de Spencer, Mill, Darwin etc., e, mesmo Comte, com a leitura ortodoxa do positivismo feita pela sua Igreja. De todo o modo, a Igreja, que sempre procurou se aproximar dos republicanos, com a República procurou ter uma maior força política, mormente graças aos seus simpatizantes do governo provisório: num primeiro período, defendendo a implantação de uma *"ditadura científica"*, negando a convocação da constituinte; para depois, quando a constituinte era inevitável, sugerir modificações no projeto de Constituição.

Miguel Lemos e Teixeira Mendes, diretores da Igreja, viam a democracia como uma "pura mistificação"; tendo sugerido, segundo a sua leitura dos ensinamentos de Comte, como temas mais urgentes para a legitimação da República, entre outras, as seguintes medidas: a ditadura republicana em vigor deveria ser mantida definitivamente; a Constituição deveria combinar o princípio da ditadura republicana com a maior liberdade espiritual: em primeiro lugar, tratava-se de incluir, no Poder Executivo, a faculdade legislativa, garantindo a perenidade da função, assim como a sua transmissão a um sucessor livremente escolhido pelo ditador; em segundo lugar, tra-

tava-se de separar a Igreja (católica) do Estado e de suprimir o ensino oficial, salvo o primário, e por consequência assegurar a liberdade completa de exercício profissional, estendendo-se a todos os privilégios inerentes aos diplomas científicos ou técnicos, fundando um novo regime na mais vasta liberdade de reunião e de pensamento, com a única obrigação para todo cidadão de assumir a responsabilidade de seus escritos, firmando-os.

O projeto concluía com uma dura crítica aos bacharéis e ao governo representativo:

"nós temos necessidade de adotar uma organização política que se assente sobre uma total liberdade espiritual, instituindo um governo responsável, distante de toda retórica, das ficções teológicas e metafísicas, dos processos absurdos das maiorias, das cortesias políticas, e da exploração, enfim, da massa proletária, base produtiva da nação, pelos advogados, os bacharéis, os cientistas e os letrados. Não se pode deixar levar pela cega imitação das instituições em vigor neste ou naquele país; lembremo-nos que cada nacionalidade tem uma imagem que lhe é própria, que é a resultante do conjunto de seus antecedentes históricos". Por todos esses motivos é que o positivismo ortodoxo recusava a convocação de uma Constituinte, pregando em seu lugar a elaboração de um projeto de Constituição, segundo o modelo dito "científico" de Comte, que deveria ser votado num plebiscito nacional. Esta Constituição teria por centro de articulação e organização do Estado a ditadura científica. O projeto era igualmente uma crítica ao pensamento liberal, julgado idealista e impróprio para o Brasil, pois o País deveria afastar-se das ideias estrangeiras e mistificadoras da democracia, aproximando-se da objetividade da ditadura positivista. Benjamin Constant, que poderia ter tentado impor este projeto graças à sua influência sobre o Exército (simpatizante do positivismo), não o fez, permitindo a convocação da Constituinte e a discussão de um projeto de Constituição liberal, escrito fundamentalmente por RB.

Nesta perspectiva, o positivismo chegaria a ter uma influência política marcante e mesmo intelectual, somente alguns anos depois. Isto graças a dois fatores: o primeiro seria a "reforma da instrução" feita por Benjamin Constant, que adotou, mesmo contra a opinião da Igreja positivista, a metodologia de Comte no ensino nacional. Este fato contribuiu, se não ao desenvolvimento do positivismo, pelo menos ao surgimento daquilo que Paim chama de *"**mentalidade positivista brasileira***", atitude intelectual que não pode ser confundida com o *"apostolado";* o segundo motivo, por sua vez, foi a adoção, pelo Estado do Rio Grande do Sul, do projeto positivista (rejeitado) em sua Constituição, pelo seu presidente Júlio de Castilhos. Este último fator é um aspecto não-negligenciável para a formação política de Getúlio Vargas, que lideraria a Revolução de 1930, a qual acabaria com a primeira República.

3.3. A institucionalização da República

3.3.1. O Decreto nº 1

RB participaria do movimento republicano desde a sua irrupção, redigindo o Decreto nº 1, que declararia as intenções dos republicanos. Este documento, elaborado com o objetivo de formalizar a Proclamação da República, permitiu-lhe materializar antigas reivindicações.

Nas críticas que ele havia dirigido à Monarquia, sempre sustentara com veemência a federação como condição fundamental para a democracia. RB também pregara, fiel aos postulados liberais, a separação entre a Igreja e o Estado. Desde o Decreto nº 1, que ele redigiria no mesmo dia da Proclamação, por delegação do governo provisório, começaria a pôr as suas ideias em marcha. Já o art. 1º do Decreto dizia: "Fica proclamada provisoriamente e decretada como forma de governo da nação brasileira - a República Federativa". Desta maneira, estabelecia-se a federação, o que assinalava o art. 2º: "As províncias do Brasil, reunidas pelo laço da federação, ficam constituindo os Estados Unidos do Brasil".

Por sua vez, o Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890, estabeleceria a separação entre o Estado e a Igreja. Isto foi assegurado no seu art.1º: "É proibido à autoridade federal, assim como à dos Estados Federados, expedir leis, regulamentos ou atos administrativos, estabelecendo alguma religião, ou vedando-a, e criar diferenças entre os habitantes do País, ou nos serviços sustentados à custa do orçamento, por motivo de crenças ou opiniões filosóficas ou religiosas".

3.3.2. A Constituinte de 1891

3.3.2.1. O governo brasileiro decidiu. finalmente. convocar uma Assembleia Nacional Constituinte, tendo por finalidade a elaboração da Constituição republicana. Para tanto, publicou, no dia 3 de dezembro de 1889. o Decreto nº 29, que instaurava a *"comissão dos cinco"*, encarregados de elaborar o anteprojeto. A comissão, em comum acordo com os chefes republicanos, decidiu adotar como modelo do anteprojeto o sistema político dos Estados Unidos da América, e consequentemente a forma presidencialista de governo, o qual, concluído, foi enviado, em 24 de maio de 1890, ao governo, que o revisou. Esta seria, sobretudo, obra de RB. As medidas propostas afastavam definitivamente qualquer possibilidade de adoção do projeto *"realista"* dos positivistas. A Constituição republicana, assim, substituiria totalmente a influência francesa (doutrinária e tradicionalista) da Constituição de 1824, pelo pensamento político dos Estados Unidos.

A revisão do projeto efetuada por RB foi profunda. Como este foi aprovado segundo a versão, pelo menos na maioria dos artigos, "nós somos forçados a concluir que a sua influência na primeira Constituição é decisiva e incontestável".

3.3.2.2. O art. 1º da Constituição estabelecia que "a Nação Brasileira adota como forma de governo, sob o regime representativo, a República Federativa proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas províncias, em Estados Unidos do Brasil".

Desta maneira, na Constituição de 1891, a nação tornava-se, ao menos formalmente, ela própria, a única detentora do poder político, em oposição ao critério anterior de legitimidade monárquica, que estabelecia, por sua vez, como representante legítimo da nação, perpetuamente, a família imperial, através do Poder Moderador. Este princípio democrático, que estabelece que o lugar do poder é vazio "(Lefort), não pode ser ocupado por ninguém, porque já não existe legitimidade a priori (o Imperador), provocou, de fato, uma importante ruptura de poder no Brasil. Pois, mesmo se a nação nunca chegou a ter um grau aceitável de representação política, na prática, jamais um Presidente (ou ditador?) conseguiu se identificar com o poder, da mesma maneira, serena e simbólica, que o poder se materializara no Império, em que o soberano (o Imperador) era naturalmente "legítimo".

Entretanto, o "vazio" simbólico do poder na República seria acompanhado igualmente por um vazio de representação política, ao contrário do que ocorrera nas democracias europeias, engendrando uma constante instabilidade política. O lugar vazio do poder tornou-se, assim, uma tentação permanente para as ditaduras. Isto quer dizer que as ambiguidades da práxis e dos princípios democráticos bem cedo foram pervertidas na República. O poder político, tornando-se um alvo para todas as tentativas autoritárias, não chegaria a produzir uma base de legitimidade durável; por consequência, as instituições ficariam desacreditadas. Uma das origens desta crise histórica seria a impossibilidade da Constituição em concretizar os seu princípios liberais, agravada pela sua indiferença à problemática social. As críticas sobre o idealismo da Constituição de 1891 nasceram desta incapacidade das elites políticas nacionais de efetuarem as promessas liberais. Como esta mesma dificuldade foi a causa da inviabilidade do Império, pode-se vislumbrar a gravidade da questão democrática num País onde a participação popular foi sempre tida como *"irracional"*.

O Poder Executivo, que na Constituição substituía o Poder Moderador, mesmo sendo um certo avanço em relação ao autoritarismo da Constituição imperial, gozava igualmente de grandes prerrogativas (que se ampliariam rapidamente), como aquelas de nomear e demitir livremente os ministros, comandar as forças armadas, sancionar as leis, etc. Nos Estados Unidos, fonte principal da Constituição, o Executivo tinha também grandes poderes, que eram, no entanto, contrabalançados pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário. Na Constituição de 1891, o mesmo equilíbrio também foi estabelecido formalmente, mas os primeiros presidentes republicanos, militares, ignoraram esses dispositivos legais, utilizando arbitrariamente o Poder Executivo para subju-

gar os demais poderes. Assim, a Constituição teve uma viciosa prática desde a sua vigência, que imprimiu uma grave "ferida simbólica" nas instituições republicanas.

3.3.2.3 A Constituição adotou também. no seu art. 1º, a forma de Estado federativo, "constituído pela união perpétua e indissolúvel de suas antigas províncias em Estados Unidos do Brasil". A federação era, como já se assinalou, uma antiga reivindicação liberal; o tema fora lançado, desde há muito, logo após importantes rebeliões como a insurreição de Pernambuco, em 1817, na Confederação do Equador liderada por Frei Caneca, em 1824 (inspirada em Sieyes), e, durante a Revolução Farroupilha, em 1835. Tal ideal federativo foi igualmente discutido durante a elaboração do projeto da Constituição do Império de 1824, que teve a Assembleia Constituinte dissolvida por D. Pedro I. Este período, rico em revoltas e movimentos separatistas, teve, assim, como uma das causas a defesa do ideal da federação. Por tudo isto, com a supremacia política atingida por D. Pedro II, ele foi relegado a um segundo plano.

Nesta perspectiva, é natural perceber que, com a crise da Monarquia, ressurgisse este ideal. Assim, a federação seria postulada, depois de 1870, por liberais, como Tavares Bastos e Joaquim Nabuco, como também pelos republicanos históricos do manifesto de 1870. Mas seria RB durante a campanha federalista, no Diário de Notícias, quem a exigiria com uma maior veemência, colocando-a como condição necessária ao progresso da democracia das instituições.

Nesta lógica, RB naturalmente defenderia o "ideal" durante os debates da Assembleia Constituinte, em 1890, mas, sem dúvida, ele não foi o único a fazê-lo. Ao contrário, existia um consenso tão grande a esse respeito, entre os republicanos, que os debates teriam por protagonistas os partidários do federalismo e os do ultra federalismo.

Neste episódio, RB que havia feito da federação o seu ideal supremo - sendo-lhe fiel, passaria da Monarquia à República -, iria situar-se como adversário dos ultrafederalistas. No entanto, isto não caracteriza uma contradição com seu pensamento político, pois, como já notamos, havia postulado o regime federativo conjuntamente com a *"centralização política*", ao lado da "*descentralização administrativa"*. Para RB, a existência de uma União dotada de um poder central suficientemente forte, ao lado da autonomia dos Estados, com o controle ao menos sobre o orçamento e a repartição das rendas, era necessária: "eu fui federalista antes de ser republicano. Eu não me fiz republicano que logo que a evidência irrefutável dos acontecimentos me convenceu que a Monarquia se incrustaria irredutivelmente na resistência à federação (...). Entretanto, nós passamos da centralização imperial a um regime de federação ultra americana (...). Ontem, de federação, não havia nada. Hoje, não existe mais federação, que nos contente".

Na realidade, a implantação da federação destruiu efetivamente a centralização política e administrativa monárquica, permitindo a materialização da República. No entanto, a federação brasileira era bem peculiar, pois todos os estados-membros da União não possuíam realmente as condições requeridas para a sua autonomia. Contrariamente aos Estados Unidos da América, os Estados Unidos do Brasil foram engendrados do alto para baixo. Isto quer dizer que a federação brasileira foi construída pelo centro político do sudeste do País, e não pela manifestação independente dos estados. A federação foi, portanto, a resultante da coligação feita entre os estados mais ricos, dos quais os outros estados foram obrigados a aceitar a dominação. A federação aceleraria bastante o progresso econômico dos estados preponderantes e a submissão dos restantes, ampliando a disparidade existente, ainda hoje, entre as regiões. Os estados mais ricos, São Paulo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Bahia e Pernambuco, principalmente os três primeiros, eram ultrafederalistas, em razão das evidentes vantagens que obteriam. Além do mais, paradoxalmente, com esta autonomia, estes estados poderiam controlar o poder central, dispondo a serviço de seus interesses do poder da União.

A federação seria adotada na Constituição republicana, sem conceder os poderes solicitados por RB para a União. Porém, este fato, a limitação constitucional do Poder Executivo, provocaria atritos com os demais poderes, os quais, infelizmente, resolvidos a favor dos presidentes. Por exemplo, Floriano Peixoto governaria o País, submetendo o Legislativo e ignorando o Poder Judiciário, revelando a existência de um grande poder de fato do Executivo. A partir daí, o poder dentro da União seria dividido entre o Poder Executivo (os presidentes) e os grandes estados.

Neste sentido, a discussão sobre os limites dos poderes da União, a respeito da possibilidade de intervenção federal, segundo a art. 6º da Constituição, é exemplar. Este artigo afirma: "O Governo federal não poderá intervir em negócios peculiares aos estados, salvo:

1.Para repelir invasão estrangeira, ou de um estado em outro;

2.Para manter a forma republicana federativa;

3. Para restabelecer a ordem e a tranquilidade nos estados, à requisição dos respectivos governos".

Este texto foi considerado como impreciso, em seus itens 2 e 3, principalmente o item 2, porque a expressão "forma republicana federativa" reenviaria novamente à discussão a respeito do que se entende por federação. Aproveitando a lacuna designativa, a União sempre interpretaria discricionariamente (alternativamente) este artigo. Deste modo, a intervenção federal foi uma constante, desequilibrando a federação. A intervenção caracterizou-se sempre como um apoio (ou ataque, caso estivessem contra o governo central) às oligarquias dominantes nos estados.

A concepção de federação brasileira é, assim, na verdade, bem diferente daquela dos Estados Unidos, possuindo um sentido muito mais ideológico do que efetivo. O Estado federal brasileiro foi, desde a sua origem, carente de legitimidade, voltado a uma política de exclusão social, que procurava beneficiar as elites. Esta política republicana. na qual predominam os estados mais fortes, já que não existiam partidos políticos consistentes e com vocação nacional, seria a principal característica da primeira República (1889-1930).

3.3.2.4. No início de sua carreira política, RB, como vimos, propunha como condição fundamental para a legitimidade da Monarquia o parlamentarismo britânico. No final do Império, descontente com a atividade dos partidos políticos monárquicos, ele começaria a ver na federação a condição necessária para a redemocratização do País. A República seria federalista, indo mais longe ainda ao adotar, ao contrário do parlamentarismo, o presidencialismo dos Estados Unidos.

O presidencialismo seria adotado pelo governo provisório, mesmo antes que RB tomasse posição oficial a respeito, fazendo com que somente após o fato consumado ele se manifestasse. aceitando-o e inserindo-o no projeto de Constituição. Desta maneira, mesmo que ele o tenha assentido, nunca fora nem um republicano histórico, nem um fervoroso adepto do presidencialismo, tendo aderido a estas teses em razão do federalismo. Devido a esta maneira moderada de pensar. RB procuraria inserir na Constituição. com o intuito de controlar possíveis excessos do presidencialismo, um sistema de equilíbrio entre os três Poderes, condição para o funcionamento democrático das instituições. Na realidade, ele sempre afirmaria " a sua indiferença sobre as formas de governo, a equivalência de todas as Constituições, monárquicas ou republicanas, nas quais se assegure ao povo o governo representativo e ao indivíduo o regime jurídico da liberdade".

Portanto, considerando que era a liberdade política o fundamental, alicerçada no respeito dos direitos e garantias individuais, RB era praticamente indiferente à adoção do presidencialismo ou do parlamentarismo. A Proclamação da República, por si só, como pensaram os republicanos históricos, era insuficiente para legitimar as instituições. A República não significava naturalmente a democracia, ou a Monarquia o despotismo, ou vice-versa. Mesmo o argumento dos republicanos federalistas, segundo o qual a federação seria incompatível com a Monarquia, não era satisfatório. O importante seria a institucionalização efetiva da democracia federativa. Isto feito, está bem poderia ser, indiferentemente, republicana ou monárquica. A centralização havia destruído a Monarquia, e, nesta lógica, por que não se admitir que a federação poderia tê-la democratizado?

Do mesmo modo, o parlamentarismo seria rejeitado na República, notadamente, devido ao fracasso do sistema partidário do Império. Para se ter uma ideia das consequências do descrédito da representação política, a organização dos partidos políticos não seria prevista nem regulamentada na legislação inicial da República. Pode-se, mesmo, chegar a dizer, por tudo isto, que não existiram, propriamente, partidos políticos nacionais na primeira República.

Foi igualmente importante para a vitória do presidencialismo a vocação *"presidencialista"* dos militares, ajudando a colocar-se em segundo plano o Congresso e a representação política. O positivismo também contribuiria para a desvalorização do sistema parlamentarista, com a sua concepção de que este regime fazia parte da arcaica etapa metafísica da História (o regime da etapa final, a era positivista da humanidade, seria a *"**ditadura**"*), que deveria ser ultrapassada, a fim de permitir-se a racionalização da política. RB, que postulava a democracia federativa ligada à independência dos três Poderes, em face da impossibilidade de contar com o Parlamento, proporia como freio ao Executivo a criação de um poder Judiciário forte. O Judiciário seria fundamentado no modelo americano, em que, a exemplo da Supreme Court of Justice, se criou o Supremo Tribunal de Justiça (STJ).

O poder Judiciário teria a função de contrastar o poder Executivo, colocando-se como defensor da Constituição e árbitro de eventuais conflitos de leis e de jurisprudência entre os estados e a União. O Judiciário deveria ser independente e ativo, graças à concessão de plenas garantias à magistratura. Nesta linha de pensamento, o Judiciário, ao lado de um federalismo equilibrado, seria o sustentáculo da democracia: **Império da lei e da liberdade.**

Por outro lado, RB igualmente previu, como um dos meios de controle do poder Executivo, o **impeachment do presidente**, assim como a emenda que fornecia aos deputados e senadores, então temporários, a inviolabilidade para manifestar suas opiniões e votos no exercício do mandato. Fiel a esta proposta RB, algum tempo depois, quando do governo Floriano, ao assumir a campanha contra esta ditadura, desde a direção do Jornal do Brasil, daria apoio *ao pedido de impeachment do presidente*, apresentado à Câmara pelos deputados Seabra, j. Ouriques e Antônio do Espirito Santo, fundamentando sua argumentação, como sempre, na hermenêutica e na jurisprudência da Suprema Corte americana. O impeachment baseava-se, com razão, no fato de a Constituição prever que, caso o presidente renunciasse, antes de decorridos dois anos, se procederia a uma nova eleição (art. 42); como o Presidente Deodoro havia renunciado antes do decurso deste prazo, a investidura de Floriano era inconstitucional. Também alegava-se uma série de medidas ilegais do presidente. Como se sabe, o Congresso, indo contra o interesse da nação, aliou-se ao presidente, confirmando-o no poder, caracterizando o chamado ***"jacobinismo***" brasileiro.

A teoria constitucional republicana brasileira nasce, assim, ligada ao presidencialismo e à federação, sem uma grande preocupação política efetiva com a sociedade e o Parlamento. Como o poder Judiciário, conforme o modelo americano, não foi possível de ser concretizado, a primeira República, assim como a Monarquia, foi um sistema político distante da democracia.

3.3.2.5. RB, na reforma eleitoral do Império, que aprovou a eleição direta, tinha defendido a extensão do voto aos não católicos, libertos e imigrantes. Mais tarde, criticara a aplicação desta lei, durante a campanha abolicionista, porque, mesmo com todas as precauções tomadas, as fraudes persistiram. Para ele, a principal causa das fraudes tinha sido a centralização imperial, fazendo com que se pensasse que a federação terminaria com elas (mais tarde, em suas campanhas presidenciais, ele mudaria de atitude).

O governo provisório elaborou o código eleitoral da República, em 1890, tendo em vista a convocação da Assembleia Nacional Constituinte. O código estabelecia o sufrágio universal masculino e o voto direto, não-secreto. O exemplo seguido, ainda neste caso, era o americano, como não havia mais lugar neste sistema dos EUA, para o censitário, o sistema capacitário (preferido dos republicanos) foi mantido indiretamente através da exclusão do sufrágio, feita aos analfabetos, às mulheres, aos padres e aos soldados. Na realidade, mais do que a extinção das exigências capacitarias, começava-se a admitir implicitamente que todo homem sabendo ler e escrever as atingiria. Isto quer dizer que se continuava a ver o sufrágio como um ato para o qual é preciso ser ***"racional":*** o exercício da soberania jamais seria natural, espontâneo, mas sempre uma "capacidade" - um agir racional qualificado.

4. Da democracia federativa à democracia juridicista

O pensamento constitucional de RB fundamenta-se na defesa intransigente do princípio da liberdade e do respeito à lei, bem como do pleno exercício dos direitos e garantias individuais, os quais deveriam ser assegurados por uma divisão rígida de poderes, na qual a função de fiador das instituições caberia ao poder Judiciário, órgão de controle da constitucionalidade das leis. Esta seria, a nosso ver, a ***democracia juridicista*** , expressão que queremos forjar no sentido inglês, na melhor linhagem inglesa mantida até hoje, que; sem dúvida, RB gostaria de ter empregado, como uma forma política na qual o direito de reivindicar os direitos nos tribunais seja a todos assegurado. Assim sendo, a democracia federativa seria basicamente institucionalizada pelo direito, garantia de legitimidade para o presidencialismo e a própria federação.

4.1 A democracia conservadora

Muito mais tarde, RB iria postular a denominada por ele *"**democracia conservadora**"*. Isto porque a grande característica da fase final de seu pensamento é o que podemos chamar de *revisionismo constitucional*. A partir de sua postura juridicista, na qual a elaboração de uma Constituição liberal seria a maior garantia para a democracia, a única postura coerente que ele poderia ter, em face das insuficiências das novas instituições políticas republicanas, seria o reformismo.

Pode-se dizer que existem dois momentos fortes no pensamento político de RB: o primeiro, constituído pela sua fase de *"juventude"*, que vai da defesa da Monarquia (*o governo representativo*), passando pela ruptura com a Coroa, chegando à Proclamação da *República (a teoria constitucional*); o segundo, que se inicia com a constatação de que a República não resolvera a problemática política liberal, provocando a sua célebre campanha do habeas-corpus e as campanhas presidenciais.

Neste segundo momento, começaria a dirigir-se às classes chamadas por ele de **conservadoras**. RB seria reeleito senador pela Bahia, pelo Partido Republicano federal, para a legislatura que teria início em 1897. Nesse ano, pronunciaria conferências, nas quais propunha a fundação do *"Partido Republicano Conservador"*, visando a acabar com o monopólio do partido único no País. Nestes discursos, muito citados, esclareceria, várias vezes, a sua profissão de fé política: "Rejeito as doutrinas de arbítrio; abomino as ditaduras de todo o gênero, militares ou científicas, coroadas, ou populares; detesto os estados de sítio, as suspensões de garantias, as razões de Estado, as leis de salvação pública; odeio as combinações hipócritas do absolutismo dissimulado sob as formas democráticas e republicanas; oponho-me aos governos de seita, governos de facção, aos governos de ignorância. Fora destes princípios, terminantemente, não podereis contar comigo."

Nesta perspectiva, o pensamento político de RB recusa qualquer radicalismo, desde o poder pessoal nas Monarquias, às ditaduras militares e científicas. Do mesmo modo, as ditaduras populares seriam por ele rejeitadas. Ou seja, este liberalismo estaria sempre pronto a combater o despotismo, inimigo da liberdade. Porém, *não estava disposto a permitir ao povo, ao número*, o direito de decidir por ele mesmo, constituindo *"governos de ignorância"*, enquanto este não *possuísse a moralidade e intelectualidade*, tidas como necessárias. A democracia dependeria então, basicamente, da defesa destes princípios, ao lado dos quais o mais importante seria o respeito à lei. Pois, para RB, "a democracia, se por democracia entendermos o governo livre da nação pela nação, ou, na definição de Alcebíades, 'toda a organização do poder avessa ao despotismo', depende visceralmente destes princípios".

O sentido da democracia origina-se, então, da oposição ao despotismo. Deste modo, a democracia, em RB, sem o respeito a estes princípios, corre o grande perigo

de tomar-se um regime irracional: "na realeza absoluta o arbítrio é exercido por um homem, e o privilégio, que o imobiliza pela sucessão na descendência do soberano, abriga o Estado e o povo contra as inquietações e desgraças do imprevisto. O monopólio do poder é, em certo sentido, uma garantia; porque fixa a responsabilidade em uma fronte eminente, e subtrai o Império à avidez das paixões".

Parece, então, que em RB o poder absoluto teria uma certa racionalidade, que impediria o imprevisto, graças ao seu controle da lei e do saber. Isto nos permite dizer, num sentido inverso, que a democracia seria um regime político no qual a racionalidade estaria sempre em questão. De sorte que a democracia correria o risco de se tomar outro tipo de despotismo, caso o povo não chegasse, por ele mesmo, a ter a competência de exercer o seu próprio saber e a sua própria lei, abandonadas daí em diante à contingência da soberania popular. A contrapartida do absolutismo poderia, assim, explicar o ocorrido na ditadura originada na Proclamação da República: "A tendência funesta, que, nas democracias espúrias, deprecia essas combinações tutelares, esses princípios gerais, cujo sábio ardume se entretece na lei, outra coisa não faz que tomar ao absolutismo imperial a soberania do arbítrio, alternando-lhe apenas a sede. Das mãos do príncipe resvalou às da plebe. Cada agitador é um autócrata, cada molécula inconsciente da multidão um tirano. As misérias do cativeiro cresceram na proporção infinita do número de senhores, que dispõem da soberania sem a menor responsabilidade".

Com efeito, se cada indivíduo ficaria na República entregue a si mesmo, rompendo os seus antigos laços de solidariedade existentes na Monarquia, como diria Tocqueville, o fracasso da democracia federativa tinha sido causado, como diria Mill, pela falta de moralidade e educação política das massas. Assim, para RB, somente as revoluções no direito são definitivas e capazes de afastar as ditaduras; destituídas dos princípios democráticos engendrariam despotismos e, consequentemente, outros autocratas.

A resposta de RB a esta questão, é conhecida, é a construção do tipo de cidadão necessário à racionalidade do sistema. O grupo social a quem ele se dirige, como sabemos, é a burguesia. Mas, nesta época, com a nova configuração de forças, ele chama, com a mesma finalidade, os segmentos sociais, que, como assinalamos, denomina de *"**classes conservadoras**"*: a nova base social ideal de sua concepção de democracia. A opção, para ele, não seria entre a Monarquia e a República, mas entre a República e a anarquia. Para escapar ao dilema, escolhera como fiel da balança uma terceira via manifestada por estas classes.

Tentando materializar suas ideias, procuraria criar, com a ajuda destes últimos, um novo partido político, o **Partido Republicano Conservador**:

"Urge fundar, na República, a liberdade, que a Constituição republicana lhe deu, e os governos republicanos lhe tiraram. Um erro vulgar enxerga exclusivamente na autoridade a essência do princípio conservador. Há, porém, um elemento não menos essencial à conservação dos Estados: a liberdade. A democracia conservadora, opondo-se à opressão e à licença, faz-se, a um tempo, de autoridade e liberdade. Na República atual uma e outra estão arruinadas".

A democracia conservadora tinha, então, como objetivo a conciliação da ordem e da liberdade, com o intuito de realizar-se o regime político racional e federativo dos sonhos de RB. A democracia conservadora seria construída em oposição ao despotismo, tendo como suporte social as classes conservadoras. O povo, por certo, legítimo detentor da soberania popular, deveria ter o seu acesso às decisões políticas, gradualmente, em conformidade com a sua proporcional instrução e moralização. *A democracia conservadora era inimiga do número*.

O resultado a que podemos chegar depois desta análise é que se pode bem duvidar do alcance que a concepção de liberdade teria em RB, pois, mesmo que ele sempre tenha lutado contra o despotismo, a opção por uma base social conservadora implica uma supra racionalização de sua ideia de soberania, provocando um retrocesso e um pessimismo político angustiante. RB, que começara a desenvolver o seu pensamento político a partir do ideal da construção da soberania popular, com um alcance, embora capacitário, teoricamente mais elástico, agora se decide claramente pelos segmentos de uma fração social elitista. Desiludido com a proposta de construção da cidadania, passaria a procurar bases sólidas já existentes e atuantes na sociedade.

O fundamento desta atitude seria a tentativa de fazer-se de um grupo mais organizado um modelo a ser seguido por toda a sociedade. Isto porque, durante o seu exílio na Inglaterra (1893), RB havia percebido que a razão do sucesso deste país era devida à conjugação, na política, do comércio e do espírito religioso. Isto é, o progresso das instituições avançaria proporcionalmente as da economia e da sociedade. O Estado como uma forma de sociedade articular-se-ia como um todo a partir de seu centro dinamizador; assim, era preciso adaptar-se o Estado brasileiro ao ritmo dos segmentos atuantes da sociedade, sob pena de criar um abismo entre a sociedade civil e o poder político (como ocorrera na Monarquia).

Nesta linha de raciocínio, se quisermos forçar um pouco a comparação, pode-se dizer que RB testou e examinou, na práxis política brasileira, as principais teses contratualistas, tendo retomado surpreendentemente a uma concepção hobbesiana da soberania, num recuo político semelhante ao utilitarismo de Mill. Como já assinalamos, no Império dominara a postura doutrinária de Guizot, que pretendia ultrapassar o contratualismo de Rousseau da Revolução Francesa (ideal dos liberais radicais do Império). Frente a essas correntes, RB apoiara-se no evolucionismo inglês e no li-

beralismo de Mill, relidos num forte construtivismo social, quase chegando-se à proposta (rudimentar e mais conservadora) de um novo pacto social, com uma nova justiça fundada numa espécie de "posição original ", no estilo de John Rawls. Tudo isto, para depois da República dirigir-se à realidade das novas elites nascentes, paradoxalmente, chamadas conservadoras. Denominação esta devida, talvez, muito mais ao aspecto moral que ao econômico, que para a época era nitidamente progressista.

Pelo que se vê, ignora-se, se RB queria realmente avançar até esgotar plenamente o conceito de liberdade. Em todo o caso, a democracia racional conservadora (e também federativa, se poderia dizer) é uma forma oposta à concepção atual de democracia, fundada na plena liberdade da sociedade inventar as suas próprias regras, sem nenhuma certeza a priori. RB não percebeu em Tocqueville uma notável lição, já que, como afirma o autor francês, a democracia "est faite pour enseigner le danger de la liberté". E se não existe lugar para o perigo e o risco na racionalidade política, também não há liberdade para as classes ditas privadas das luzes. RB iria modificar este seu pensamento somente no final de sua vida, depois de constatar, a partir de suas campanhas presidenciais, que a sua concepção de democracia não era suficiente para modificar a paisagem política nacional.

Isto por dois motivos: de um lado, pelo fato de que as classes conservadoras, na sua maioria, não o escutaram, preferindo a segurança do poder; por outro lado, porque suas concepções estavam ainda bastante distantes do povo. Tudo isto, finalmente, iria provocar alterações mais democráticas no seu pensamento, concretizadas a partir da reivindicação de importantes concessões para as classes sociais mais pobres, durante a **campanha presidencial de 1919**. Outra razão que levaria RB para mais próximo da questão social foi a sua aproximação do **pensamento religioso** (também influência inglesa), que lhe permitiu vislumbrar a possibilidade de que a Igreja católica fornecesse às classes pobres e trabalhadoras a moral idade que a instrução inexistente jamais daria.

5. A democracia liberal em Rui Barbosa

5.1 A trajetória política de RB é caracterizada pelo desenvolvimento de um pensamento que, nos seus deslocamentos permanentes, tem por finalidade a construção da democracia, como fiadora da lei e da liberdade. Trata-se de um pensamento político que, se bem que tenha algumas lacunas, como o individualismo excessivo e o cientificismo de suas primeiras manifestações de juventude, constitui um sistema teórico coerente e pragmático, desvelando-nos com requinte os dilemas da prática democrática.

Os dois eixos principais, a partir dos quais se articula todo esse sistema, a lei e a liberdade, seriam, portanto, as condições necessárias para a institucionalização de um

Estado de direito. Eles não são, então, simplesmente argumentos retóricos, mas reivindicações concretas. Isto se comprova em diversas ocasiões, como, por exemplo, durante a campanha da abolição, quando ele solicitou em face da Monarquia, a liberdade dos escravos, para ele, ilegalmente detidos. RB também seria um dos primeiros defensores dos direitos humanos e de sua função política.

A questão da democracia na obra de RB, se a considerarmos a partir de sua totalidade, sempre voltada para esses valores, adquire um novo sentido. Nesta perspectiva, a democracia toma-se um valor transcendente e uma atividade pragmática, que se redefine perante os acontecimentos políticos. Assim; pode-se observar que a democracia (lei-liberdade) é um conceito evolutivo, que, desde a afirmação insistente dos valores liberais, recebe em cada contexto um qualificativo diferente: ***"democracia racional", "democracia federativa" (democracia juridicista) e "democracia conservadora ".***

Uma tal teoria do Estado, a partir de sua concepção inglesa de forma de sociedade, é indiferente ao regime político adotado, seja a Monarquia, seja a República. Pois, para ele, a democracia não é um regime político, mas uma forma política integral (cultural, econômica e social) da sociedade. Neste sentido, existe neste pensamento uma concepção da política que ultrapassa a discussão sobre os regimes políticos, para se concentrar na questão (democracia), como matriz constitutiva da sociedade. Perante a discussão político-jurídica, ainda presente em nosso País, que em 1993 plebiscitou entre formas e sistemas de governo, RB optaria pela forma de sociedade democrática.

Trata-se, assim, de uma teoria fundada sobre a racionalidade do sistema político. O Estado deveria ser neutro e imparcial, desde que conseguisse colocar em prática uma teoria de governo racional. Neste sentido, insere-se numa concepção racionalista da política, que pode nos lembrar Maquiavel, orientada para a eficacidade da lógica do poder. Entretanto, este pensamento afasta-se de Maquiavel, e igualmente do positivismo comtista, em razão de sua defesa intransigente da liberdade.

Uma tal teoria do Estado, durante os últimos anos do Império, era dirigida à construção de a um regime parlamentar moderno: um efetivo parlamentarismo inglês, contrário ao arremedo de parlamentarismo (francês - Guizot) adotado. Tal sistema político dependeria da formação de um novo tipo de cidadão mais apto a fazê-lo funcionar, o qual seria *"**forjado**"* graças a uma reforma eleitoral e uma reforma da instrução. Estas reformas produziriam, também, as condições para o desenvolvimento do capitalismo. A fim de otimizar as reformas necessárias, o Estado deveria intervir **na educação,** que seria fundada somente no **método científico**. Este primeiro momento do pensamento de RB caracteriza aquilo que nomeamos de *"**democracia racional**"***.** Trata-se de uma inteligente tentativa de utilizar os meios de poder, da lei e do saber, com vistas à formação de uma cidadania fundada na soberania da razão.

O liberalismo radical (Rousseau), para quem a vontade geral era a única fonte legítima do poder, opunha-se ao pensamento político dominante no Império: o conservadorismo, que se inspirava no liberalismo doutrinário (Guizot), suporte do Poder Moderador. Neste contexto, a democracia racional, na qual a matriz principal era o pensamento inglês (Mill), mesmo tendo pontos em comum com essas duas concepções, tinha a sua própria especificidade. Mesmo que RB tenha postulado, da mesma maneira que os doutrinários, a racionalidade política, exigia igualmente a soberania popular. Do mesmo modo, não se poderia admitir o individualismo radical sem que fosse acompanhado da promoção da educação política da sociedade e de concessões políticas graduais. Ele seria também, contrariamente aos radicais e aos conservadores, um fervoroso defensor da modernização política e econômica, chegando mesmo a admitir uma intervenção mitigada do Estado.

A democracia racional seria uma espécie de dialética entre a liberdade e a razão, na qual o respeito à lei, os direitos e deveres, seria a mediação de responsabilidade necessária. Além disto, RB não poderia aceitar a *manutenção da escravidão pela Monarquia*, a dominação da Igreja pelo Estado, e principalmente a continuidade da centralização político-administrativa. Todos estes aspectos, aliados ao fracasso das reformas eleitorais e educacionais, assim como a incapacidade dos partidos políticos de realizar as funções de mediação, entre outros, que engendraram a queda do Império, abriram espaço para a propagação do republicanismo brasileiro.

A democracia federativa seria, então, o segundo momento teórico importante, pois, a partir da impossibilidade da implantação de um efetivo sistema parlamentar, todo este conjunto de reivindicações críticas se aglutinaria em tomo do pensamento republicano dos Estados Unidos. A República federativa deveria ser presidencialista, mas uma das contribuições de RB para este sistema seria a criação de um poder Judiciário independente, que deveria ser o guardião da lei, substituindo, nesta função, o Parlamento (democracia juridicista).

O positivismo defendia igualmente a racionalidade das instituições e uma forte atuação do Estado para a materialização do binômio "**ordem e progresso**", considerando a democracia como pura metafísica, devendo ser substituída por uma ditadura científica. Entretanto RB, que nunca admitiu a racionalidade sem o respeito proporcional dos princípios democráticos liberais., combateu os positivistas, contribuindo para a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, a fim de elaborar-se uma Constituição republicana. da qual ele terminaria sendo o principal redator. Neste sentido, sua ideologia da ciência tinha por limite e objetivo a manutenção da lei, da liberdade e dos direitos individuais.

Por consequência, quando a ditadura militar desrespeitou a Constituição de 1891, RB, procurando contribuir para a restauração do Estado de direito, elaborou o

terceiro momento de seu sistema democrático: **a democracia conservadora.** Nesta fase, ele se voltaria expressamente para o que denominou, estipulando uma nova significação, de classes conservadores: os segmentos sociais que amavam simultaneamente a lei e o desenvolvimento econômico. A partir daí, ele começaria, pela *primeira vez no Brasil, a fazer campanhas políticas* (eleições presidenciais) que se dirigiam à totalidade da população, iniciando a prática política moderna no País. De uma certa maneira, a exigência de efetividade ou mesmo a revisão constitucional, a partir das bases populares, permitiram o nascimento efetivo da prática **da ideologia republicana** (tirando a sua origem da Proclamação da República), como discurso das elites culturais e progressistas que possuía um caráter universal.

De sorte que, nesta época, RB, após o seu exílio na Inglaterra, começaria a acreditar na possibilidade da conciliação da religião (doutrina católica) com a razão. Isto provocaria uma importante ruptura em seu racionalismo político, pois uma das funções políticas da educação seria a sua capacidade de moralizar (racionalizar) as massas que iriam participar da democracia. Ora, com sua constatação de que a religião tinha uma certa compatibilidade com o espírito científico (Balfour), ele aceitaria a hipótese de que as classes ***"incultas"*** poderiam, talvez, receber as ***"luzes"*** (o sentido de responsabilidade da Igreja). Assim, é possível que RB, nos seus últimos discursos, admitisse como sendo justa grande parte das reivindicações das classes populares, em razão desta nova ***"espiritualidade"*.** Pode-se dizer, de qualquer modo, que no final de sua vida, ao seu individualismo e ao seu racionalismo, juntaram-se alguns traços da questão social. E se for assim, se a morte não tivesse interrompido as suas reflexões, quem sabe ele não poderia chegar a postular a social-democracia?

5.2 Desta maneira, o liberalismo de RB, muito criticado e acusado de idealista, é na realidade um pensamento político extremamente atual. A renovação da questão democrática no Brasil, depois de anos de autoritarismo, 1964-78, e do Populismo contemporâneo, relançou a discussão das relações entre o liberalismo e a democracia. Nesta perspectiva, a maioria das reivindicações de RB, principalmente, na fase posterior à Promulgação da Constituição de outubro de 1988, continuam presentes. Assim, inúmeras novas conquistas constitucionais (algumas ainda sem efetividade), como a formação de um verdadeiro regime federativo, as garantias dos direitos individuais, a liberdade política e social, a imprensa livre, a autonomia dos Poderes, com a ampliação dos poderes do Legislativo e do Judiciário, entre outros, sempre fizeram parte de suas propostas políticas e estavam presentes de certa maneira na Constituição de 1891.

Assim sendo, apenas como exemplo, a respeito da polêmica que se levanta a respeito das vantagens do parlamentarismo ou do presidencialismo, bem como da opção entre a Monarquia e a República, RB há quase um século já afirmava, com razão,

que o importante é a práxis democrática, isto num claro avanço em relação à maioria da classe política de sua época e de nossos dias. Como ele vivenciou, a Monarquia não sobreviveu por não conseguir implementar o parlamentarismo inglês, e a República presidencialista fracassou (na realização da democracia), por sua tendência a eclipsar o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. Portanto, esta questão, em RB, não se localiza exatamente entre os regimes e formas de governo, mas na elaboração de uma forma de sociedade democrática, que altere e dinamize o País como um todo, graças à construção de cidadãos preparados para viver a política, através de reformas de base: instrução, sistema eleitoral, garantias individuais e, fundamentalmente (admitida somente no final de sua vida) com o enfrentamento da questão social.

Para concluir, gostaríamos de precisar que é evidente que o conceito de democracia liberal de RB é insuficiente para se fazer frente às graves necessidades políticas, sociais e econômicas do Brasil do início do século XXI. Mas, ao menos, ele nos deixou como uma de suas maiores contribuições a certeza de que existe um limite, um ponto de garantia dos direitos democráticos que não se pode deixar no silêncio. A Constituição permite, interpretada como fundamento simbólico, a institucionalização de uma nova forma de sociedade democrática. A Constituição de 1891 marcou a sociedade brasileira para sempre com a consolidação da República. Somente por esse acontecimento pode se sentir o seu poder, o poder do Direito. A falta de concretização de todos os ideais da Constituição deve-se muito mais as dificuldades de autonomia hermenêutica do judiciário, excessiva dependência do legislativo e as dificuldades econômico-sociais do início do século XX.

Esta atitude política de resgate do pensamento de RB e da Constituição de 1891, é fundamental para se evitar o desenvolvimento de movimentos antidemocráticos, que tendem a acusar os direitos de serem uma simples ideologia ou uma retórica vazia, proporcionando a justificativa para a irrupção do autoritarismo. É preciso, então, ultrapassar-se a democracia conservadora de RB, mas jamais ao preço de se renegar a prioridade do Direito, da Constituição e da efetivação da democracia. Neste sentido, graças a homens como RB, que defenderam o Direito, a Constituição de 1988, é um marco na história do Estado Democrático de Direito, para que o Brasil consiga chegar a uma concepção de democracia com maior efetividade.

Referências Bibliográficas

1 - Obras Completas de Rui Barbosa. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa;

a) Publicações em vida

1 - O Papa e Concílio. Rio de Janeiro, Brown & Evaristo, 1877.

2 - Relatório do Ministério da Fazenda, 2 vols. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1891.

3 - Finanças e Política da República -Discursos e Escritos. Rio de Janeiro, Companhia Impressora, 1892.

4 - Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal. Rio de Janeiro, Companhia Impressora, 1893.

5 - A Queda do Império. Rio de Janeiro, liv. Castilho, 1921.
b) Obras completas - tomos publicados pela Fundação Casa de Rui Barbosa.
A Constituição de 1891. Vol. 18 -1891
t. I - O Partido Republicano Conservador.
t. I - Parecer Sobre a Redação do Código Civil.
t. II - Memória sobre a Eleição Presidencial.

Principais texto citados

1 – ARON, Raymond. Les Étapes De La Pensée Sociologique, Paris, Gallimard, 1969.
2 - BACHELARD, Gaston. La Philosophie Du Non, Paris, PUF, 1874.
3 - BENICHOU, Paul. Le Temps Des Prophétes Doctrines de L 'Age Romantique, Paris, Gallimard, 1977.
4 - BLOCH, Ernes. Droit Naturel Et Dignité Humaine, Paris, Peyot, 1976.
5 - CICERON De. La République Des Lois, Paris, Flammarion, 1965.
6 - COMTE, A. Philosophie Premiére et Physique Sociale, Paris, Hennann,1975. .
7 - CONSTANT, Benjamin. De L' Esprit De Conquête Et De L 'Usurpation, Paris, Flammarion, 1986. .
8 - CASTORIADIS, Comelius. L 'lnstitution lmaginaire De La Société, Paris, Seuil, 1975.
9 - DWORKIN, RonaId. Law's Empire, London, Fontana, 1986.
10 - FERRY, Luc & RENAUT, Alain. 68-86ltinéraires de L'individu, Paris, Gallimard, 1986.
11- La Pensée 68, Paris, Gallimard, 1985.
12 - FOUCAULT, Michel. Histoire De La Sexualité, t. I. La Volonté De Savoir, Paris, NRF, 1976.
13 - FURET, François. Penser La Révolution Française. Paris, Gallimard, 1985.
14 - GUIZOT, François. Histoire de La Civilisation en Europe, Paris, Hachette, 1985.
15 - JARDIN, André. Alexis de Tocqueville, Paris, Hachette, 1984.
16 - KELSEN, Hans. Théorie Pure Du Droit, Paris, Dalloz, 1962.
17 - LEFORT, Claude. Elements D'Une Critique De La Bureaucratie, Genéve, Droz, 1971.
18 - ____. Le Travail De L´Oeuvre, Machiavel, paris, Gallimard, 1972.
19 - ____. Un Homme En Trop, Reflexions Sur L 'Archipel Du Goulag, Paris, Seuil, 1976.
20 - ____. L' Invention Démocratique -Les Limites De La Domination Totalitaire, Paris, Librairie Arthéme Fayard, 1981.
21 - ____. Les Forines De L 'Histoire, Paris, Gallimard, 1978.
22 - ____ . Sur Une Colonne Absente (Ecrits Autours De Merleau-Porty), Paris, Gallimard, 1978.
23 - ____. Essais Sur Le Politique, X/Xe - XXe Siècles, Paris, Esprit-Seuil, 1986.
24 - MACPHERSON, C. B. The Life and limes of Liberal Democracy, Oxford, Oxford University Press, 1977.
25 - MANENT, Pierre. Les Libéraux,.I et lI, Paris, Hachette, 1986. 26 -MERLAU-PONTY, M- Phénomélogie de Ia Perception, Paris, Gallimard., 1983.
26 - MERLEAU-PONTY, M. Phénomélogie de la Perception, Paris, Gallimard, 1983.
27 - ____. Le Visible et L 'lnvisible, Paris, Gallimard, 1983.
28 - NISBET, Robert. A La Tradition Sociologique Traduit de L 'Américain par Matine Azuelos, Paris, Presses Universitaires De France, 1984.
29 - POPPER, Karl. Misère de L 'Historicisme, Paris, Agora, 1988
30 - ROSANVALLON, Pierre. Le Moment Guizot-Paris, Gallimard, 1985.
31 - SPENCER, Herbet. pe L' Education lntellectuelle, Morale et Physique, Verviers, Marabout Université, 1974.
32 - STUART MILL, John. John,Stuart Mill on Politics and Society, org. par Geraint L. WILLIAMS, London, Fontana, 1985.
33 - ____. On Liberty, Penguin Classics, 1987.

34 - ____ . La Révolution de 1848, Paris, Genner Bailliére, 1875.

35 - ____. Principles of Political Economy With Some Applications to Social Philosophy, Uniyersity Of, Toronto Press, 1965.

36 - ____. Considerações sobre o Governo Representativo, trad. Brasileira, Brasília, UNB, 1980.

37 - STRAUSS, Leo. Droit Naturel et Histoire, Paris, Flammarion, 1986.

38 - ____. La Cité et L 'Homme, Paris, Agora, 1987.

39 - TOCQUEVILLE, A. L' Ancien Régime et la Révoiution, Paris, Gallimard,1967.

40 - ____. De La Démocratie En Amérique, I et II, Paris, Folio-Histoire, 1961.

41 - WEBER, M. Economia y Sociedad, Tradution J. M. Echevarria, México, Fondo de Cultura Económica, 1969.

42 - Beck, Ulrich. La Société du Risque. Paris: Aubier, 2001;

43- Beck, Ulrich, Giddens, Anthony, Lash, Scott. Modernização Reflexiva. Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna. Tradução de Magda Lopes, São Paulo: Unesp, 1997;

44 - Bendix, Reinhard. Max Weber, um perfil intelectual. Tradução de Elisabeth Hanna e José Viegas Filho, Brasília: UNB, 1986;

45 - Bourdieu, Pierre. Raisons Pratiques. Sur La Théorie da l Action. Paris: Seuil, 1994;

_____. Elementos Para Uma Sociologia Del Campo Jurídico. Tradução de Carlos Morales, Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre editores, 2000;

Giddens, Anthony. A Terceira Via. Tradução de Maria Luiza Borges, Rio de janeiro: Record, 1999;

46- Habermas, Jurgen. Teoría de la acción Comunicativa I e II. Tradução de Manuel Redondo, Mardid: Taurus, 1987;

_____. Direito e Democracia. Entre Faticidade e Validade I e II. Tradução de Flavio Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tampo Brasileiro, 1997;

47 - Luhmann, Niklas. Sociologia do Direito I e II. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de janeiro: Tempo Brasileiro, 1983-85;

_____. Legitimação Pelo Procedimento. Tradução de Maria da Conceição Côrte-real, Brasília: UNB, 1980;

_____ .O Enfoque Sociológico da Teoria e Prática do Direito in Revista Seqüência 28, Florianópolis, pp.16-29, 1994;

_____ . Sistemas Sociales. Lineamentos Para Uma Teoría General. Tradução de Silvia Pappe, México: Alianza Editorial, 1991;

_____. Sociologia del Riesgo. Tradução de Silvia Pappe, Guadalajara; Universidad Iberoamericana, 1991;

48 - Robles, Gregorio. Sociologia del Derecho. Madrid; Civitas, 1993;

49 Rocha, Leonel Severo. Epistemologia Jurídica e Democracia. 2ª edição, São Leopoldo: Unisinos, 2004;

_____. Três Matrizes da Teoria Jurídica in Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, 1999, pp.1321-136;

_____ . Paradoxos da Auto-Observação. Percursos da Teoria Jurídica Contemporânea. Curitiba: JM, 1997;

50 - Schwartzenberg, Roger-Gérard. Sociologia Política. Tradução de Domingos Mascarenhas. Rio de janeiro: Difel, 1979;

Capítulo 13

OS DESAFIOS E AS PERSPECTIVAS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO ESTATUTO DA CIDADANIA DO MERCOSUL

Luciane Klein Vieira

OS DESAFIOS E AS PERSPECTIVAS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO ESTATUTO DA CIDADANIA DO MERCOSUL[1]

Luciane Klein Vieira[2]

Sumário: 1. Introdução; 2. A dimensão social do MERCOSUL e a Decisão nº 64/2010; 3. O Estatuto da Cidadania: objetivos e eixos temáticos; 4. Os desafios e as perspectivas para a implementação dos objetivos previstos pelo Estatuto; 5. Considerações finais; Referências.

Introdução

O Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) é uma organização internacional criada pelo Tratado de Assunção, em 26 de março de 1991, com um propósito econômico bastante claro: criar um mercado comum entre os seus Estados Partes, a saber, Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.[3] Para a consecução do tipo econômico em destaque, o

---

1 Os resultados apresentados neste artigo estão vinculados ao Projeto de Pesquisa "A dimensão público e privada da integração: os impactos do Estatuto da Cidadania do MERCOSUL na agenda do bloco e na vida dos cidadãos mercosulinos", coordenado pela Profa. Dra. Luciane Klein Vieira, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

2 Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Doutora em Direito (área: internacional) e Mestre em Direito Internacional Privado, Universidad de Buenos Aires - UBA. Mestre em Direito da Integração Econômica, Universidad del Salvador – USAL e Universitè Paris I – Panthéon Sorbonne. Diretora para o MERCOSUL do BRASILCON (Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor) – Gestão 2020-2022. Ex-Consultora internacional contratada pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD e pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO. E-mail: lucianevieira@unisinos.br

3 Cabe referir que a Venezuela, desde 2012, integra o MERCOSUL. Não obstante, em 2017, foi-lhe aplicada a sanção prevista no Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático que a suspendeu de participar do bloco até que se reestabeleça o Estado Democrático de Direito no país.

bloco deve implementar as denominadas quatro liberdades de circulação (mercadorias, serviços, pessoas e capitais), além da coordenação das políticas macroeconômicas em setores específicos e da harmonização das legislações nacionais.

Apesar de ter se voltado, ao longo dos seus já 31 anos de existência, à consecução dos objetivos de índole econômica, sobretudo focados na livre circulação de mercadorias (liberdade que sequer está plenamente consolidada, em virtude das perfurações na tarifa externa comum), outras dimensões da integração também foram ganhando, paulatinamente, alguma sorte de destaque, como é o caso da dimensão social, muito embora, inicialmente, os esforços nesse sentido tenham sido bastante tímidos.

Sobre o tema, encontra lugar a advertência trazida pela doutrina, no sentido de que os valores democráticos, a participação da sociedade no processo de tomada de decisão e a constituição de uma noção de cidadania regional não aparecem, em geral, nos processos de integração nos seus primeiros anos de existência, sobretudo naqueles de corte intergovernamental, como é o caso do MERCOSUL. Sendo assim:

> Las experiencias europeas y americanas ponen en evidencia que, en el nacimiento y en las primeras etapas de los esquemas de integración, no hubo participación directa, en la deliberación ni en la elección de representantes y, menos aún, en la toma de decisiones por parte de los ciudadanos. Es decir que, conforme evolucionan, empieza a manifestarse cierta disociación y a percibirse el desconocimiento del conjunto respecto de los beneficios y las ventajas que los esquemas de integración económica pueden ofrecer a los ciudadanos. En realidad, en el origen, el impulso inicial corresponde a los gobiernos y sólo conforme la integración evoluciona, se da participación directa a asociaciones intermedias y a la ciudadanía en su conjunto. Una de las principales críticas que se han formulado respecto de los procesos de integración en curso reside en el hecho de que son demasiadas las decisiones capaces de afectar la vida de los ciudadanos que se toman sin la debida transparencia, publicidad y participación." (NEGRO, 2013, p .45-46)

Levando em consideração o exposto e principalmente o fato de que a integração afeta a vida de todos os particulares que habitam os Estados partícipes, ganha relevo o trabalho que vem sendo desenvolvido, desde 2003, para a construção de uma noção de cidadania regional, de pertencimento à zona integrada, que conclama os cidadãos mercosulinos à que conheçam os direitos, benefícios e garantias que possuem por simplesmente deterem a condição de nacional ou residente de um dos Estados Partes do MERCOSUL. Não obstante, é preciso frisar, tais direitos foram e continuam sendo discutidos e criados por órgãos integrados por representantes governamentais, à revelia da participação democrática e da transparência. Essa tarefa de consolidação da dimensão social do bloco, como se verá, foi incrementada com a publicação, por ocasião dos 30 anos do MERCOSUL, do Estatuto da Cidadania, documento internacional que con-

templa os direitos dos cidadãos mercosulinos, em 10 eixos específicos, resultado do cumprimento da agenda de trabalho proposta em 2010.

Com base nesse cenário transversal ou multidimensional da integração regional, próprio de um processo de integração que pertence ao novo regionalismo (CZAR DE ZALDUENDO, 2013, p. 21-23), na medida em que se ocupa de outras dimensões que não somente a comercial, este artigo se propõe a responder ao seguinte problema de pesquisa: Quais são os desafios e as perspectivas para a implementação do Estatuto da Cidadania do MERCOSUL na região? Para o desenvolvimento do texto, numa abordagem qualitativa, utilizar-se-ão os métodos de análise normativo-descritivo e comparativo, valendo-se de pesquisa de cunho bibliográfico e documental.

1. A dimensão social do MERCOSUL e a Decisão nº 64/2010

Em 2003, por ocasião do Consenso de Buenos Aires, entendimento bilateral entre Brasil e Argentina, os Chefes de Estado (Néstor Kirchner e Luiz Inácio Lula da Silva) postularam uma nova agenda de prioridades para o MERCOSUL, incluindo aspectos econômicos, mas também sociais e sobretudo políticos, tais como, aproximar a democracia da cidadania e reverter o *déficit* democrático da região. Em razão do encontro referido, começaram a ser promovidos esforços para o relançamento do MERCOSUL com um novo *approach,* voltado à busca de uma identidade regional. Sendo assim,

> En virtud de este consenso entre Kirchner y Lula, se recoge, por un lado, la idea de ampliar la agenda del MERCOSUR y configurar una verdadera redefinición del MERCOSUR. Y, por otro lado, se remarca la lógica identitaria que une a sus miembros y que les hace compartir valores y tradiciones, esto es, que les construye como pertenecientes a una misma sociedad de Estados, que se ven como socios para un futuro compartido y no como rivales ni enemigos. (CABALLERO SANTOS, 2014, p. 851)

Seguindo a mesma toada, no segundo semestre de 2005, o então presidente do Uruguai, Tabaré Vázquez, ao assumir a Presidência *Pro Tempore* do MERCOSUL, destacou em discurso de abertura da Reunião de Cúpula dos Chefes de Estado, que

> No hay integración económica sin integración social. No hay sociedad sin ciudadanía. Ha llegado el momento de comenzar a llenar de ciudadanía al MERCOSUR. (…) Solo se conformará una identidad regional, coexistente con las identidades nacionales que hay que preservar y fortalecer, por cierto, si nuestros pueblos comienzan a reconocerse como partes diversas de una única y dinámica unidad. (REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, 2005)

No ano seguinte, em 14 de julho de 2006, o MERCOSUL adotou oficialmente uma postura mais proclive à integração social, ao reconhecer o indivíduo como cidadão e sujeito de direitos civis, políticos, sociais, culturais e econômicos, quando da aprova-

ção da Declaração de Buenos Aires denominada "Por um MERCOSUL com rosto humano e perspectiva social". A Declaração destaca que o desenvolvimento econômico de distribuição equitativa deve garantir o desenvolvimento humano na sua integralidade, deixando consignado que "la Dimensión Social de la integración regional se configura como un espacio inclusivo que fortalece los derechos ciudadanos y la democracia" (INSTITUTO SOCIAL DEL MERCOSUR, 2012, p. 20).

Imbuída desse espírito, anos mais tarde, em julho de 2010, a Comissão de Representantes Permanentes do MERCOSUL, com sede em Montevidéu, publicou a Cartilha do Cidadão do MERCOSUL, uma consolidação da normativa vigente destinada a facilitar aos nacionais dos Estados Partes o acesso aos seus direitos em matéria de circulação de bens, pessoas, trabalho, previdência social, educação, direitos humanos, cooperação consular, integração cultural e saúde pública. A Cartilha, em 2017, foi reeditada, passando a contar com a denominação "Cartilha da Cidadania do MERCOSUL: compilação de normas relacionadas com o cidadão e a cidadã do MERCOSUL" (COMISSÃO DE REPRESENTANTES PERMANENTES DO MERCOSUL, 2017), tendo inclusive ampliado o seu conteúdo, na medida em que passou a abarcar o direito do consumidor, correspondências e encomendas, bem como a dimensão social do MERCOSUL, inspirada nos mandamentos contidos na Decisão nº 64/2010, a qual serviu de base para a posterior elaboração do Estatuto da Cidadania.

Sobre o tema, em 16 de dezembro de 2010, tendo por base a Cartilha antes referida, o Conselho do Mercado Comum (CMC), principal órgão com capacidade decisória do MERCOSUL, aprovou a Decisão nº 64, conforme a qual foi acordado um prazo de dez anos para o cumprimento de um Plano de Ação, com o objetivo de criar um Estatuto da Cidadania, que deveria estar composto por direitos fundamentais e benefícios para os cidadãos da região. O prazo para a finalização do Estatuto foi estabelecido para 26 de março de 2021, data na qual se daria o cumprimento do 30º aniversário da assinatura do Tratado de Assunção.

A Decisão em referência, buscando aprofundar a dimensão social e cidadã do processo de integração, com o olhar posto no alcance do "desenvolvimento sustentável, com justiça e inclusão social em benefício dos nacionais dos Estados Partes do MERCOSUL" (Preâmbulo, item nº 3), buscou implementar uma estratégia regional de avanço progressivo da integração sob um enfoque multidimensional. Para isso, estabeleceu como objetivos: a) a implementação de uma política de livre circulação de pessoas; b) a igualdade de direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicas para os nacionais dos Estados Partes do MERCOSUL; c) a igualdade de condições de acesso ao trabalho, à saúde e à educação, conforme se observa do disposto no art. 2º da Decisão nº 64/2010. (MERCOSUL, 2010)

Sendo assim, pela primeira vez na região, foi inserido expressamente em norma do Direito do MERCOSUL a referência à existência de cidadãos do MERCOSUL e não somente pessoas, nacionais ou residentes dos Estados Partes (VIEIRA; COSTA, 2021, p. 120). Portanto, o caráter simbólico do Estatuto reforça a convicção no sentido da necessidade de ser gerada, paulatinamente, uma noção de cidadania regional vinculada à redução das diferenças e ao sentimento de pertencimento à região e que, para o exercício desse estado de cidadão mercosulino, os destinatários da integração precisam poder conhecer os direitos sociais que já lhe são garantidos pelas normas do Direito do MERCOSUL que dão base ao conteúdo vertido no Estatuto em referência.

Nesse sentido, a fim de consolidar o documento a que se propôs a Decisão nº 64/2010, os Estados Partes escolheram inicialmente onze eixos temáticos que deveriam orientar o trabalho de distintos grupos, foros, órgãos e reuniões específicas no âmbito do MERCOSUL, os quais, finalmente, deram origem a dez distintos grupos de direitos, que serão vistos no item que segue.

2. O Estatuto da Cidadania: objetivos e eixos temáticos

Em 26 de março de 2021, quando o MERCOSUL completou os seus 30 anos de existência, foi dado a conhecer à comunidade regional o Estatuto da Cidadania do MERCOSUL, produto derivado da conclusão do Plano de Ação estabelecido pela Decisão nº 64/2010, antes referida, em ocasião da Reunião de Cúpula do MERCOSUL, realizada no formato virtual sob os auspícios da presidência *pro tempore* da Argentina.

O Plano em destaque, no seu art. 3º, determinou que para alcançar os objetivos estabelecidos no dispositivo anterior, já mencionados, o Estatuto deveria estar conformado por onze eixos temáticos, a saber:

> "1) circulação das pessoas: facilitação do trânsito e da circulação no espaço do MERCOSUL, com a simplificação dos procedimentos de migração e da gradual harmonização dos documentos aduaneiros e migratórios; 2) Fronteiras: alargamento gradual das Áreas de Controle Integrado e revisão do Acordo de Recife; 3) Identificação: inserção da denominação "MERCOSUL" nas carteiras de identidade nacionais; 4) Documentação e cooperação consular: ampliação dos casos de dispensas da tradução e da legalização de documentos, alargamento dos mecanismos de proteção consular; 5) Trabalho e emprego: revisão da Declaração sócio-laboral do MERCOSUL, reforço da Comissão sócio-laboral, elaboração dos planos regionais em matéria de facilitação da circulação dos trabalhadores; 6) Previdência Social: integração dos bancos de dados sobre informação previdenciária e trabalho nos Estados-Partes; 7) Educação: simplificação dos procedimentos para a equivalência dos diplomas e consolidação de um espaço de mobilidade acadêmica; 8) Transporte: criação da "Carteira de Habilitação do MERCOSUL"; 9) Comunicação: redução do preço da tarifa da telefonia fixa e móvel entre os Países do MERCOSUL; 10) Defesa do Consumidor: criação de um Sistema MERCOSUL de Defesa do Consumidor; 11) Direitos Políticos: avaliação das condições para avançar progres-

> sivamente em direção ao reconhecimento dos direitos políticos, em conformidade com as legislações nacionais, em favor dos nacionais de um dos Estados Partes que residem em um país da região da qual não sejam nacionais, incluída a possibilidade de eleger os parlamentares do MERCOSUL." (MOURA, 2018)

Posteriormente, em 10 de janeiro de 2019, o texto do Plano de Ação sofreu algumas modificações, autorizadas pela Decisão nº 32/2017, levando em consideração a extinção da figura do Alto Representante do MERCOSUL e a criação de novos foros com competência vinculada a vários dos objetivos presentes no Plano de Ação de 2010. Nesse sentido, foram mantidos os onze eixos anunciados, a fim de não obstaculizar o trabalho que já estava sendo levado a cabo pelos órgãos, reuniões especializadas e foros mercosulinos em seus distintos âmbitos.

Finalmente, em 26 de março de 2021, o Estatuto da Cidadania foi publicado, contemplando dez dos onze eixos temáticos iniciais, a saber: a) circulação de pessoas; b) integração fronteiriça; c) cooperação judicial e consular; d) trabalho e emprego; e) previdência social; f) educação; g) transporte; h) comunicações; i) defesa do consumidor; j) direitos políticos e acesso do cidadão aos órgãos do MERCOSUL. Como se observa, o eixo temático destinado à identificação, contemplado na Decisão nº 64/2010 e na norma que a modificou, foi finalmente excluído do Estatuto aprovado, ainda que se tenha feito menção em algumas oportunidades ao documento de identidade nacional expedido pelos Estados Partes, sobretudo em matéria de circulação de pessoas.

Nesse contexto, e a título de exemplo, pode-se referir como direitos dos cidadãos do MERCOSUL, contemplados no Estatuto em estudo: a utilização do documento de identidade nacional para circulação entre os Estados (sem a necessidade de apresentação de passaporte); a concessão direta de residência temporária por 2 anos, bastando a comprovação da nacionalidade[4]; o direito de trabalhar e estudar em igualdade de condições e oportunidades com os nacionais do Estado Parte de destino; a possibilidade de uso do benefício da justiça gratuita e da assistência judiciária gratuita como medida de facilitação do acesso à jurisdição, além do direito à não imposição do pagamento de caução de processo para litigar no estrangeiro; a proteção social em caso de enfermidade, deficiência, invalidez, velhice e morte; o atendimento à saúde prestado de forma gratuita; a aposentadoria por idade ou por incapacidade e a pensão por morte, reco-

---

4 Este direito está previsto no Acordo de Residência para Nacionais dos Estados Partes do MERCOSUL, de 2002. Este Acordo concede "o direito de residência legal aos cidadãos que queiram se estabelecer em um dos Estados Partes, mediante a simples comprovação do vínculo de nacionalidade com um destes Estados, por meio de seu documento de identificação. Essa exigência representa uma alteração no sistema migratório do bloco, que antes se baseava na necessidade de comprovação de atividade laboral, vínculo de emprego ou de estudo para a concessão da autorização de residência em caso de quaisquer nacionalidades." (COSTA; VIEIRA, 2019, p. 141)

nhecendo-se o período de trabalho e contribuição prestados em diferentes Estados Partes do MERCOSUL; o reconhecimento dos certificados e diplomas de Ensino Fundamental e Médio para fins de prosseguimento nos estudos ou revalidação; o reconhecimento de diplomas de graduação para fins de realização de pós-graduação em Estado Parte do MERCOSUL; a mobilidade acadêmica para fins de estudo e pesquisa; o uso da habilitação nacional para conduzir veículo nos demais Estados Partes do MERCOSUL; a eliminação da cobrança do *roaming* internacional nos Estados Partes do MERCOSUL; o acesso à informação e educação a respeito do consumo adequado de bens e serviços; a proteção da vida, saúde e segurança contra riscos provocados no fornecimento de bens e serviços; a proteção contra a publicidade enganosa e métodos comerciais desleais ou abusivos; o acesso à informação nas compras realizadas por meios eletrônicos; o direito de ser representado no Parlamento do MERCOSUL e de através deste órgão poder apresentar suas reclamações aos órgãos com capacidade decisória, entre outros. (MERCOSUL, 2021, p. 5-42)

Com relação à composição e vigência do Estatuto, cabe referir que a parte introdutória do documento aludido deixa claro que:

> O Estatuto compila direitos e benefícios em favor dos nacionais, cidadãos e residentes dos Estados Partes do MERCOSUL contemplados no acervo jurídico vigente do MERCOSUL, e cujo escopo depende das respectivas legislações nacionais e da natureza específica dos diferentes instrumentos. Dessa forma, o Estatuto permite visibilizar e promover os referidos direitos e benefícios. Ademais, levando em consideração que o respeito, a proteção e a promoção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais são condições essenciais para a consolidação do processo de integração, os direitos e benefícios incluídos nos dez eixos temáticos que conformam o Estatuto da Cidadania do MERCOSUL são abordados a partir de uma perspectiva transversal de direitos humanos, igualdade e não discriminação. (MERCOSUL, 2021, p. 3)

Em outras palavras, é possível perceber que o Estatuto contempla uma noção relativa a quem é cidadão do MERCOSUL, que se refere aos nacionais e aos residentes legais dos Estados Partes (VIEIRA; COSTA, 2021, p. 119), prevendo, para eles, um conjunto de direitos, prerrogativas e benefícios que derivam justamente da sua condição de cidadão da região.

Sobre a atualização do documento, cabe destacar que o Estatuto se autodeclara um instrumento dinâmico, ou seja, define-se como um corpo normativo que vai sendo atualizado na medida em que novos direitos, garantias e benefícios vão sendo reconhecidos aos cidadãos do MERCOSUL e que logrem entrar em vigência, em que pese o complexo sistema de vigência simultânea implementado pelo Protocolo de Ouro Preto, aliado às dificuldades para a internalização das normas internacionais ao direito interno de cada Estado Parte.

Ainda, é importante destacar que o Estatuto, ao ser adotado como um documento que compila direitos já previstos em outras normas do bloco, pode ter caráter obrigatório ou não para os Estados Partes, dependendo de qual norma derivam estes direitos e se esta foi internalizada por todos os Estados, uma vez que o Estatuto em si não lhes confere caráter vinculante (VIEIRA; COSTA, 2021, p. 119-120), por ter sido concebido finalmente como norma de *soft law*. Isso é assim porque o MERCOSUL decidiu abandonar a ideia inicial, contida no art. 7º da Decisão nº 64/2010, conforme a qual o Estatuto seria aprovado por meio de um Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção, o que lhe conferiria o status de direito originário e vinculante (MOURA, 2018), ao mesmo tempo em que incorporaria o conceito de "cidadão do MERCOSUL" no tratado constitutivo (FRAINER; VIEIRA, 2021).

Com base no exposto, e levando em consideração a importância da normativa mercosulina em referência, vejamos, a continuação, quais são os principais desafios e perspectivas para a implementação dos direitos e garantias previstos no Estatuto, que visam, por conseguinte, o objetivo final da consolidação da noção de cidadania regional.

3. Os desafios e as perspectivas para a implementação dos objetivos previstos pelo Estatuto

É inegável a importância da existência do Estatuto da Cidadania, que consolida uma série de esforços coletivos que foram e que vem sendo realizados pelo MERCOSUL em prol da dimensão social antes referida. Nesse sentido, é salutar destacar que o objetivo do documento em estudo se refere à "institucionalização formal de uma cidadania comum, ou, ainda, regional" (MOURA, 2018), com o intuito de que agregue valor à cidadania nacional, de forma a ampliar o conjunto de direitos e de prerrogativas dos seus destinatários. Portanto, trata-se de uma cidadania *sui generis*, "que não encontra semelhança com o clássico instituto jurídico da cidadania ligada ao Estado e cujo binômio é a nacionalidade." (MOURA, 2018) É uma cidadania que vai muito além de se pertencer a um país, de se exercer direitos políticos num dado território nacional, que se vêm limitados pela existência das fronteiras. Portanto, o conceito de cidadania regional complementa a tradicional noção de cidadania, entendida como vínculo político que une um indivíduo a um determinado Estado, na medida em que não se ocupa exclusivamente do exercício de direitos políticos pelos nacionais de um país, mas sim cuida de outra categoria de direitos fundamentais que permitem ao indivíduo participar de forma substancial da vida em sociedade (e não apenas formal). Estamos falando, aqui, de direitos como o acesso à informação, o acesso ao trabalho e à educação, o acesso aos meios de comunicação, o acesso à saúde e à previdência, o acesso à justiça,

etc., o que revela um conceito mais moderno e amplo de cidadania (PREBIANCA, Letícia, 2011, p. 157), sobretudo quando se translada essa ideia para um espaço integrado.

Nesse sentido e para tornar possível a construção da noção de uma cidadania comum mercosulina, verifica-se que não basta a publicação do Estatuto, com a intenção de celebrar a dimensão social do bloco em razão do cumprimento dos seus 30 anos, dissociada da preocupação com a efetividade e o alcance da medida. A caminhada em prol da consolidação dos direitos e benefícios inerentes aos cidadãos do MERCOSUL é longa e encontra uma série de dificuldades e desafios em seu percurso.

A primeira delas, diz respeito à divulgação e ao alcance do próprio Estatuto da Cidadania. O MERCOSUL está conformado por mais de 295 milhões de pessoas (MERCOSUL, 2022). Quantas delas sabem o que é o bloco, quais os seus impactos na sua vida cotidiana e na economia do seu país? Quantas conhecem: o que o MERCOSUL agrega ao cidadão que pertence à zona integrada? Que direitos possuem na condição de cidadãos mercosulinos? A simples vista, a resposta parece ser bastante simplória. Logo, investir *na educação e na informação* dos nacionais e residentes do MERCOSUL são medidas basilares para a consecução de qualquer objetivo, mais ainda quando se quer alcançar uma integração real que vá além do âmbito puramente econômico. Para isso, o conhecimento sobre o MERCOSUL, sobre os seus objetivos, suas instituições, suas deficiências, sobre os direitos e obrigações que alcançam os seus nacionais e residentes deve fazer parte do currículo das escolas de Ensino Fundamental e Médio de todos os países da zona e também do Ensino Superior. Com relação ao tema, no Brasil, o estudo do MERCOSUL está contemplado na Base Nacional Comum Curricular (BNCC), que está sendo implementada nas escolas desde 2020, aparecendo como competência que deve ser trabalhada no 8º ano do Ensino Fundamental (BRASIL, 2018, p. 389). Em apoio à norma referida estão os Parâmetros Curriculares Nacionais (PCN), nos quais o estudo dos blocos de integração regional, e aqui especificamente do MERCOSUL, está contemplado também nos anos finais do Ensino Fundamental, na disciplina de "geografia" (BRASIL, 1998, p. 108 e 125). Como se verifica, apesar do Ensino Médio compor a Educação Básica nacional, não há referência ao estudo do processo de integração durante essa etapa. Agrava ainda mais a situação o fato de o Brasil ser o único país do bloco cuja disciplina "Direito da Integração" não é componente obrigatório dos currículos da Faculdades de Direito. Tal cenário fala por si e explica em grande parte o desconhecimento generalizado da população brasileira a respeito do tema. Igualmente, além das reformas necessárias no sentido da inclusão da temática nos currículos referidos, campanhas informativas, palestras e cursos de formação docente sobre o MERCOSUL devem estar na agenda dos Estados e, assim, na pauta dos respectivos Ministérios de Educação.[5]

---

5 Sobre o tema, cabe trazer à colação a iniciativa do grupo de pesquisa "Direito e Integração Regional", coordenado por mim, registrado no CNPq e vinculado ao Programa de Pós-

A segunda dificuldade relacionada à implementação do Estatuto da Cidadania diz respeito à uma questão jurídica, vinculada ao próprio Direito do MERCOSUL. O Estatuto, como já dito, foi concebido como norma de *soft law*, ou seja, uma recomendação de conduta a seguir, pese a que o seu conteúdo tenha sido extraído de decisões e resoluções, portanto normas do direito derivado do MERCOSUL, que se encontram, em sua maioria, em vigência entre os quatro Estados Partes (ou entre alguns deles). Ao se ter abandonado a postura inicial de concebê-lo como Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção, o que o transformaria em norma obrigatória e cogente, portanto em *hard law*, pertencente ao direito originário do MERCOSUL, optou-se por uma postura que o coloca em segundo plano. Claro que se poderia argumentar que a sua transformação em Protocolo geraria maiores dificuldades de implementação, na medida em que um Protocolo é um tratado internacional, que precisa ser ratificado e internalizado ao direito de todos os Estados partícipes para se tornar obrigatório, enquanto que o formato que lhe foi atribuído permite a rápida aprovação e divulgação, dispensando o processo de internalização no âmbito doméstico. Não obstante o referido, levando em consideração o caráter simbólico do Estatuto, o mesmo deveria poder contar com o status de norma do direito originário, a fim de retirar-lhe essa roupagem de "documento" desprovido de cogência, ainda mais quando se utiliza como paradigma a evolução experimentada pela Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000, proclamada inicialmente como norma não vinculante e que somente com a entrada em vigência do Tratado de Lisboa, em 2009, foi erigida à categoria de tratado do direito originário europeu, dada a sua importância. Nesse sentido, tal como já advertia a doutrina europeia, à época da aprovação da Carta, ainda que ela tenha sido proclamada solenemente em Nice (local que sediou a aprovação do Tratado reformador que leva o seu nome), o seu texto não foi incorporado ao tratado e por isso não lhe foi atribuído efeito vinculante. Pese ao ocorrido, "la Carta puede, y sin duda lo hará, desarrollar efectos jurídicos que irán ampliando su estatuto de mera declaración, pero sobre todo se irá consolidando como un marco de referencia en materia de derechos y libertades fundamentales que propiciará, tarde o temprano, su efecto jurídico-normativo pleno" (PELÁEZ MARÓN, 2001, p. 280), situação que foi finalmente consolidada em 2009 e que vem sendo corroborada a diário pelo trabalho interpretativo do Tribunal de

---

Graduação em Direito da UNISINOS. Com o intuito de aproximar o cidadão do MERCOSUL, estivemos trabalhando na confecção da Cartilha dos Direitos do Cidadão do MERCOSUL, cujo resultado final foi publicado no início de 2022. A Cartilha (VIEIRA, 2022) é um texto ilustrativo voltado para crianças e jovens do Ensino Fundamental, que explica de forma simples, didática e lúdica quais são os direitos que todos temos na condição de cidadãos mercosulinos. A partir de maio do ano em destaque, a Cartilha passou a ser divulgada por meio de palestras e gincanas nas Escolas de Ensino Fundamental da Rede Municipal de São Leopoldo, para crianças e adolescentes do 7º ao 9º ano, projeto ao qual se dará seguimento nos próximos anos.

Justiça da União Europeia[6]. Muito embora não se deva comparar o MERCOSUL à União Europeia, visto que o sistema de governança, bem como os objetivos econômicos são distintos em ambos os blocos, o certo é que devemos aprender com a experiência dos europeus[7] a fim de evitar os mesmos erros, sobretudo quando se está em jogo o reconhecimento e a proteção de direitos e garantias fundamentais que visam melhorar as condições de vida dos habitantes da região.

Por sua vez, a terceira dificuldade relacionada ao Estatuto e também vinculada ao Direito do MERCOSUL diz respeito ao seu caráter de *norma aberta,* no sentido de que irá sendo atualizada na medida em que mais direitos e garantias vão sendo reconhecidos e que logrem entrar em vigência no âmbito integrado. Aqui, salta à vista toda a dificuldade derivada do árduo processo de harmonização das legislações domésticas, circunstância que não é novidade no MERCOSUL, e que se vê ampliada pelos problemas derivados da internalização das normas, o que faz com que - apesar de uma decisão ou resolução ter sido aprovada no MERCOSUL, por ter sido o resultado da vontade dos Estados manifestada por meio do consenso - muitas e muitas vezes essas normas não logrem entrar em vigência porque no âmbito doméstico os Estados não procedem à necessária transposição ou internalização. Assim, com esse formato, seguiremos tendo um Estatuto (que já é considerado *soft law*) que vai sendo ampliado e "remendado" à medida em que os Estados decidirem incluir o tema aprovado na norma mercosulina de origem na sua agenda social de prioridades, a fim de transformá-lo em norma interna, sendo que, portanto, o seu conteúdo pode não estar vigente para todos os Estados, como já referido. Claro que a atualização normativa é necessária, e que quanto mais direitos forem sendo reconhecidos melhor, mas aqui o grande desafio do Estatuto será justamente driblar as vontades políticas dos Estados, a fim de fazer prevalecer o interesse coletivo, do bloco, e não o interesse particular de um Estado determinado que vai sendo modificado à medida em que entra governo ou sai governo.

Essa dificuldade, invariavelmente, está atrelada a outro grande problema que se costuma vincular historicamente aos fracassos e insucessos experimentados pelo MERCOSUL e que diz respeito à escolha do formato de governança, como já antecipa-

---

6 É interessante referir que Habermas (2007), ao tratar da experiência constitucional alemã, trazendo-a ao contexto da construção política europeia e a outros processos de integração de cunho supranacional, procura fazer um paralelismo entre o caso alemão, marcado sobretudo pelos horrores da Segunda Guerra Mundial, e a formação da cidadania europeia.

7 Com relação ao tema, pode-se dizer que: "A criação de uma cidadania europeia traz importantes reflexos para as relações existentes entre os conceitos de povo, território e soberania. Segundo o preceito contido no artigo 20 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), toda pessoa considerada como nacional de qualquer dos Estados-Membros adquirirá, sem prejuízo de sua nacionalidade, a cidadania europeia, razão pela qual se tornam titulares de direitos e deveres perante a referida comunidade de Estados, tais como o direito de livre circulação e residência em qualquer dos territórios dos Estados-Membros, o direito de votar e ser votado nas eleições do Parlamento Europeu, bem como nas eleições do Estado-Membro

do. O bloco optou pela não transferência de parcela da soberania dos Estados para as suas instituições, havendo escolhido, em razão disso, o consenso como forma de tomada de decisão, o que demonstra a necessidade de todos os países que o integram aprovarem as normas a serem adotadas, num modelo denominado intergovernamental. Conforme esse modelo, para que o Direito do MERCOSUL, já aprovado por consenso pelos Estados, entre em vigência, deve submeter-se às regras clássicas do Direito dos Tratados e ainda ser finalmente internalizado ao ordenamento jurídico de cada Estado Parte, a partir das suas próprias regras constitucionais, para poder ser aplicado. Para muitos, a opção por esse formato, que evidentemente revela um compromisso menor com a integração, típico dos processos de integração nascidos a partir dos anos 90 (CZAR DE ZALDUENDO, 2013, p. 22), tem sido apontada como a causa da ineficiência da posta em marcha da própria integração, sobretudo quando se compara com o formato supranacional existente na União Europeia, pautado na transferência de soberania, na supremacia do Direito da União por sobre o direito nacional e na vigência imediata dos regulamentos aprovados uma vez publicados no Diário Oficial do bloco. O que precisa ficar claro aqui é que a opção pela forma de governança não pode ser a causa sempre apontada pelos críticos para justificar o fracasso de iniciativas mercosulinas. O MERCOSUL nunca optou pela supranacionalidade e precisa organizar-se a partir das suas próprias escolhas. Portanto, a opção pelo modelo intergovernamental, que se vale em muito do Direito Internacional Público clássico, ratifica mais uma vez o argumento anterior, no sentido de se pensar o Estatuto da Cidadania como um tratado que complementaria o Tratado de Assunção, fortalecendo, por assim dizer, a iniciativa de criação de uma ideia comum de cidadania regional, complementar à nacional (NASCIMENTO, 2021, 147).

Por fim, outra grande questão que mais cedo ou mais tarde deverá ser revisitada se vincula à necessária superação do chamado *déficit democrático* na região. As decisões que são tomadas no MERCOSUL pelos órgãos com capacidade decisória, que são aqueles autorizados a criar o Direito do MERCOSUL, ficam restritas ao âmbito governamental, não contando com a participação da população no processo de tomada de decisão, o que demonstra que o bloco optou por um modelo *top-down*, conforme o qual a elite composta pelos Chefes de Estado e funcionários de governo oferta a integração como sendo um produto político desejável para toda a sociedade (CABALLERO SANTOS, 2014, p. 844). Isso faz com que as normas, bem como a definição da agenda, das práticas e políticas de integração sejam criadas por diplomatas e funcionários públicos dos Estados, sem a possibilidade de que o destinatário da integração, ou seja, o cidadão

---

em que estiver residindo, de buscar proteção e amparo em qualquer Estado-Membro, mesmo que inexista órgão representativo do Estado de sua nacionalidade, direito de peticionar aos órgãos públicos, dentre outros." (DIZ; JAEGER JÚNIOR, 2015, p. 154-155)

do MERCOSUL, possa intervir no processo. Essa dificuldade evidencia que "desde a criação do bloco a participação social esteve muito atrelada a uma condição consultiva e com pouca incidência da proposição de agendas, temas e pautas a serem debatidas no bloco. É preciso dentro da condição intragovernamental do bloco criar mais mecanismos de responsividade às sociedades nacionais" (MESQUITA, 2021, p. 282). Buscando a superação dessa assimetria, por exemplo, deu-se a criação de órgãos consultivos como o Parlamento do MERCOSUL, em 2005, mas que são desprovidos de capacidade para aprovação de normas e definição da agenda regional. Sob este enfoque,

> (...) o cidadão do processo de integração deve ser pensado como um cidadão múltiplo que atua e participa em diversos cenários políticos, os quais não são excludentes, mas – na verdade - complementares. E aqui a questão-chave seria "participar". Para que se faça possível a participação do cidadão não seria suficiente fixar os direitos de cidadania e seria necessário também dar ferramentas para que essa cidadania encontre canais certos de participação. (DÍAZ, 2014, p. 106)

Como se verifica, são múltiplos os desafios a serem superados pelo Estatuto da Cidadania do MERCOSUL a fim de que efetivamente o seu conteúdo possa vir a ser implementado e aplicado ao cidadão mercosulino, ciente e conhecedor dos seus direitos, e autorizado a participar da vida integrativa.

Considerações finais

Como se pôde verificar ao longo do texto que se apresenta, o MERCOSUL tem envidado esforços para promover a dimensão social desde o seu relançamento, deixando em evidência que a preocupação econômica não é a única existente na zona integrada. Quiçá, o principal esforço no sentido da busca pela transversalidade da integração e pelo respeito aos direitos humanos tenha sido a construção do Estatuto da Cidadania, pese as deficiências apontadas, que dizem respeito sobretudo à opção pela natureza jurídica de norma de *soft law*, declaratória, não vinculante.

Nesse sentido, retomando-se o problema de pesquisa, vinculado aos desafios e às perspectivas para a implementação do Estatuto da Cidadania do MERCOSUL na região, constata-se que o CMC deveria resgatar o art. 7º da Decisão nº 64/2010, que determina que o texto do Estatuto deveria ser apresentado como um Protocolo adicional ao Tratado de Assunção, a fim de ser elevado à categoria de direito originário. Essa medida, apesar de mais trabalhosa, daria um maior destaque ao Estatuto, bem como lhe atribuiria um maior grau de efetividade, pensando-se na implementação posterior dos distintos direitos nele estabelecidos, que vão desde questões vinculadas à educação, ao consumo, ao trabalho, à previdência, e até mesmo à participação dos cidadãos na vida do bloco, deixando transparecer a preocupação com os princípios da não discriminação e do tratamento igualitário que se efetivam com maior probabilidade diante de

mandamentos contidos em norma de *hard law*. E aqui cabe desde já afugentar qualquer argumento que advogue pela possibilidade da existência de uma inflação legislativa no MERCOSUL se se fizer a opção por este formato. O que sim poderia haver é uma sobreposição de normas, mas que, em nada retira, diminui ou limita os direitos dos cidadãos da região, muito pelo contrário.

Ainda, outro grande desafio que perpassa essa iniciativa diz respeito a levar ao conhecimento dos destinatários da integração, ou seja, dos cidadãos mercosulinos, o próprio MERCOSUL. E isso só se alcança a partir do acesso à informação e da educação. Portanto, capacitar nossas crianças, jovens e adultos com relação aos direitos e obrigações decorrentes da vida integrada é essencial para se conquistar a tão almejada noção de cidadania regional, de pertencimento à uma região com características e interesses comuns, o que, por consequência, possibilitará um maior desenvolvimento de canais e vias de acesso do cidadão à participação na definição da agenda e dos rumos da integração regional.

Referências

BRASIL. Ministério da Educação. **Base Nacional Comum Curricular**: educação é a base. Brasília: MEC, 2018. Disponível em: http://basenacionalcomum.mec.gov.br/. Acesso em: 21 jul. 2022.

BRASIL. Secretaria de Educação Fundamental. **Parâmetros Curriculares Nacionais**: geografia. Brasília: MEC/SEF, 1998. Disponível em: https://www.cpt.com.br/pcn/pcn-parametros-curriculares-nacionais-do-6-ao-9-ano. Acesso em: 21 jul. 2022.

CABALLERO SANTOS, Sergio. La identidad en el MERCOSUR: regionalismo y nacionalismo. **Foro Internacional**, México, D.F., v. LIV, n. 4, p. 841-865, oct./dic. 2014.

COMISSÃO DE REPRESENTANTES PERMANENTES DO MERCOSUL. **Cartilha da Cidadania do MERCOSUL**: compilação de normas relacionadas com o cidadão e a cidadã do MERCOSUL. 2017. Disponível em: https://www.cartillaciudadania.mercosur.int/website/pt. Acesso em: 20 jul. 2022.

COSTA, Vitória Volcato da; VIEIRA, Luciane Klein. A (não) utilização dos instrumentos jurídicos do MERCOSUL, pelo Brasil, na recepção dos imigrantes venezuelanos. **Caderno de Relações Internacionais,** v. 10, n. 19, p. 127-171, jul./dez. 2019.

CZAR DE ZALDUENDO, Susana. Integración: nociones generales. Integración económica e integración regional. In: NEGRO, Sandra C. (Dir.) Derecho de la Integración. Manual. 2 ed. Buenos Aires/Montevideo: BdeF, 2013. p. 3-24.

DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; JAEGER JÚNIOR, Augusto. Por uma teoria jurídica da integração regional: a inter-relação direito interno, direito internacional público e direito da integração. Revista de Direito Internacional, v. 12, n. 2, p. 139-158, 2015.

DÍAZ, Alejandra. Os "múltiplos" direitos e obrigações do cidadão do MERCOSUL. Significados e alcance da cidadania. **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión**, nº 3, p. 101-115, mar./2014.

FRAINER, Victória Maria; VIEIRA, Luciane Klein. O Estatuto da Cidadania do MERCOSUL: perspectivas para os consumidores mercosulinos. In: MARQUES, Cláudia Lima; VIEIRA, Luciane Klein; BAROCELLI, Sergio Sebastián (Orgs.). Los 30 años del MERCOSUR: avances, retrocesos y desafíos en materia de protección al consumidor. Buenos Aires: IJ Editores, 2021. Disponível em: https://latam.ijeditores.com/index.php?option=publicacion&idpublicacion=836. Acesso em: 26 jul. 2022.

HABERMAS, Jürgen. Identidades nacionales y posnacionales. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. 3 ed. Madrid: Tecnos, 2007.

INSTITUTO SOCIAL DEL MERCOSUR. La dimensión social del MERCOSUR: marco conceptual. Asunción: ISM, 2012.

MERCADO COMUM DO SUL. Decisão nº 64/2010. **Estatuto da Cidadania do MERCOSUL**. Plano de Ação: assinada em 16 de dezembro de 2010, em Foz do Iguaçu, Brasil. Disponível em: https://normas.mercosur.int/public/normativas/2370. Acesso em: 5 jul. 2022.

MERCADO COMUM DO SUL. **Estatuto da Cidadania do MERCOSUL:** assinado em 26 de março de 2021. Disponível em: https://www.mercosur.int/pt-br/estatuto-cidadania-mercosul/. Acesso em: 10 jul. 2022.

MERCADO COMUM DO SUL. MERCOSUL em números. [2022] Disponível em: https://www.mercosur.int/. Acesso em: 21 jul. 2022.

MESQUITA, Lucas Ribeiro. Trajetória da participação social no MERCOSUL: incremento participativo e dependência estatal. In: VIEIRA, Gustavo Oliveira (Org.). **MERCOSUL 30 anos**: caminhos e possibilidades. Curitiba: Instituto Memória, 2021. p. 270-284.

MOURA, Aline Beltrame de. O Estatuto da Cidadania do MERCOSUL: é possível uma cidadania regional? Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 14, n. 2, 2018. Disponível em: https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1783/1830#footnote-668-38. Acesso em: 20 jul. 2022.

NASCIMENTO, Victor Hugo Alcalde do. La contribución de los tribunales de los Estados Partes en el desarrollo del Estatuto de la Ciudadanía de MERCOSUR. Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, n. 17, p. 142-161, mayo 2021. Disponível em: http://revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/406/155264. Acesso em: 26 jul. 2022.

NEGRO Sandra. Caracterización y clasificación de los esquemas de integración. In: NEGRO, Sandra (Dir.) *Derecho de la Integración. Manual*. 2. ed. Buenos Aires/Montevideo: BdeF, 2013.

PELÁEZ MARÓN, José Manuel. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: somero análisis y alguna conjetura". **Anuario de Derecho Europeo**, nº 1, p. 279-290, 2001.

PREBIANCA, Letícia. Livre circulação de pessoas e cidadania da União Europeia. In: RICHTER, Thomas; SCHMIDT, Rainer (Orgs.) **Integração e Cidadania Europeia**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 144-163.

REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY. Presidencia. Vázquez: **Hay que llenar de ciudadanía al MERCOSUR**. Discurso proferido em 20 de junho de 2005, em Assunção, Paraguai. Disponível em: http://archivo.presidencia.gub.uy/_web/noticias/2005/06/2005062007.htm. Acesso em: 10 jul. 2022.

VIEIRA, Luciane Klein (Org.). Cartilha dos Direitos do Cidadão do MERCOSUL. São Leopoldo: Casa Leiria, 2022. Disponível em: http://www.guaritadigital.com.br/casaleiria/acervo/direito/mercosulcartilha/4/index.html. Acesso em: 21 jul. 2022.

VIEIRA, Luciane Klein; COSTA, Vitória Volcato da. O Estatuto da Cidadania do MERCOSUL e a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia: uma análise comparativa sobre o avanço da cidadania regional. **Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja**. Dossier: Incidencias de la integración regional en el mundo jurídico. A 30 años de la constitución del MERCOSUR, n. 27, dic. 2021/mayo 2022, p. 105-125. Disponível em: http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/577/372. Acesso em: 15 jul. 2022.

Capítulo 14

TRIBUTAÇÃO E MUDANÇAS CLIMÁTICAS NO BRASIL

Marciano Buffon

TRIBUTAÇÃO E MUDANÇAS CLIMÁTICAS NO BRASIL

Marciano Buffon[1]

Introdução

Há um som que ecoa para aqueles que não embarcaram na medieval nave do negacionismo científico. Embora poderosos interesses persistem alimentando a ferocidade de mentes que não se envergonham do próprio vazio, logrou-se construir relativo consenso de que a questão ambiental não pode mais ser descurada. O risco é concreto e seus efeitos iminentes, não só para futuras gerações, mas inclusive para esta que, mesmo sabedora da amplitude do problema, continua a devastar inexoravelmente o seu próprio meio natural. Em vista disso, todos os ramos do conhecimento humano estão convocados a dar sua parcela de contribuição para minimizar os riscos que, dramaticamente, não dizem respeito apenas ao futuro.

Os recentes Relatórios do IPCC lançam alertas a serem considerados. As sirenes anunciando o perigo já estão a soar há algum tempo. Não é mais possível optar por uma conveniente e falsa surdes para evitar a adoção das medidas necessárias, ou mesmo estimular cegueira coletiva naquele que padece os efeitos de um calor infernal, como este que assola o continente europeu em seu triste verão de 2022.

Nesse caso, o "som" oriundo de trabalhos cientificamente sustentáveis está em ascensão, não adiantando negar-se a percebê-lo, pois continuará a soar e, quando já não o fizer, estar-se-á no meio de irreversível tragédia que se anunciara. Mesmo tendo alguma crença, pouco adiantará apelar "aos céus", porque a natureza contém uma lógica irrefreável a qual, uma vez contrariada, produz resultados que podem ser imagi-

---

1 Pós-Doutor em Direito pela Universidad de Sevilla. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado/Doutorado) e da graduação na UNISINOS. Advogado na área tributária.

nados, mas dificilmente são previstos em sua magnitude, intensidade ou mesmo no "quando". Que o digam todas as infelizes vítimas (humanas e não humanas) de Mariana e Brumadinho, as quais sequer tiveram a possibilidade de agir diante do "som" perceptível apenas aos ouvidos moucos daqueles que tinham o poder de fazer algo para evitar as tragédias. A propósito, "Deus" e natureza podem ser opostos ou, poder-se-ia dizer, quase se confundem?

Se o apelo para uma ética da proteção ao outro, da preservação da natureza para futuras gerações ou do dever de proteção de outras espécies, isto é, se a ideia de solidariedade intergeracional ou uma visão ecocêntrica é insuficiente para motivar ações concretas, com vistas a adotar distintos modos de vidas ou, parafraseando Victor Hugo, musicado por Frejat, não se consiga dizer para o dinheiro "quem é mesmo o dono de quem", há de se apelar para aquilo que tem um poder de convencimento mais efetivo.

Conforme dito em outro momento em relação à desigualdade, os indeterminados atores centrais do capitalismo já perceberam que os caminhos trilhados conduzirão ao colapso daquilo que, até o presente, garantiu-lhes um modo de vida satisfatório, para dizer pouco. Dito noutros termos, o "capitalismo" está a se dar conta que a degradação ambiental e o aquecimento global representam um crescente risco de destruição de "si próprio". Como o "ser" (capitalismo), ao longo da história, não se mostrou "suicida" e autodestrutivo, encontram-se fundadas esperanças de que o alerta encontre ouvidos dispostos a assimilar a mensagem transmitida. Nesse momento, tal qual a questão da desigualdade, não importa a nobreza das razões, apenas que a tragédia anunciada possa ser evitada e os seus efeitos minimizados.

É constatável, inclusive, um imbricamento entre a questão da desigualdade e do aquecimento global, bem como da devastação ambiental dele decorrente, embora não se possa afirmar que o seja de uma forma exclusiva. Em que pese, por vezes, não se perceba, num cenário de degradação ambiental, que os prejuízos suportados pela parcela da população economicamente mais fragilizada são inversamente proporcionais à sua capacidade econômica, constituindo-se, assim, num dos fatores de manutenção e ampliação da desigualdade.

Uma vez constatada a necessidade de adotar-se políticas públicas que tenham por objetivo proteger o meio ambiente da degradação, com um olhar também voltado para o fenômeno do aquecimento global, deve-se pensar em todas as alternativas que assim se apresentam. É certo que um trabalho como este não tem condições – nem nutre tal pretensão – de examinar uma quase infinidade de possibilidades factíveis, com vistas ao intento perseguido.

O objetivo está restritamente vinculado à utilização da tributação como um instrumento de controle da degradação ambiental e do aquecimento global. É inegável

que seria ingenuidade imaginar que a tributação, por si só, pudesse dar conta de uma tarefa tão extensa e complexa; porém, também é verdade que sua tendencial característica interventiva não pode, em absoluto, ser desprezada. Portanto, com todas as limitações, torna-se inescapável admitir que a tributação pode e deve ser utilizada com propósitos ambientais.

Entre caminhos possíveis de serem percorridos, tem-se a utilização da denominada extrafiscalidade ambiental. Porém, se a "tributação ecológica" estiver restrita à denominada "seletividade ambiental", ela não conseguirá enfrentar problemas ambientais que hoje se apresentam, especialmente no cenário interno, como: degradação ambiental, poluição, emissão de gases de efeito estufa, etc.

Uma parte significativa dessas externalidades negativas decorre do exercício de atividades econômicas, as quais, não obstante causem expressivos danos, possuem um tratamento fiscal privilegiado, como ocorre com todo o setor de mineração e o agronegócio voltados exclusivamente à exportação, os quais usufruem de uma quase imunidade fiscal.

Além dessas atividades, há outras nocivas ao meio ambiente, cujos efeitos são suportados por toda coletividade, sem que haja um ônus econômico àquele que dá causa ao dano e se beneficia patrimonialmente com o exercício da atividade nociva. Por fim, encontram-se casos em que, embora as externalidades sejam de menor monta, explora-se o uso de bens públicos (notadamente água, solo, ar) sem que aquele que se beneficia da apropriação dê uma contrapartida àqueles que detêm a titularidade: a sociedade como um todo.

Enfim, o que se defende é a utilização de todos os meios disponíveis no campo da tributação com o objetivo de preservar o meio ambiente e controlar a emissão de gases de efeito estufa. São potencialmente úteis para tal finalidade: a seletividade ambiental nos tributos indiretos; a introdução do princípio poluidor-pagador e a adoção do princípio usuário-pagador. Com esses três mecanismos, poder-se-ia dar andamento a uma verdadeira Reforma Tributária Verde no Brasil.

1. Como implementar "tributos verdes" no Brasil

Como assumido no início, adota-se a ideia de que a tributação possa ser um instrumento significativamente útil à proteção ambiental, tanto no sentido de evitar a degradação, pura e simplesmente, como também para atingir o intento de controlar a emissão de gases de efeito estufa, causadores do temível aquecimento global.

Também, conforme já exposto, é possível que isso seja materializado, de uma maneira geral, de duas formas, as quais estão diretamente ligadas à ideia de extrafiscalidade ambiental. Tem-se, de um lado, a seletividade fiscal nos tributos indiretos e, por outro, a aplicabilidade dos princípios poluidor-pagador e usuário-pagador. Em ambos os

casos, os efeitos visados com a oneração ou desoneração fiscal residem no estímulo a atividades e comportamentos ambientalmente corretos ou, ao contrário, desestímulo daqueles que se encontram na contramão desses.

1.1 A seletividade tributária e suas limitações

O mecanismo da seletividade tributária nos tributos indiretos (ICMS, IPI, PIS, COFINS, ISS, etc.) implica na adoção de alíquotas diferenciadas, as quais, especificamente, seriam (algumas já o são) fixadas de acordo com o grau de adequação ao meio ambiente do produto ou serviço, isto é, aqueles que, em essência, causem menos danos ambientais – sejam na etapa de produção, comercialização e até mesmo no que tange à geração de resíduos – teriam alíquotas menores; ao passo que aqueles produtos ou serviços, cuja produção ou consumo, em uma das etapas citadas, causem efeitos nocivos ao meio ambiente seriam tributados de uma forma mais severa.

Relativamente aos tributos indiretos sobre o consumo, a seletividade de alíquotas, de acordo com a sistemática descrita, parece ser um instrumento adequado à preservação ambiental, pois permite estimular ou desestimular comportamentos e atividades, tendo como objetivo um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Dito de outro modo, a utilização de impostos ou contribuições sociais, visando a defesa do meio ambiente, opera-se mediante o mecanismo da seletividade, ou seja, a denominada "tributação ambiental" pode ser implementada com a fixação de alíquotas seletivas, conforme o grau de adequação da atividade, produtos ou serviços, com o objetivo constitucional de assegurar a todos um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Ocorre que esta já tradicional fórmula contém alguns limites e entraves, os quais reduzem, sobremaneira, as possibilidades de que a tributação, em um todo, possa ser utilizada como um efetivo instrumento de proteção ao meio ambiente. Entre os entraves normalmente levantados, reside na quebra da desejável neutralidade fiscal dos tributos indiretos sobre o consumo.

Tributos dessa natureza teriam alíquotas pouco diferentes, pois, caso contrário, a política fiscal interferiria nas decisões dos agentes econômicos, muito significativamente, podendo resultar uma espécie de dirigismo estatal pouco compatível com uma economia de mercado. Além disso, a já elástica complexidade existente em relação aos tributos indiretos poderia ser enormemente ampliada, resultando em um sistema de custos insuportáveis e tendencial evasão.

Os referidos entraves, porém, podem ser contornados e assimilados. Isso se verifica na intervenção no campo econômico corresponde a uma espécie de "condição de possibilidade" de existência de Estado Democrático de Direito, bem como a complexidade já é marca indelével do sistema tributário brasileiro, com a qual se tem convivido desde há muito tempo. Ou seja, é irreal dizer que tributos como o ICMS, IPI, PIS e CO-

FINS, em algum momento, foram neutros ou que sua operacionalidade fosse pouco complexa, razão pela qual estabelecer alíquotas seletivas em razão da adequação do produto ou bem ao meio ambiente mostra-se algo aceitável e factível. Aliás, tanto o ICMS como o IPI já possuem tal seletividade, que leva em consideração a essencialidade do produto ou mercadoria, pelo menos no plano constitucional.

É inegável, porém, que a fixação de alíquotas seletivas, em relação aos tributos supra elencados, não tem observado o teor da norma constitucional, tanto no que tange à redução ou desoneração de produtos e mercadorias essenciais, como também em relação à própria questão ambiental. Ademais, por vezes, o que ocorre é uma espécie de seletividade voltada exatamente em prol da degradação ambiental, não obstante seja justificada por razões de ordem econômica e até social.

1.2 A "seletividade às avessas" dos agrotóxicos.

Por mais paradoxal e incompreensível que possa parecer, encontra-se na legislação brasileira inúmeros benefícios fiscais concedidos em prol dos agrotóxicos, os quais, não obstante haja um movimento visando alterar sua nomenclatura para "produtos fitossanitários", continuarão a ser "tóxicos" à natureza em geral e ao ser humano em especial. A "saúde" do meio ambiente brasileiro há muito é afetada pelo uso, sem precedentes em escala mundial, de pesticidas e defensivos agrícolas, muitos deles proibidos noutros países (nos últimos tempos mais gravemente). Mais do que tóxicos, são letais a humanos e não humanos, bem como ao ambiente no qual estão inseridos, e a mudança de denominação, infelizmente, não alterará os princípios ativos – muitos "homicidas" – neles contidos.

No caso das contribuições sociais denominadas de PIS e COFINS, suas alíquotas foram reduzidas para zero, tanto na importação como em relação à receita obtida no mercado interno, com a comercialização dos denominados "fertilizantes e de defensivos agropecuários", nos termos do disposto no art. 1º da Lei nº 10.925/04. Uma vez que a soma das alíquotas de ambos equivale a 9,25%, percebe-se a magnitude do incentivo fiscal em questão.

Em relações às operações submetidas à incidência de Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, cujas alíquotas respectivas para cada produto estão previstas na denominada Tabela do IPI – TIPI (regidas atualmente pelo Decreto 8.950/2016), supostamente de acordo com a "essencialidade dos produtos", há também uma série de insumos (princípios ativos) e agrotóxicos, cujas alíquotas foram reduzidas para zero. Isso vale tanto para operações no mercado interno como na hipótese de importações, pois o IPI também incide nessas operações.

Até em relação ao Imposto de Importação, há tratamento privilegiado aos agrotóxicos. Recentemente, o Comitê Executivo de Gestão (Gecex) da Câmara de Comércio Exterior (CAMEX) aprovou a redução para zero do Imposto de Importação para agro-

tóxicos, a partir de uma lista de ingredientes ativos, a partir da Resolução nº 77, de 17 de outubro de 2018, que inclui o código 3808.69.90 da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM), na Lista de Exceções à Tarifa Externa Comum. Anteriormente, a alíquota incidente era de 8%.

Todavia, é na seara do ICMS, cobrado pelos Estados, que a privilegiada situação dos agrotóxicos resta mais evidente. Embora cada Unidade da Federação tenha autonomia para definir, mediante lei, as alíquotas do imposto de sua competência, relativamente aos incentivos e benefícios fiscais, há a necessidade de aprovação pelo Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, nos termos do art. 155, II, § 2º, XII, alínea *g* da Constituição Federal, mediante o denominado Convênio.

Desde há muito, o Convênio 100/97, cuja validade é reiteradamente estendida, reduz em 60% a base de cálculo do ICMS incidente sobre as saídas interestaduais de agrotóxicos, fertilizantes e sementes geneticamente modificadas para a utilização na agricultura. O mesmo Convênio permite a redução parcial ou total das alíquotas nas operações internas com agrotóxicos. Em outras palavras, é possível que os estados, mediante a edição de um simples decreto do governador do estado (no caso do RS), reduzam significativamente a base de cálculo, portanto, indiretamente o próprio ICMS incidente sobre as operações envolvendo os produtos relacionados no Convênio.[2]

De acordo com o exposto, no caso específico dos agrotóxicos, há o exercício da

---

2 No caso do Rio Grande do Sul existem benefícios fiscais de duas ordens. O artigo 9º do Regulamento do ICMS concede isenção, enquanto o art. 23 reduz a base de cálculo, o que tem sido entendido pelo Supremo Tribunal Federal como uma espécie de isenção parcial, conforme segue:

Art. 9º - São isentas do imposto as seguintes operações com mercadorias: [...] VIII - saídas internas, no período de 06 de novembro de 1997 a 30 de abril de 2019, das seguintes mercadorias: a) inseticidas, fungicidas, formicidas, herbicidas, parasiticidas, germicidas, acaricidas, nematicidas, raticidas, desfolhantes, dessecantes, espalhantes, adesivos, estimuladores e inibidores de crescimento (reguladores), vacinas, soros e medicamentos, produzidos para uso na agricultura e na pecuária, inclusive inoculantes, vedada a sua aplicação quando dada ao produto destinação diversa;

b) ácido nítrico e ácido sulfúrico, ácido fosfórico, fosfato natural bruto e enxofre, dos estabelecimentos extratores, fabricantes ou importadores para: [...] c) rações para animais, concentrados, suplementos, aditivos, premix ou núcleo, fabricados por indústria devidamente registrada no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, desde que:

[...]

Art. 23 - A base de cálculo do imposto nas operações com mercadorias, apurada conforme previsto no capítulo anterior, terá seu valor reduzido para: [...] **IX - 40% (quarenta por cento), no período de 06 de novembro de 1997 a 30 de abril de 2019, nas saídas interestaduais das seguintes mercadorias:** a) inseticidas, fungicidas, formicidas, herbicidas, parasiticidas, germicidas acaricidas, nematicidas, raticidas, desfolhantes, dessecantes, espalhantes, adesivos, estimuladores e inibidores de crescimento (reguladores), vacinas, soros e medicamentos, produzidos para uso na agricultura e na pecuária, inclusive inoculantes, vedada a sua aplicação quando dada ao produto destinação diversa; b) ácido nítrico e ácido sulfúrico, ácido fosfórico, fosfato natural bruto e enxofre, dos estabelecimentos extratores, fabricantes ou importadores para: [...] e) semente genética, semente básica, semente certificada de primeira geração - C1, semente certificada de segunda geração - C2, semente não

extrafiscalidade ambiental "às avessas", isto é, mediante a seletividade de alíquotas está a se tratar privilegiadamente produtos e atividades que causam indiscutíveis danos ao meio ambiente, bem como à saúde dos próprios trabalhadores e, obviamente, à saúde dos consumidores finais, relativamente à parcela de agrotóxicos e fertilizantes consumida na produção de hortifrutigranjeiros.

Não bastasse isso, a política adotada para o setor contribui, sobremaneira, para que seja mantido, de forma hegemônica, um modelo de produção que privilegia a "larga escala" e as grandes propriedades, asfixiando economicamente os meios alternativos de produção agrícola e, sobretudo, de alimentos.

Trata-se, pois, de uma política contrária à produção orgânica e, em especial, a agroecologia, a qual se constitui, na atualidade, a vanguarda na produção de alimentos, justamente por produzi-los de uma maneira segura e saudável, o que representa um modo tendencialmente eficaz de rompimento com a agricultura tradicional, causadora de tantos danos ao ambiente (inclusive em relação a emissão de gases de efeito estufa) e à própria saúde humana.

É certo que o exemplo dos agrotóxicos e fertilizantes não são os únicos em relação aos quais implementa-se uma "seletividade ambiental às avessas", com relação aos tributos indiretos sobre o consumo. Há muitos outros, os quais aqui não é possível, talvez nem necessário, citar, com vistas a fundamentar a proposta que ora se apresenta.

Essa estranha seletividade é uma característica marcante da tributação brasileira, especialmente forjada em um contexto de "déficit democrático", o qual se trata de uma incontroversa demonstração de que a atual democracia representativa corresponde a um processo no qual as minorias detentoras do poder econômico e, portanto, político moldam a carga tributária em detrimento das maiorias desorganizadas que estão na base da pirâmide social e econômica. No campo fiscal, portanto, há como consequência a construção de um modo de tributar "ao sabor" de quem detém o poder, o que se traduz popularmente como: "quem tem poder estabelece as regras, quem não o tem paga a conta".

Não bastassem os problemas apontados, há outros problemas que impedem que a seletividade ambiental produza efeitos mais concretos, relativamente à preservação

---

certificada de primeira geração - S1 e semente não certificada de segunda geração - S2, destinadas à semeadura, desde que produzidas sob controle de entidades certificadoras ou fiscalizadoras, bem como as importadas, atendidas as disposições da Lei Federal nº 10711, de 05.08.2003, regulamentada pelo Decreto Federal nº 5153, de 23.07.2004, e as exigências estabelecidas pelos órgãos do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento ou por outros órgãos e entidades da Administração Federal, dos Estados e do Distrito Federal, que mantiverem convênio com aquele Ministério, e obedecidas as instruções baixadas pela Receita Estadual; [...] **X - 70% (setenta por cento), no período de 06 de novembro de 1997 a 30 de abril de 2019, nas saídas interestaduais das seguintes mercadorias:** [...] c) amônia, uréia, sulfato de amônio, nitrato de amônio, nitrocálcio, MAP (mono-amônio fosfato), DAP (di-amônio fosfato), cloreto de potássio, adubos simples e compostos, fertilizantes e DL Metionina e seus análogos, produzidos para uso na agricultura e na pecuária, vedada a sua aplicação quando dada ao produto destinação diversa;"

do meio ambiente. Necessita-se reconhecer, de um modo geral, que o repasse ao consumidor final dos tributos indiretos incidentes sobre o consumo, tanto no que tange à desoneração como a oneração, submete-se a uma condição de mercado que, por vezes, não se faz presente.

De qualquer forma, considerando que no caso da seletividade ambiental a desoneração diz respeito ao produto, e não em relação às características pessoais daquele que o adquire - como ocorre na questão do mínimo existencial - bem como se mostra inconcebível que não se onerem adequadamente produtos que são indiscutivelmente nocivos ao meio ambiente; há de se reconhecer a utilidade, embora limitadamente, da utilização de alíquotas diferenciadas em relação aos tributos sobre o consumo, como forma de estimular ou desestimular comportamentos e atividades econômicas, levando-se em consideração o grau de adequação ambiental.

2. O ressarcimento do custo pela apropriação de bens ambientais públicos.

Da análise precedente, constata-se, parece óbvio, que a extrafiscalidade na tributação indireta (aqui denominada de "seletividade ambiental'), em face da sua descrita limitação, não constitui mecanismo suficiente para que a tributação possa dar sua máxima contribuição ao intuito perseguido na atualidade – de preservar o meio ambiente e evitar o "*cambio climático*".

Além disso, uma parte expressiva das atividades econômicas no Brasil são realizadas à margem da tributação, isto é, sobre elas não há de se falar em oneração ou desoneração de "tributos indiretos sobre o consumo", simplesmente porque estão fora do campo de incidência, por ora, desses tributos. Está-se, pois, a referir a extração de recursos naturais e o agronegócio em geral, especialmente quando voltados à exportação.

Com relação à exploração dos recursos naturais, sobretudo aqueles cuja exploração seja voltada a atender ao mercado externo, encontra-se, no Brasil, uma grave omissão, em que são cobrados apenas royalties/CFEM[3] – que não são tributos – em percen-

3 Até 2017, no caso de, por exemplo, minério de ferro, a alíquota correspondia a 2%. Atualmente foi elevada para 3,5% nos termos previstos no anexo da Lei 13.540/2017, conforme tabela abaixo.

Aliq	SUBSTÂNCIA MINERAL
1%	Rochas, areias, cascalhos, saibros e demais substâncias minerais quando destinadas ao uso imediato na construção civil; rochas ornamentais; águas minerais e termais
1,5%	Ouro
2%	Diamante e demais substâncias minerais
3%	Bauxita, manganês, nióbio e sal-gema
3,5%	Ferro, observadas as letras *b* e *c* deste Anexo

tuais reduzidos, enquanto sobre os valores exportados, prevalece a mais ampla imunidade tributária, não incidindo, dessa forma, nenhum tributo.

Vale recordar que, no texto original da Constituição de 1988, havia a possibilidade de os Estados cobrarem ICMS em relação às exportações de produtos primários e semielaborados. Com a edição da Lei Complementar 87/96 (conhecida como Lei Kandir), foi instituída uma isenção para tais produtos e, anos depois, a Emenda Constitucional nº 42/2003, alavancou essa exoneração a status constitucional, garantindo a imunidade inclusive aos produtos primários/semielaborados. Houve, inclusive, um impacto negativo enorme nas finanças dos Estados que, ainda hoje, pleiteiam o ressarcimento junto à União das denominadas "perdas da Lei Kandir".

Portanto, em relação à exportação dos denominados Commodities Agrícolas (soja, trigo, suco de laranja) ou minerais (minério de ferro, *alumínio, petróleo, ouro, níquel),* ocorre, tão somente, a incidência dos tributos sobre o lucro obtido (IRPJ e CSLL), desde que as operações sejam realizadas diretamente para o destinatário efetivo da mercadoria, sem "transitar" por países com tributação favorecida (paraísos fiscais), no caso das pessoas jurídicas.

Em relação a esse tratamento fiscal "diferenciado" poder-se-ia sustentar, como classicamente se faz, de que não devem ser tributadas as exportações, pois isso resultaria sua inviabilização, em face do peso dos tributos que seriam incluídos no preço, no caso do commodities exportados, e seriam suportados pelos adquirentes no mercado externo. Ou seja, sustenta-se que não se exportaria, caso houvesse a incidência de tributos sobre os produtos primários ou semielaborados comercializados para o exterior.

Não se ignora tal objeção, porém é possível contestá-la, pelo menos por três razões aparentemente sustentáveis. Primeiramente, há de se ter presente que, embora o Brasil não determine os preços de commodities no mercado externo, é inegável que em relação a uma parte deles o Brasil detém a liderança – para dizer pouco – como fornecedor. É o caso do minério de ferro, bem como a proteína animal, por exemplo. Como líder e diante da necessidade de matérias-primas por parte dos grandes clientes internacionais (China principalmente), não é desprezível o poder econômico brasileiro nesta seara.

Além disso, considera-se que a exportação de commodities, na atualidade, corresponde a mais de sessenta por cento da pauta de exportações da economia brasileira[4],

4 "O relatório **O Estado da Dependência das Commodities – 2016** aponta que a participação das commodities no total de mercadorias exportadas pelo Brasil se manteve estável, a um índice estimado em 63%, entre os dois biênios avaliados. Todavia, o peso de diferentes cadeias produtivas oscilou. Os itens alimentícios, que representavam 51% das commodities exportadas, chegaram 57% em 2014-2015. Já os minérios, que respondiam por 27% das commodities vendidas pelo Brasil, passaram a representar 23%. A pesquisa da agência da ONU analisa as economias consideradas dependentes de bens primários. Um país é classificado desta forma pela UNCTAD quando mais de 60% do

razão pela qual é válido questionar se o restante de toda economia (e sociedade em geral) não estaria assumindo um ônus desproporcional de mantença do Estado Brasil; enquanto os exportadores de commodities não o suportam, muito embora demandem toda a infraestrutura necessária para o bom êxito de seus negócios (rodovias, ferrovias, portos etc.).

No entanto, talvez o argumento mais significativo em favor da tributação ambiental dos commodities exportados resida noutro aspecto, o qual poderia ser resumido no termo "poluição. Inescapavelmente, essas atividades causam imensos prejuízos à biodiversidade, à fauna, à flora, à saúde humana e causam toda espécie de degradação ambiental, sendo responsáveis, também e principalmente, pela emissão de gases de efeitos estufa que assumem o papel de "causa" em uma relação cujo "aquecimento global" aparece na condição de efeito.

Em uma linha que tangencia o defendido, no estudo do Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID, a extrafiscalidade aparece de uma forma muito mais visível em sua face de "punitiva", pois se sustenta que "forçar todos a pagar pelos males que causam à sociedade deveria ser uma política pública socialmente aceitável". Isso poderia acontecer mediante impostos – mecanismo da extrafiscalidade acima explanado – mas também mediante a cobrança de pedágios ou outros mecanismos de preço. Dessa forma, defende o estudo do BID, "os bens públicos – como qualidade ao ar, segurança rodoviária ou facilidade de transporte – podem ser protegidos". Com isso, os governos latino-americanos poderiam "elevar a arrecadação para ajudar a solucionar os diversos males que corroem a qualidade de vida nas cidades latino-americanas".[5]

A extrafiscalidade se constitui um dos instrumentos capazes de desestimular certas atividades, a ponto de ser economicamente mais vantajoso encontrar formas menos poluentes para o exercício da atividade respectiva. Seria ainda um meio adequado de estimular comportamentos, atividades ou consumo de determinados produtos, os quais, sob o ponto de vista ambiental, pudessem ser entendidos como corretos. Porém, pelas razões acima expostas, no cenário brasileiro, não pode ser o único, pois, se assim o for, a tributação ambiental continuará a ser apenas um belo tema para discursos re-

---

valor de suas exportações de mercadorias vem da venda de commodities para outras nações. Para esta edição do relatório, divulgada em outubro de 2017, o organismo das Nações Unidas identificou 135 países que se encaixam nesse perfil. De 2010 a 2015, nove nações entraram para a lista. Os países em desenvolvimento registraram nesse período um crescimento de 25% nas receitas geradas pela venda de commodities, que chegaram a 2,55 trilhões de dólares no biênio 2014-2015" In: Aumenta peso das commodities para economia do Brasil, revela relatório da ONU. **Nações Unidas Brasil**. 10 de novembro de 2017. Disponível em:<https://unicrio.org.br/aumenta-peso-das-commodities-para-economia-do-brasil-revela-relatorio-da-onu/>. Acesso em: 24 jul. 2022.

5 Nesse sentido ver: CORBACHO, Ana; FRETES CIBILS, Vicente; LORA, Eduardo. Recaudar no basta: los impuestos como instrumento de desarrollo. **Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), 2013**. Disponível em: <https://publications.iadb.org/en/recaudar-no-basta-los-impuestos-como-instrumento-de-Desarrollo >. Acesso em: 24 jul. 2022. p. 18.

tóricos e, como tal, inúteis, aos propósitos visados.

Há de se pensar principalmente na adoção de tributos que contemplassem o princípio poluidor-pagador e usuário-pagador. Isso poderia, em medida considerável, ser útil à formulação de uma ampla "Reforma Verde", que de um lado transfira aos causadores dos efeitos ambientalmente nocivos as externalidades negativas, mesmo que parcialmente, e, por outro lado, possibilite a exigência por parte do Estado (em representação da sociedade) de uma contrapartida pelo uso de bens ambientais públicos.

Nesse ponto, parece que a experiência europeia, especificamente a espanhola, tem uma colaboração importante para dar, uma vez que o princípio poluidor-pagador e usuário-pagador, por lá adotados, tem sido o norte para traçar os contornos da carga tributária incidente sobre as atividades nocivas ao meio-ambiente ou aquelas em que o agente se apropria de um bem público ambiental.

Embora sob a denominação de impostos, como ocorre em muitos casos nas Comunidades e Cidades Autônomas espanholas, tratam-se de tributos que possuem, em sua essência, as característica de taxas, ora cobradas com vista a fazer frente às externalidades negativas decorrentes da exploração de uma atividade econômica prejudicial ao meio ambiente (no caso geração de resíduos industriais, da poluição atmosférica, emissão de gases de efeito estufa, etc.)[6], ora em contrapartida à exploração de um bem público (água, solo e ar)[7].

No Ordenamento Jurídico brasileiro, *a priori*, o denominado princípio "poluidor-pagador" conecta-se à ideia de responsabilização pelos danos causados ao meio ambiente. Assim, o causador do dano (poluidor) é impelido a pagar uma espécie de indenização pelo dano causado, com vistas a corrigir ou recuperar o ambiente degradado.[8]

Contudo, o fato de se exigir uma indenização pecuniária pelo dano causado não pode significar uma autorização para poluir mediante o pagamento de um preço.

---

6 Ver. PARRILHA, Pedro José Carrasco. Los Impuestos Especiales, otros tributos sobre consumo específicos e imposición ambiental sobre la energia. In: ALONSO GONZÁLES, Luis Manuel; YURRITA, Miguel Ángel Collado; MORENO GONZÁLES, Saturnina (Dir.). **Manual de Derecho Tributario**: Parte Especial. 5. Ed. Barcelona: Ed. Atelier, 2018, p. 508.

7 Ver. FALCÓN Y TELLA, Ramón. Impuestos Especiales. In: VELASCO, Gaspar de La Pena; FALCÓN Y TELLA, Ramón; LAGO, Miguel Angel Martínez (Coord.). **Sistema Fiscal Espanhol**. 8. Ed. Madrid: Lustel Ed., 2018, p. 390-391.

8 Tal prerrogativa foi incorporada ao Ordenamento Jurídico brasileiro através do § 1°, do artigo 14 da Lei Federal 6938/81, que instituiu a Política Nacional de Meio Ambiente, cujo texto assim dispõe: Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. E ainda no parágrafo 3 do artigo 225 da CF/88 ao dispor que: As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Além disso, a penalidade não tem apenas o mero caráter indenizatório, pois ela representa mais do que apenas punir, uma vez que serve de desestímulo à prática do ilícito ambiental, mesmo porque é bastante difícil mensurar o valor pecuniário suficiente para fazer frente ao ônus a ser suportado com a efetiva recuperação ambiental.

Além do caráter repressivo, quando o dano já tenha ocorrido, o princípio poluidor- pagador busca evitar a ocorrência de danos ambientais (caráter preventivo). Desse modo, em um primeiro momento, impõe-se ao poluidor o dever de arcar com as despesas de prevenção dos potenciais danos ao meio ambiente, que a sua atividade possa ocasionar.

Noutras palavras, sustenta-se que o princípio do poluidor-pagador se liga à ideia de assunção pelo causador do dano, do ônus decorrente de eventuais prejuízos ambientais, pois, se isso não ocorresse, tal ônus seria suportado pela coletividade, à medida que o dano seria sanado com o produto da arrecadação de tributos não vinculados (impostos). Não fosse assim, o poluidor, que em tese apura lucro com sua atividade poluente, repassaria para a coletividade o ônus e os riscos ambientais dela decorrentes.[9]

Como demonstra Palao Taboada, a internalização dos custos ambientais obedece a uma lógica econômica, mas também a um princípio de justiça: o indivíduo não deve locupletar-se às custas da sociedade. Conforme reconhece, seguramente, por ter esse componente de justiça é que esse princípio não teve dificuldade de tornar-se um princípio jurídico, inclusive sendo incorporado em textos legais, como ocorre com o disposto no art. 174.2 do Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia, o qual estabelece: "A política da Comunidade no âmbito do meio ambiente terá como objetivo alcançar um nível de proteção elevado, tendo presente a diversidade das situações existentes nas distintas regiões da Comunidade. Alicerçar-se-á nos princípios da cautela e da ação preventiva, no princípio da correção dos atentados ao meio ambiente, preferencialmente na mesma fonte e no princípio de quem contamina paga".[10]

É certo que as atividades tidas como ilícitas (criminosas) não dizem respeito àquilo que está aqui sendo tratado. A contrapartida pecuniária exigida dos causadores em face da prática de atos ilícitos na esfera ambiental diz respeito a outros ramos do direi-

---

9 Cabe lembrar que, a Lei 6.938/81 estabelece que a Política Nacional do Meio Ambiente visará a imposição, ao poluidor e ao predador, a obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados, conforme o disposto no inciso VII do art. 4º, in verbis: Art 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará: VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

10 Nessa senda, ver. BUFFON, Marciano. Tributação, desigualdade e mudanças climáticas: como o capitalismo evitará seu colapso. Curitiba: Brazil Publishing, 2019. p. 355. *In*: TABOADA. Carlos Palao. El Principio "Quien Contamina Paga" Y el Principio de Capacidad Económica. In: TÔRRES, Heleno Taveira (org.). **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 80.

to (civil, administrativo e penal), uma vez que o dano causado haverá de ser indenizado ou reparado (civilmente). Assim, a prática do ato ilícito, cuja punição esteja quantificada em moeda tem a mesma finalidade de qualquer outra pena (privativa de direitos ou de liberdade), isto é, fazer com que a expectativa da punibilidade seja elemento suficiente a desestimular a prática criminosa.

Diferentemente disso, a esfera tributária apenas se ocupa de atos ilícitos, pois, como determina o próprio artigo que define seu objeto central, tributo será uma prestação pecuniária, instituída em lei e não sancionatória de ato ilícito (art. 3º do Código Tributário Nacional). No campo tributário, portanto, o lugar que pode ser ocupado pelo princípio do poluidor-pagador reside na possibilidade de serem instituídos tributos proporcionalmente mais significativos em relação àquelas atividades potencialmente poluidoras, com vistas à obtenção de recursos que sirvam de fonte de custeio de políticas públicas voltadas a minimizar os efeitos decorrentes da prática de tais atividades.

Assim, parece que procedem as Comunidades e Cidades Autônomas espanholas, mediante a instituição de taxas, as quais têm nos princípios poluidor-pagador e usuário-pagador o fundamento a legitimá-las.[11] No caso brasileiro, porém, há alguns óbices para a implementação dessa concepção. Todavia, nada que possa ser entendido como intransponível.

Ocorre que a Constituição brasileira apenas permite a cobrança de Taxas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em face do exercício regular do poder de polícia (fiscalização) e em caso de prestação de um serviço público específico e divisível. Não há, pois, na Constituição, autorização para se instituir taxas em face do princípio "poluidor-pagador", tampouco relativamente ao "usuário-pagador", embora em relação a este último existam algumas obrigações pecuniárias estatais semelhantes (royalties/CFEM, taxas pela utilização da água), sem caráter tributário.

No que tange à possibilidade de se instituir "impostos verdes" (mesmo com características de taxas como ocorre na Espanha), também há óbice constitucional, relativamente aos Estados e Distrito Federal, pois os únicos impostos que poderão ser instituídos por eles estão relacionados no art. 155 da Constituição brasileira (ICMS, ITCD e IPVA), e o mesmo vale para os Municípios, conforme o artigo 156 (IPTU, ITBI, ISS). Relativamente à União, haveria a possibilidade de instituir novos impostos, além daqueles previstos no rol do art. 153 da Constituição, todavia, não poderiam ter fatos geradores e base de cálculo próprios daqueles contidos no próprio texto Maior.

---

11 Neste sentido, ver: FALCÓN Y TELLA, Ramón. Impuestos Especiales. In: VELASCO, Gaspar de La Pena; FALCÓN Y TELLA, Ramón; LAGO, Miguel Angel Martínez (Coord.). **Sistema Fiscal Espanhol**. 8. Ed. Madrid: Lustel Ed., 2018, p. 398; e YURRITA, Miguel Ángel Collado; MORENO GONZÁLES, Saturnina (Dir.). **Manual de Derecho Tributario**: Parte Especial. 5. Ed. Barcelona: Ed. Atelier, 2018, p. 48.

Em vista disso, a sugestão que ora se apresenta é a propositura de uma Emenda Constitucional – obviamente por parte daqueles que estão legitimados para tanto, nos termos do art. 64 da CF/88 - a qual promoveria alteração na redação do art. 145, inciso II, da Carta, no sentido de permitir que fossem instituídas Taxas Ambientais voltadas a fazer prevalecer o princípio poluidor-pagador e usuário-pagador.

Não se ignora que a Constituição brasileira, em seu art. 20, inciso IX, atribui a dominialidade dos recursos minerais, inclusive aqueles do subsolo, à União, garantindo, contudo, a participação no resultado da exploração ou a compensação financeira aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e aos órgãos da administração direta da União, conforme o parágrafo primeiro do citado art. 20.[12]

Também se tem presente que, em face do referido dispositivo, foi instituída a denominada Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais – CFEM, mediante a Lei nº 7.990/89. Trata-se de uma prestação pecuniária (sem natureza tributária) com vistas a compensar Estados, Distrito Federal e Municípios, pelos impactos sociais e econômicos que sofrem quando há instalação de atividades minerárias em seus territórios, cuja base de cálculo é o "faturamento líquido resultante da venda do produto mineral, obtido após a última etapa do processo de beneficiamento adotado e antes de sua transformação industrial", porém com reduzidas alíquotas nos termos antes mencionados.

A denominada CFEM não possui, no entanto, a característica típica de um tributo da espécie "poluidor-pagador", por não levar em consideração as efetivas externalidades negativas oriundas da exploração das atividades referidas. Nos termos concebidos, ela torna o Ente Público uma espécie de "sócio" na exploração de atividades poluidoras. Por isso, ao invés de serem instados a desestimulá-las, os Estado e os Municípios tornam-se beneficiários justamente da ampliação dessas atividades, haja vista que a base de cálculo é o faturamento obtido pela empresa que realiza a exploração, e "arrecadar é tudo".

Para que um tributo seja tipicamente da espécie "poluidor-pagador", a base para o cálculo há de levar consideração os efetivos danos causados ao meio ambiente e quantificar a "taxa" respectiva em uma medida que tenham em conta a amplitude da poluição, como ocorre, por exemplo, com a cobrança de tributos de acordo com a quantidade de gases de efeito estufa emitidos, resíduos produzidos, etc.

---

12 § 1º É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

3. Um formato para a "reforma verde"

Em face do supra exposto, para que a "reforma verde" atinja seus objetivos, melhor seria, no caso brasileiro, modificar a redação do referido dispositivo (art. 20, parágrafo único) remetendo para o artigo relativamente às taxas (145) a definição da competência para instituí-las, considerando-se o princípio poluidor-pagador e, até mesmo, o princípio usuário-pagador, não obstante o inciso IX, do art. 20 assegurar a titularidade da União em relação aos "bens ambientais" nele descritos.

Tendo em vista as particularidades locais, bem como a indesejável centralização tributária brasileira, recomenda-se que a competência para instituir tais taxas esteja reservada aos Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos a serem definidos em Lei Complementar. Essa a qual poderia estabelecer os setores econômicos a serem tributados por cada Ente, considerando a extensão das atividades, observado o parágrafo segundo do art. 145 da Constituição, que proíbe que as taxas tenham a mesma base de cálculo dos impostos previstos na Carta. Ou seja, nenhuma taxa dessa natureza poderia levar em consideração o faturamento da pessoa jurídica, por exemplo.

Cada Unidade da Federação e Município, depois disso tudo, instituiria, mediante lei, Taxas de acordo com a competência legislativa determinada pela Lei Complementar respectiva. Muitas dessas taxas poderiam buscar inspiração no modelo europeu ou espanhol, bem como em exitosas experiências adotadas em outros países da América Latina e outros continentes nesta seara, levando em consideração, para fins de fixação de base de cálculo, não o faturamento ou o valor dos produtos, mas sim critérios vinculados à amplitude da "poluição" causada (no sentido mais amplo do termo).

Na atualidade, o critério que mais se aproxima disso é a quantidade de carbono emitida, quantificada em toneladas e precificada em dólares americanos. Como relata estudo publicado pela CEPAL (ALATORREA, 2019), os denominados "impostos sobre o carbono" estão sendo aplicados em vários países. Os valores cobrados obedecem a intervalos que variam de US$ 1 por tonelada em países como México, Polônia e Ucrânia, até US$ 126 por tonelada na Suécia.

É possível sustentar que a prioridade na cobrança haveria de ser em relação àqueles setores que atualmente gozam de um privilegiado tratamento tributário, não obstante sejam notórios agentes nocivos ao meio ambiente. Entre eles, é inescapável que sejam objeto de tributação pelas taxas ambientais que serão instituídas, segmentos importantes do Agronegócio e Mineração. Nesses casos, dada a extensão dessas atividades, o Ente mais adequado para instituir tais taxas seriam os Estados e Distrito Federal.

No caso específico da criação de gado, a qual colabora significativamente para que o Brasil ocupe a 4ª posição mundial entre os emissores de gases de efeito estufa (PASSARINHO, 2021), a taxa poderia ser cobrada em valores fixos por animais que sejam abatidos ou exportados, sobretudo porque, em tempos mais recentes, houve

uma crescente prática de exportar gado vivo (muitos deles ainda em fase de crescimento). Há, pois, inequívoco passivo ambiental no exercício dessa atividade, o qual atualmente parece ser suportado pelo restante da coletividade, de todas as formas possíveis, sem que - por exemplo, no gado ou carne exportada – haja qualquer pagamento de tributos em contrapartida.

Com relação à fixação do valor por animais, bastaria acessar estudos que consequem estimar a emissão de carbono por cada cabeça de gado, por exemplo, nos termos explicitados na tabela abaixo (GIOANINI, 2013):

Valores encontrados para a emissão de gases causadores do efeito estufa (GEE).

Parâmetro	Vaca (leite)	Vaca (corte)	Machos	Jovens	Total
Percentual de animais	0,43	0,43	0,15	0,42	100%
Número de animais	1.203.601[1]	3.201.757	2.023.494	4.755.395	11.184.248
F E lagoa anaeróbica	109,51	116,30	121,95	0,69	348,45
E. T. lagoa anaeróbica	138.395	390.966	259.107	3444	7.91.914
E. T. NO2 em lagoa anaeróbica	2.052	3.119	1.971	4633	11.776
F. E. no2	0,11	0,06	0,06	0,06	0,30
F. E. fermentação entérica	140,78	130,00	136,32	0,77	407,88
E. T. fermentação entérica	3.558.246	8.740.886	5.792.900	77.014	18.169.047
F. E. pasto	7,30	7,75	8,13	0,05	23,23
E. T. pasto	138.395	390.966	259.107	3.444	791.914
F. E. NO2 pasto	2,20	1,26	1,26	1,26	5,97
E. T. NO2 pasto	615.641	935.827	591.438	1.389.934	3.532.842
F. E. armazenado	0,61	0,65	0,68	0,00	1,94
E. T. armazenado	3.075	8.688	5.757	76,55	17.598
F. E. NO2 armazenado	2,20	1,26	1,26	1,26	5,97
E. T. NO2 armazenado	164.171	249.554	157.716	370.649	942.091
Total metano	279.866	790.620	523.972	6.966	1.601.426
Total NO2	781.865	1.188.501	751.126	1.765.216	4.486.709
Emissão total (sist. atual)	1.061.731	1.979.122	1.275.099	1.772.182	6.088.136
Emissão total	4.619.977	10.720.009	7.068.000	1.849.196	24.257.183
F. E. biodigestor	6,08	6,46	6,78	0,04	19,36
E. T. biodigestor	153.772	434.407	287.897	3.827	879.904
Emissão total biodigestor	1.014.828	2.724.944	1.735.505	3.405.837	8.881.115
Emissão evitada	46.902	-745.821	-460.405	-1.633.654	-2.792.979

Pode-se dizer que a cobrança de um tributo dessa natureza justifica-se em face do que se convencionou denominar de externalidades negativas, isto é, no caso específico dos prejuízos causados ao meio ambiente devido ao exercício das referidas atividades. De acordo com o referido estudo da CEPAL de 2019, "a mudança climática é uma externalidade negativa global, em que, a emissão de gases do efeito estufa resultam mudanças climáticas para a atmosfera, sem custo econômico para aqueles que delas se beneficiam". Dessa forma, segundo o que concluem, do ponto de vista da teoria econômica, enfrentar o desafio da mudança climática requer a implementação de um conjunto de políticas públicas que incluem, por exemplo, o uso de diversos instrumentos econômicos, como o imposto sobre o carbono.

Nessa mesma linha, há de se instituir taxas ambientais pela exploração de recursos naturais (por exemplo, mas não limitadamente, do minério de ferro). Em relação a essas atividades, são necessárias taxas baseadas, tanto no princípio poluidor-pagador como no princípio usuário-pagador, pois além de toda espécie de poluição e degradação ambiental, há a exploração econômica, mediante a extração de riquezas finitas, sem que ocorra uma efetiva contrapartida à coletividade (exceto os reduzidos royalties/CFEM). Na atualidade, os Estados de Minas Gerais, Pará e Amapá exigem Taxas de Polícia em face da extração de minérios, recentemente entendida como constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (ADIs 4785, 4786 e 4787).[13]

Não bastasse isso, a exploração mais do que causar danos ao meio ambiente, causa estragos irreparáveis e, muitas vezes, até "tragédias dantescas", como a de Mariana e Brumadinho em Minas Gerais. Uma vez que, em regra, a extração de minérios (sobretudo de ferro) destina-se à exportação, como é possível sustentar que atividades dessa natureza possam continuar a ser exercidas sem, quase nenhuma, contrapartida à sociedade, mediante pagamento de alguma espécie de tributo?

É óbvio que pagar tributos não recuperará ou minimizará – NUNCA – o que aconteceu em Mariana e Brumadinho, só para lembrar do verdadeiro desastre ambiental brasileiro. Não é, pois, o direito tributário que deveria dar conta do que lá aconteceu, mas sim, outros ramos do direito (civil, administrativo e, sobretudo, penal).

Vale repisar, não se alegue que a cobrança de Taxas Ambientais, relativamente a produtos ou mercadorias destinadas ao exterior viriam a inviabilizar as exportações. Primeiramente, porque se está diante de atividades notoriamente bem lucrativas, cujos custos com as novas taxas poderiam ser tranquilamente assimiláveis. Além disso,

---

13 O Estado de Minas Gerais foi pioneiro na instituição de uma Taxa pelo exercício do poder de polícia (assim mesmo de discutível constitucionalidade) mediante a Lei nº 19.976, de 27 de dezembro de 2011, a seguir parcialmente reproduzida: **Art. 1°** Fica instituída a Taxa de Controle, Monitoramento e Fiscalização das Atividades de Pesquisa, Lavra, Exploração e Aproveitamento de Recursos Minerários - TFRM -, que tem como fato gerador o exercício regular do poder de polícia conferido ao Estado sobre a atividade de pesquisa, lavra, exploração ou aproveitamento, realizada no Estado, dos seguintes recursos minerários: I - bauxita, metalúrgica ou refratária; II - terras-raras; III - minerais ou minérios que sejam fonte, primária ou secundária, direta ou indireta, imediata ou mediata, isolada ou conjuntamente com outros elementos químicos, de chumbo, cobre, estanho, ferro, lítio, manganês, níquel, tântalo, titânio, zinco e zircônio. **Art. 2°** Para os efeitos desta Lei, as expressões "recurso minerário" e "mineral ou minério" são equivalentes. **Art. 4°** Contribuinte da TFRM é a pessoa, física ou jurídica, que esteja, a qualquer título, autorizada a realizar pesquisa, lavra, exploração ou aproveitamento de recursos minerários no Estado. **Art. 5°** Considera-se ocorrido o fato gerador da TFRM: I - na utilização do mineral ou minério como matéria-prima em processo de transformação industrial, na hipótese de a extração e a transformação ocorrerem em um mesmo estabelecimento localizado no Estado; II - na transferência do mineral ou minério extraído entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular, inclusive para o exterior; III - no momento da venda do mineral ou minério extraído. Parágrafo único - O fato gerador da TFRM ocorrerá uma única vez, devendo ser considerado, dentre os momentos especificados no caput, aquele que primeiro ocorrer. [...] **Art. 8°** O valor da TFRM corresponderá a 1 (uma) Ufemg vigente na data do vencimento da taxa por tonelada de mineral ou minério extraído.

como se trata de setores praticamente imunes à tributação e mantê-los com uma total exoneração – como a ora vigente – significa transferir para o restante da sociedade todo o ônus de "contribuir para manutenção do Estado", inclusive para garantir a infraestrutura necessária ao exercício lucrativo das referidas atividades.

Principalmente, é inaceitável prosseguir na atual sistemática em que, inclusive, os significativos ônus ambientais, decorrentes da própria atividade, são transferidos para as "largas costas" do Estado. Sem pensar em cada centavo que isso significa, basta imaginar o incomensurável custo suportado por Minas Gerais, e o Estado brasileiro, apenas nas tragédias antes mencionadas. Ou acaso foram as empresas que deram causa à tragédia que bancaram o custo do resgate (falando, talvez, apenas no menor entre todos os custos)?

Por fim, mediante mecanismos democráticos, podem ser projetadas e instituídas taxas ambientais que visem diminuir a poluição atmosférica e a emissão de gases de efeito estufa, decorrentes tanto da exploração de atividades econômicas (indústria que contamina), como também de comportamentos pessoais (uso de automóvel com combustível fóssil). Além disso, em face do princípio usuário-pagador, a utilização da água, com fins comerciais, poderá ser objeto de cobrança de taxas, principalmente pelos municípios.

Referências

ALATORREA, José Eduardo *et. al.* El costo social del carbono: una visión agregada desde América Latina. **Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).** 2019. Disponível em: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44423/1/S1800462_es.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2022.

Aumenta peso das commodities para economia do Brasil, revela relatório da ONU. **Nações Unidas Brasil**. 10 de novembro de 2017. Disponível em:<https://unicrio.org.br/aumenta-peso-das-commodities-para-economia-do-brasil-revela-relatorio-da-onu/>. Acesso em: 24 jul. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 jul. 2022.

BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria-Executiva da Câmara de Comércio Exterior. **Resolução nº 77, de 17 de outubro de 2018**. Disponível em: <http://www.camex.gov.br/component/content/article/resolucoes-camex-e-outros-normativos/58-resolucoes-da-camex/2121-resolucao-n-77-de-17-de-outubro-de-2018>. Acesso em: 28 jun. 2022.

BUFFON, Marciano. Tributação, desigualdade e mudanças climáticas: como o capitalismo evitará seu colapso. Curitiba: Brazil Publishing, 2019.

Convênio 100/97 do CONFAZ (Conselho Nacional de Política Fazendária). Disponível em: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/1997/CV100_97> Acesso em: 24 de jul. 2022.

CORBACHO, Ana; FRETES CIBILS, Vicente; LORA, Eduardo. Recaudar no basta: los impuestos como instrumento de desarrollo. **Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), 2013**. Disponível em: <https://publications.iadb.org/en/recaudar-no-basta-los-impuestos-como-instrumento-de-desarrollo>. Acesso em: 24 jul. 2022.

FALCÓN Y TELLA, Ramón. Impuestos Especiales. In: VELASCO, Gaspar de La Pena; FALCÓN Y TELLA, Ramón; LAGO, Miguel Angel Martínez (Coord.). **Sistema Fiscal Espanhol**. 8. Ed. Madrid: Lustel Ed., 2018.

FALCÓN Y TELLA, Ramón. Impuestos Especiales. In: VELASCO, Gaspar de La Pena; FALCÓN Y TELLA, Ramón; LAGO, Miguel Angel Martínez (Coord.). **Sistema Fiscal Espanhol**. 8. Ed. Madrid: Lustel Ed., 2018.

Gecex aprova retirada do imposto de importação de inseticida usado no plantio de soja e milho. **Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA)**. Disponível em: https://ruralpecuaria.com.br/noticia/gecex-aprova-retirada-do-imposto-de-importacao-de-inseticida-usado-no-plantio-de-soja-e-milho.html.>. Acesso em: 28 jun. 2022.

Gecex aprova retirada do imposto de importação de inseticida usado no plantio de soja e milho. Disponível em: https://ruralpecuaria.com.br/noticia/gecex-aprova-retirada-do-imposto-de-importacao-de-inseticida-usado-no-plantio-de-soja-e-milho.html.>. Acesso em: 28 jul. 2022.

GIOVANINI, Adilson; ATAÍDES DE FREITAS, Clailton; CORONEL, Daniel Arruda. Análise da quantidade produzida de CO2 pela bovinocultura no Estado do Rio Grande do Sul. In: **Ciência Rural**, Santa Maria, v. 43, nº 10, p. 1918-1923, out, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cr/v43n10/a27413-cr2012-0714.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2022.

PARRILHA, Pedro José Carrasco. Los Impuestos Especiales, otros tributos sobre consumo específicos e imposición ambiental sobre la energia. In: ALONSO GONZÁLES, Luis Manuel; YURRITA, Miguel Ángel Collado; MORENO GONZÁLES, Saturnina (Dir.). **Manual de Derecho Tributario**: Parte Especial. 5. Ed. Barcelona: Ed. Atelier, 2018.

PASSARINHO, Nathalia. Brasil é 4º no mundo em ranking de emissão de gases poluentes desde 1850. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-59065359> Acesso em: 29 de jul. de 2022.

TABOADA. Carlos Palao. El Principio "Quien Contamina Paga" Y el Principio de Capacidad Económica. In: TÔRRES, Heleno Taveira (org.). **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005.

YURRITA, Miguel Ángel Collado; MORENO GONZÁLES, Saturnina (Dir.). **Manual de Derecho Tributario**: Parte Especial. 5. Ed. Barcelona: Ed. Atelier, 2018.

Capítulo 15

SISTEMA ACUSATÓRIO E MODELO NEGOCIAL PENAL:

Fortalezas e fragilidades dos sistemas brasileiro e norte-americano.

Miguel Tedesco Wedy

SISTEMA ACUSATÓRIO E MODELO NEGOCIAL PENAL: Fortalezas e fragilidades dos sistemas brasileiro e norte-americano.

Miguel Tedesco Wedy[1]

Introdução

O artigo que segue é um desdobramento da pesquisa realizada durante o período como Visiting Scholar na Boston College Law School, sob a orientação do Professor Doutor Paulo Barrozo, especialmente entre os meses de fevereiro de 2020 (antes da pandemia de Covid-19) e dezembro de 2021 até fevereiro de 2022. A referida pesquisa redundou no livro *Sistema acusatório e juiz das garantias*.[2]

No decurso desse trabalho foram apreciadas e analisadas críticas ao modelo negocial americano. O referido modelo suplantou o Júri como elemento primordial na resolução das controvérsias penais. E isso se dá não sem poucas críticas da academia e da doutrina. De outra parte, no Brasil, modelos negociais foram sendo lentamente implementados, especialmente nos últimos 27 anos, com o advento da Lei 9.099/95, que trouxe a composição civil e a transação penal, para os crimes de menor potencial ofensivo, bem como a suspensão condicional do processo, para os crimes de médio potencial ofensivo. De outra parte, outro institutos negociais foram sendo fortalecidos e incorporados, como a colaboração premiada e, mais recentemente, o acordo de não persecução penal. São institutos que vieram para ficar, apesar das críticas e de suas fragilidades.

O grave, porém, é que tais intitutos são implementados em um sistema eminentemente inquisitorial, com uma evidente desigualdade entre as partes.

---

1 Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, Professor e Decano da Escola de Direito da Unisinos e Advogado Criminalista.

2 WEDY, Miguel Tedesco. *Sistema acusatório e juiz das garantias*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2022.

Como é sabido, o Código de Processo Penal de 1941, erigido durante a Ditadura do Estado Novo, sob Getúlio Vargas, conforma as leis e a prática judicial no Brasil, até os dias de hoje, mais de 80 anos depois.

Apesar de a Constituição de 1988 ter delineado um sistema acusatório de processo penal, na prática sempre houve e ainda há uma resistência ao seu reconhecimento, especialmente nas instâncias ordinárias de jurisdição. Isso se deve pela disseminação de uma cultura inquisitorial por todo o tecido social.

Erigir um sistema acusatório e um sistema penal negocial equilibrado é essencial para a própria afirmação de um justo processo penal.

II) O Sistema Acusatório e o Direito Negocial

Com a promulgação da Constituição brasileira, em 5 de outubro de 1988, mudou-se o regime de maneira muito clara. Em seu histórico discurso, o deputado Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, afirmou:

> *"A Nação nos mandou executar um serviço. Nós o fizemos com amor, aplicação e sem medo. A Constituição certamente não é perfeita. Ela própria o confessa ao admitir a reforma. Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca. Traidor da Constituição é traidor da Pátria. Conhecemos o caminho maldito. Rasgar a Constituição, trancar as portas do Parlamento, garrotear a liberdade, mandar os patriotas para a cadeia, o exílio e o cemitério. Quando após tantos anos de lutas e sacrifícios promulgamos o Estatuto do Homem, da Liberdade e da Democracia bradamos por imposição de sua honra. Temos ódio à ditadura. Ódio e nojo. Amaldiçoamos a tirania aonde quer que ela desgrace homens e nações. Principalmente na América Latina... Foi a sociedade mobilizada nos colossais comícios das "Diretas Já" que pela transição e pela mudança derrotou o Estado usurpador. Termino com as palavras com que comecei esta fala. A Nação quer mudar. A Nação deve mudar. A Nação vai mudar. A Constituição pretende ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança. Que a promulgação seja o nosso grito. Mudar para vencer. Muda Brasil."*

Eram, pois, de mudanças, os desígnios da Constituição Federal de 1988. A Constituição veio para modificar e romper com o sistema anterior. O art. 5º, com seu extenso rol de direitos e garantias individuais, obliterou qualquer dúvida acerca da quebra que se deveria produzir no modelo processual. As garantias nele expressas simbolizam nitidamente um ideário acusatório.

Todas essas garantias, tais como igualdade processual, intimidade e vida privada, inviolabilidade do domicílio, exceto nos casos dispostos na Constituição, sigilo das comunicações, exceto em caso de determinação judicial, juiz natural, julgamento pelo tribunal do júri nos crimes dolosos contra a vida, devido processo, contraditório e ampla defesa, vedação de provas ilícitas, presunção de inocência, fundamentação da prisão, exceto do flagrante, comunicação imediata acerca da prisão para a autoridade, contato com familiares e pessoas indicadas, direito de assistência de advogado e direito ao si-

lêncio, habeas corpus, duração razoável do processo, denotaram claramente um viés acusatório de processo. Embora a Constituição não tenha expressamente feito tal referência, isto é, de que adotava um modelo acusatório, ela delineou um sistema acusatório ao trazer tais normas.

E, como se não bastasse, ela também deixou afirmado, de maneira explícita, quem seria o titular da ação penal, separando claramente as funções de acusar e julgar, uma carcterística relevante do sistema acusatório. O art. 129 da Constituição Federal foi muito claro: "*Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;".*

Porém, a realidade impõe dizer que estamos longe de uma efetividade acusatória no processo penal brasileiro, pois há inúmeros dispositivos infra-constitucionais que permitem ao juiz atuar de ofício e buscar provas, sem que se faça uma adequada filtragem constitucional.

De outra parte, é relevante que olhemos para o exemplo mais cristalino de sistema acusatório, o sistema acusatório norte-americano. Com qualidades e defeitos, esse sistema, antes muito bem representado pelo Júri, foi sendo alterado a partir do final do século XIX, pela introdução de mecanismos de negociação.

Nesse sistema, ***o processo existe essencialmente como garantia e para o acusado***, especialmente o ***devido processo***, tanto que não se prevê a possibilidade de recurso da decisão absolutória do Júri, exceto em situações muito excepcionais, e, de outra parte, impõe-se o dever ao acusador de não ocultar para a parte ré as provas que possui *(Brady v. Maryland, 373 U.S. 83 (1963); United States v. Bragley, 473 U.S. 667 (1985)*, ainda que sejam favoráveis à defesa.

Trata-se de um sistema com *separação entre as atividades de acusar e julgar* e, especialmente, com as partes tendo uma posição de proeminência, ficando o juiz como um terceiro imparcial, com uma postura mais passiva, sem iniciativas probatórias. Um sistema adversarial em que cabe fundamentalmente às partes trazer as provas ao processo (DAMASKA, 1973).

Entende-se que as partes possuem melhores condições de trazer aos autos provas e informações e que o fato do juiz não estar envolvido diretamente nessa coleta probatória traz **ganhos de objetividade e imparcialidade**. Como diz Fletcher, o juiz dirige o processo de maneira imparcial e neutra (FLETCHER, 1992).

Pode-se dizer que a grande mudança do sistema judicial penal norte-americano no último século se deu com o *Plea Bargaining*, que foi substituindo o Grande Júri como mecanismo de resolução dos conflitos. Ou seja, foi a introdução dos mecanismos de negociação no sistema penal, especialmente pelo *guilty plea* (sujeito se declara culpado para receber benefícios processuais) ou *nolo contendere* (sujeito não contesta a acusação

para receber benefícios penais), que acarretaram uma mudança significativa. Hoje, por exemplo, estima-se que apenas cerca de 5% dos processos vá a julgamento.

Há, é claro, críticas ao modelo acusatório e ao modelo negocial norte-americano.

Schünemann, por exemplo, embora reconheça as vantagens de um modelo adversarial (*"não resta dúvida que o modelo adversarial apresenta consideráveis vantagens e, principalmente por respeitar de forma máxima a posição de sujeito de direito do acusado, adequa-se de forma ideal à concepção de ser humano (Menschenbild) que emana de uma moderna constituição de um estado democrático de direito, bem como ao ideal constitucional de processo justo (fair trial)."*(SCHÜNEMANN, 2013), aponta uma série de fragilidades, como os processos acelerados, a passividade do juiz e o desprezo pela verdade.[3]

A crítica de Schünemann é especialmente vigorosa, contudo, quando trata dos mecanismos de negociação do direito norte-americano, especialmente o *guilty plea*. Segundo o autor alemão (SCHÜNEMANN, 2013):

> *"O instituto do guilty plea arruina com o ideal de justiça no processo penal norte-americano não apenas à luz de uma análise teórica, mas também sob a perspectiva processual. Afinal, ele resultou em uma radical revolução no processo penal: a audiência de instrução e julgamento perante o tribunal do júri fora amplamente abolida e substituída por um guilty plea do acusado, que dele é praticamente 'comprado' através de uma suposta diminuição de pena...*
> *a)Se o guilty plea é recompensado com uma redução de pena, isso significa que quem será punido de forma consideravelmente mais severa é exatamente aquele que faz uso legítimo de seu direito à realização do processo penal e luta por provar sua inocência. Afinal, o reverso da diminuição da pena é o aumento da pena em caso de uma condenação após uma longa audiência de instrução e julgamento. Por conseguinte, o direito do acusado de permanecer em silêncio face às acusações levantadas contra ele é minado estruturalmente.*
> *b)Igualmente, é exercida sobre o acusado uma pressão, que se mostra intolerável sob o ponto de vista do estado de direito, pois ele tem que ter consciência de que, em consequência de fazer valer seu direito à realização da audiência de instrução e julgamento, poderá, na prática, ser duplamente punido com agravamento da pena.*
> *c)Para que o acusado seja movido à realização de um guilty plea, a prometida atenuação de sua pena tem que ser considerável em comparação à pena que seria de se esperar em caso de condenação após a realização da audiência de instrução e*

3 Note-se que essa crítica de Schünemann não se pode aplicar ao caso brasileiro, pois o juiz pode fazer perguntas supletivas, como diz o art. 212 do CPP, assim como os jurados podem perguntar também para testemunhas e para o réu no caso do Júri (art. 473, § 2º, e 474, § 2º, do CPP). Além disso, a peculiar construção do Ministério Público na Constituição brasileira, como uma "parte" imparcial, em tese, também fragiliza a crítica de Schünemann. Não é incomum, no Brasil, que o Ministério Público concorde algumas vezes com as postulações defensivas e até solicite a absolvição do acusado, justamente pelo compromisso que também tem ou deveria ter, como fiscal da lei e defensor da ordem jurídica, com a apuração de uma verdade processualmente válida. Outrossim, no âmbito do modelo acusatório norte-americano, a busca da verdade não é desprezada, mas valorada como ainda mais qualificada do que aquela pretendida pelos modelos inquisitoriais. Ou seja, o modelo acusatório não sustenta qualquer desprezo pela ideia de verdade em matéria processual. Pelo contrário, sustenta que a verdade é melhor apreendida pelo sistema acusatório, mais objetivo e imparcial.

> *julgamento. Isso significa, no entanto, em termos práticos, que a pena imposta será não aquela que, por motivos de prevenção geral, seria necessária para a proteção dos bens jurídicos, mas sim uma pena muito menor. Com isso, subverte-se a longo prazo a função protetiva do direito penal. Por outro lado, caso ao acusado seja apenas simulada uma vultuosa diminuição da pena se vier a declarar um guilty plea, o estado estará então tornando-se culpado por ter fundamentalmente ludibriado o acusado, induzindo-ao erro, o que não pode ocorrer em um estado de direito.*
> *d)Por último, o instituto do plea bargaining tem ainda outra consequência violadora do estado de direito: ele debilita ainda mais a posição de um acusado frágil, que possui baixo nível social. A experiência de vida evidencia e estudos empíricos nos Estados Unidos comprovam que o desfecho de um plea bargaining depende essencialmente da intensidade com a qual o advogado defende os interesses do seu cliente...*
> *e)Como última consequência deve-se ter em conta que com o plea bargaining vem a ser aniquilada uma das maiores conquistas evolutivas do processo penal reformado na Europa, a posição de sujeito de direito do acusado."*

As críticas veementes ao modelo do *plea bargaining* também vieram de John Langbein (LANGBEIN, 1978): "*In our day, jury trial continues to occupy its central place both in the formal law and in the mythology of the law. The constitutions have not changed, the courts pretend to enforce the defendant's right to jury trial, and the television transmits a steady flow of dramas in which a courtroom contest for the verdict of the jury leads inexorably to the disclosure of the true culprit. In truth, criminal jury trial has largely disappeared in America. The criminal justice system now disposes of virtually all cases of serious crime through plea bargaining. Depending on the jurisdiction, as many as 99 percent of all felony convictions are by plea*." E as críticas podem ser corroboradas pelos dados do sistema penal. Há um número enorme de presos (mais de um milhão de pessoas) e um número insignificante de processos que vão a julgamento.

As bem pontuadas críticas de Schünemann, entretanto, não enfraquecem os tópicos que temos sustentando. Quando se analisa o modelo de processo penal norte-americano é preciso analisar o *plea bargaining* e o processo propriamente dito. E, no que concerne ao direito negocial, podemos dizer que o modelo brasileiro, embora necessite de mais aperfeiçoamentos, possui *mais travas que o modelo americano*, a fim de enfrentar os abusos tão bem criticados por Schünemann e Langbein acerca do *plea bargaining*.

Em primeiro lugar, *não há possibilidade de direito penal negocial em todos os casos*. Podemos dizer que há uma evolução lenta e gradual desse sistema negocial no direito brasileiro. Inicialmente, com a *composição civil*, a *transação penal* e a *suspensão condicional do processo*, depois, com a *colaboração premiada* e, mais recentemente, com o chamado *acordo de não persecução penal*.

Como já referido, os institutos da composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo surgiram com a Lei 9099/95. Prevê-se a composição civil entre as "partes" ou sujeitos processuais, nos casos de ações penais privadas ou ações penais

públicas que dependem de representação da vítima. A transação penal (aplicação antecipada de penas restritivas de direitos, isto é, penas não privativas de liberdade) nos casos de crimes de ação pública quando a pena máxima de prisão prevista em lei não ultrapasse os dois anos. E a suspensão condicional do processo entre dois e quatro anos, após a denúncia do Ministério Público, quando a pena mínima seja até um ano e o denunciado não esteja respondendo outro processo (requisitos previstos no art. 89 da Lei 9.099/95). Em todos esses casos o sujeito que faz o acordo continua primário e a realização do acordo não significa encarceramento e nem uma condenação criminal do ponto de vista formal.

Posteriormente, surgiu o instituto da *colaboração premiada*. No Brasil, a colaboração premiada é prevista nas Leis 8.072/90 (Crimes hediondos, especialmente nos casos de extorsão mediante sequestro e associação criminosa), 7.492/86 (Crimes contra o Sistema Financeiro); 8.137/90 (Crimes contra a Ordem Tributária e Econômica), 9.613/98 (Lavagem de Capitais), 9.807/99 (Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas), 11.343/06 (Lei de Drogas) e, especialmente, na Lei 12.850/13 (Organizações Criminosas), cujos artigos 4º, 5º e 6º regulam o procedimento e a obtenção de prova na investigação e processo criminal nessas situações. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (*HC 127.483*) a colaboração premiada é um negócio jurídico bilateral e um meio de obtenção de prova, no qual o colaborador pode receber a diminuição de pena, substituição de pena e até o perdão judicial, além do não oferecimento da denúncia criminal, preenchidas determinadas condições, desde que identifique os demais autores e partícipes do delito, revele a estrutura hierárquica da organização criminosa, previna futuros crimes, recupere total ou parcialmente ativos desviados e localize eventuais vítimas de crimes. A legislação ainda prevê que a colaboração deverá ser voluntária, com a obrigatória presença e atuação de advogado e que não se poderá realizar sentença condenatória, medidas cautelares e recebimento de denúncia ou queixa apenas com base nas palavras do colaborador. Além disso, prevê que a aplicação dos benefícios propostos ao colaborador dependerá da efetividade dos elementos por ele trazidos na colaboração. Há questões, porém, que não estão suficientemente claras, como os efeitos das colaborações em outras esferas (por exemplo, uma colaboração na esfera estadual produz efeitos na esfera federal ou administrativa?) e o poder do juiz de homologar (o Supremo Tribunal Federal – *HC 127.483* -, tem entendido que o papel do juiz na homologação do acordo deve se circunscrever aos aspectos formais de verificação) e invalidar as colaborações (feito o acordo com o Ministério Público e depois homologado, poderia o juiz, ao final, na fase de sentença, nele se imiscuir e dizer se os benefícios ao colaborador são demasiados ou poucos? Essa possibilidade não enfraqueceria os acordos? Não violaria o princípio acusatório?). Por óbvio que aqui não se discute a evidente possibilidade do juiz tornar inválidos acordos ilegais ou inconstitucionais.

Mais recentemente surgiu também a possibilidade do acordo de não persecução penal. Esse instituto foi trazido também pela Lei 13.964/2019. Segundo o novo art. 28-A, do Código de Processo Penal: "*Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor o acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas, cumulativa ou alternativamente: I – reparar o dano ou restituir a coisa à vitima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II – renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Código Penal; IV – pagar prestação pecuniária a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito ou; V – cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada*." Deve-se salientar ainda que, por ser um instituto de caráter misto (penal e processual penal), que não acarreta condenação criminal e pode extinguir a punibilidade, deve ser aplicado retroativamente, por ser mais favorável ao réu, nos termos do que diz a Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XL). Não é absoluta, por conseguinte, a possibilidade do Ministério Público propor o acordo de não persecução penal. E só poderá fazê-lo caso haja, efetivamente, elementos para o oferecimento da denúncia, em crimes sem violência e grave ameaça, quando a pena mínima for inferior a quatro anos.

Desse modo, as críticas de Schünemann e Langbein atingem uma parte do modelo processual acusatório norte-americano. Porém, não se devem aplicar indistintamente ao caso brasileiro.

O fato é que os referidos mecanismos de negociação se alastraram por todos os modelos processuais do mundo democrático. Não nos parece mais possível resistir ante tais mecanismos, não por ser uma tendência ou uma inevitabilidade histórica, mas em virtude deles realçarem algo relevante e que não pode ser desprezado: a liberdade e a autonomia de vontade da pessoa. Não se pode impedir que uma pessoa queira, livremente e sem coação, confessar delitos e dar a conhecer práticas criminosas de terceiros. *O que é realmente perturbador, e aí as críticas de Schünemann e Langbein devem ser um sinal de alerta, é que no Brasil se quer compatibilizar os mecanismos de negociação e, ainda, o modelo inquisitorial de processo penal, no qual o juiz atua de ofício, desde o inquérito até a sentença final. E, como se não bastasse, num modelo sem normas claras de investigação defensi-*

va, o que importa em mais desigualdade na investigação que conduzirá até os mecanismos de negociação.

Portanto, ou aplicamos com efetividade um sistema acusatório ou ficaremos reféns de um sistema desequilibrado e injusto.

Outrossim, segundo o então juiz da Suprema Corte Americana, Antonin Scalia, no caso McNeil v. Wisconsin: "*What makes a system adversarial rather than inquisitorial is not the presence of counsel, much less the presence of counsel where the defendant has not requested it; but rather, the presence of a judge who does not (as an inquisitor does) conduct the factual and legal investigation himself, but instead decides on the basis of facts and arguments pro and con adduced by the parties.*".[4] Ou seja, há uma clara diferença entre o modelo acusatório e inquisitorial, pois naquele não há um (inquisidor) que conduza ele mesmo a investigação, mas um juiz que decide com base nos fatos e argumentos trazidos pelas partes. E, posteriormente, nos casos *Crawford v. Washington* e *Davis v. Washington*[5], Scalia afirmou *o modelo inquisitorial como o principal mal contra o qual estão dirigidas as cláusulas de confrontação do sistema americano*. E mais, pois afirmou *não admitir a alegação de que os fatos são mais bem apurados num procedimento inquisitivo do que num procedimento em contraditório, perante o Júri*.[6]

Isso não implica, como já referido, que desconsideremos as críticas de Schünemann e Langbein. São críticas relevantes, especialmente acerca do *plea bargaining* e da forma como esse instituto modificou a realidade dos sistema de justiça penal, operando a possibilidade de encarceramento em massa, sem um julgamento em contraditório no processo penal. Entretanto, entendemos que o Brasil tem avançado para um modelo de direito penal negocial mais seguro, justamente pela influência histórica que mitiga o arbítrio que se vê no modelo norte-americano do *plea bargaining*. Porém, é essencial também que se afirme um modelo acusatório, que deixe nitidamente as iniciativas probatórias sob responsabilidade das partes.

Conclusões

A Constituição Federal de 1988 rompeu com o modelo inquisitorial. Ela quer a implementação de um sistema acusatório, que veda a atuação de ofício do juiz, de modo a preservar sua imparcialidade. A implementação de um sistema acusatório é não só um anseio constitucional como um imperativo, ainda mais nesse momento histórico.

---

4 Neil v. Wisconsin, 501 U.S. 171, 189 (1991).

5 541 U.S. 36 (2004) e 126 S. Ct. 2266 (2006).

6 No caso Craword a acusação usou uma prova não submetida ao contraditório perante o Júri. A prova foi aceita em primeira instância. Posteriormente, foi repelida em segunda instância e restou aceita no Tribunal Federal, para, ao final, ser afastada pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

Aqui, por conseguinte, em matéria de modelo processual, são inegáveis as vantagens do modelo acusatório americano para a preservação da liberdade, da dignidade da pessoa humana e da objetividade e imparcialidade do julgador.

Sob outro aspecto, em matéria de direito negocial, o modelo americano apresenta fragilidades gritantes, como a desigualdade entre as partes e a tendência inexorável para o encarceramento em massa, sem o devido processo.

Porém, aceitar um sistema negocial penal, em algumas situações pontuais, não implica em se adotar o modelo americano. Significa, com os devidos resguardos, em se adotar um mecanismo que preserva a liberdade e a autonomia da pessoa.

O Brasil, aqui é preciso dizer, tem sido mais comedido na adoção de modelos de consenso e negociação. E isso é correto, para que o direito ao processo não seja um fardo, mas uma garantia.

Desse modo, implementar um sistema acusatório de processo penal e erigir um equilibrado modelo negocial penal nada mais é do que uma imposição correlata à autonomia, liberdade e dignidade da pessoa.

No fundo, o que afirmamos é a necessidade da implementação e efetivação da vontade da Constituição de 1988, um documento histórico que merece ser defendido em todos os quadrantes.

Referências

BARROZO, Paulo. "Cruelty in Criminal Law: Four Conceptions". Thomson Reuthers. *Criminal Law Bulletin*, Vol. 51, nº 5, 2015.

BARROZO, Paulo. "Punição e Constituição: Cinco Princípios Para o Futuro da Democracia Brasileira (Punishment and the Constitution: Five Principles for the Future of Brazilian Democracy)". Published in "Anais da XXII (2014) Conferência Nacional dos Advogados" of the Bar Association of Brazil. *Boston College Law School*, 2014.

DAMAŠKA, *M.R., Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study*, 121 U. Pa. L. Rev. 506 (1973).

DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority* 4 n.4 (1986);

FLETCHER, G.P. *En defensa propia*, Tirant lo Blanch: Valencia, 1992.

FREEDMAN, Monroe. *Our Constitutionalized Adversary System*, 1 Chap. L. Rev. 57 (1998).

LANGBEIN, John H. "Torture and Plea Bargaining", *University of Chicago Law Review*: Vol. 46: Iss. 1, Article 3.

LANGBEIN, John H. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press, 2010.

SCHÜNEMANN, Bernd. Luís Greco (Coordenador). "Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano". In Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. Marcial Pons: 2013.

WEDY, Miguel Tedesco. *Sistema acusatório e juiz das garantias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.

Capítulo 16

A APLICAÇÃO DOS ASPECTOS ESG COMO POSSIBILIDADE DE CONCRETIZAÇÃO DO ODS 12[1]

Raquel von Hohendorff

A APLICAÇÃO DOS ASPECTOS ESG COMO POSSIBILIDADE DE CONCRETIZAÇÃO DO ODS 12[1]

Raquel von Hohendorff[2]

Introdução

Criar estilos de vida sustentáveis requer uma mudança nas normas sociais, políticas e design da infraestrutura; significa repensar os modos de vida, como se compra e como a vida cotidiana é organizada. Trata-se, também, de alterar como se socializa, troca, compartilha, educa e constrói identidades (ONU, 2019). Espera-se, hoje, formar novos consumidores e produtores com um estilo de vida em harmonia com a natureza, com escolhas e ações que minimizem o uso de recursos naturais e a geração de emissões, resíduos e poluição, ao mesmo tempo em que busquem a sustentabilidade em seu sentido amplo.

As transformações da sociedade atual são maiores do que se pode prever e ainda mais profundas e rápidas do que em qualquer outro momento. Assim, o cenário atual apresenta-se como desafio para novas análises, estudos e pesquisas. É preciso um Direito crítico, capaz de fazer leituras da realidade e apto a provocar as mudanças necessárias nesta realidade, sob pena de restar isolado das outras áreas do conhecimento, que se utilizarão dos espaços vazios deixados pelo Direito para atuarem, inclusive, em questões regulatórias. As pesquisas que advirão do uso e

1 Resultado parcial das investigações desenvolvidas pela autora no âmbito do Projeto Transdisciplinaridade e Direito: construindo alternativas jurídicas para os desafios trazidos pelas novas tecnologias com apoio financeiro concedido pela Fundação de Amparo à Pesquisa no Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS Edital 04/2019 Auxílio Recém Doutor.

2 Pós Doutora em Direito Público pela Universidade de Las Palmas de Gran Canaria – Espanha. Doutora e Mestra em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS/RS/Brasil. E-mail: rhohendorff@unisinos.br

implementação das novas tecnologias exigirão a atuação dos diferentes sistemas, com a avaliação dos impactos sociais, éticos e regulatórios emergentes, suportados por um modelo de inovação que deverá ser responsável e sustentável.

Assim sendo, em um primeiro momento, a resposta que se dará, ou as inquietações que se propõem, é de que não se poderá seguir em um modelo fundado na descrição puramente estrutural do direito vigente. Tal fundamentação já não faz mais sentido na sociedade atual, em que as fronteiras do conhecimento estão mais amplas e, exatamente por isso, precárias ao se pautarem por formas de produção de conhecimento científico inadequadas à apreensão da multiplicidade dos fenômenos jurídicos.

Ou construímos um novo contrato social em harmonia com a natureza e garantimos que a tecnologia da Quarta Revolução Industrial seja mais bem utilizada para nos proporcionar uma vida melhor, ou seguimos agindo da mesma forma, destruindo o único planeta onde podemos viver. Assim, está aí o objetivo principal das pesquisas desenvolvidas e aqui apresentadas, à luz da perspectiva metodológica sistêmico-construtivista, considerando a realidade como uma construção de um observador, tratando-se de uma forma de reflexão jurídica sobre as próprias condições de produção de sentido, assim como as possibilidades de compreensão das múltiplas dinâmicas comunicativas diferenciadas que ocorrem em ambientes complexos, como o atual, conforme Luhmann (2007).

1. Sustentabilidade e ODS 12.

Hoje, ao se falar em inovação, não há como dissociar-se da ideia de pesquisa e inovação responsável (Responsible Research Innovation- RRI). O RRI representa em sua própria natureza uma definição funcional que permite investigações e deliberações mais abrangentes. Assim, pode-se dizer que o RRI é um termo extenso que inclui uma variedade de noções. Tais noções compartilham de um ponto em comum, sendo que todas procuram implementar práticas responsáveis na investigação e inovação. Trata-se de um processo transparente e interativo que tem como objetivo tornar-se sensível à necessidade mútua, ou seja, desenvolve-se portanto, uma visão da aceitabilidade ética, da sustentabilidade e conveniência social do processo de inovação e os seus produtos comercializáveis (HULMANN, 2008).

O desenvolvimento socioeconômico que vem ocorrendo com o advento e implementação das novas tecnologias nos mais diversos processos produtivos não pode deixar de considerar os aspectos éticos, legais e sociais, bem como a sustentabilidade, promovendo sempre os ideais de uma responsabilidade planetária e de um não retrocesso ambiental.

Quando se fala em produção mais sustentável, pensa- se em todos os aspectos envolvidos.

De acordo com Freitas (2012, p. 16):

> [...] a ssustentabilidade é um compromisso intergeracional: (a) com a 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 a 'modernidade ambiental', sem prejuízo das soluções de 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 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.

Ainda, sobre sustentabilidade é necessário mencionar que, por ser um conceito aberto, o que é considerado sustentável num período de crise econômica pode não o ser em outro momento. Assim, cada momento histórico tem que ser considerado, especialmente as questões relativas aos modelos de produção e de consumo.[3] "Essa constatação demanda que se aportem reflexões sobre novas perspectivas, redescobertas e vínculos reforçados entre os elementos humanos e não humanos que integram a casa comum" (BODNAR; FREITAS; SILVA, 2016, p.65).

Do conceito de sustentabilidade parte-se para a Agenda 2030, que é um plano de ação para as pessoas, para o planeta e para a prosperidade, que busca fortalecer a paz universal com mais liberdade, reconhecendo que a erradicação da pobreza em todas as suas formas e dimensões, incluindo a extrema, é o maior desafio global e um requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável. Governos, organizações internacionais, setor empresarial e outros atores não estatais e indivíduos devem contribuir para a mudança de consumo e produção não sustentáveis, inclusive via mobilização de todas as fontes, de assistência financeira e técnica para fortalecer as capacidades científicas, tecnológicas e de inovação dos países em desenvolvimento para avançar rumo a padrões mais sustentáveis de consumo e produção.

Diferentemente dos seus antecessores, os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, os ODS explicitamente convocam todas as organizações a utilizar sua criatividade e inovação para resolver os desafios de desenvolvimento sustentável.

---

3 O mercado consumidor está mais frágil por causa da pandemia. As pessoas estão mais interessadas em seu impacto, comprando mais localmente para ajudar empresas e indivíduos mais próximos de suas comunidades. A sensibilidade dos consumidores é aumentada, tendo nas lupas as empresas e o setor público, exigindo mais responsabilidade pelas suas ações e planos de recuperação, o que é aplaudido ou escarnecido. Isso não significa que os consumidores agora têm um entendimento completo da sustentabilidade, mas coloca a conversa de volta na mesa como nunca antes. As pessoas agora também estão preocupadas com o impacto social, não apenas com o meio ambiente. SHULLA, K. *Et al*. "Efects of COVID-19 on the Sustainable Development Goals (SDGs)". *Discover Sustainability*, v. 2, n. 15, 2021. Disponível em: https://link.springer.com/article/10.1007/s43621-021-00026-x. Acesso em: 21 jul.2022.

Podem ser compreendidos como uma oportunidade para que as soluções e tecnologias empresariais sejam criadas, aperfeiçoadas e implementadas para tratar dos maiores desafios mundiais de desenvolvimento sustentável. Na medida em que os ODS formam a agenda global para a manutenção e evolução da sociedade, eles permitirão que as organizações líderes demonstrem como os seus negócios ajudam no avanço do desenvolvimento sustentável, tanto minimizando os impactos negativos quanto maximizando os impactos positivos nas pessoas e no planeta (SDG COMPASS, 2016).

Nos documentos que versam sobre os ODS, o desenvolvimento sustentável é definido como aquele que procura satisfazer as necessidades da geração atual sem comprometer a capacidade das futuras gerações de satisfazerem as próprias necessidades-assim, demanda um esforço conjunto para a construção de um futuro inclusivo, resiliente e sustentável para todas as pessoas e todo o planeta. E, para que seja alcançado, é preciso que se harmonizem três elementos centrais: crescimento econômico; inclusão social; e proteção ao meio ambiente. Trata-se de elementos interligados e fundamentais para o bem-estar dos indivíduos e das sociedades.

A atual lógica do consumo é ainda muito diferente da lógica ambiental, especialmente no tocante aos bens ambientais, a uma saúde comum – humana e ambiental – a uma sadia qualidade de vida para as atuais e futuras gerações humanas e para todos os seres que habitam o planeta. Franzolin (2018, p. 130) ensina que é possível, apesar das diferenças entre as duas lógicas, encontrar alguns pontos em comum, que possam auxiliar em uma ideia de tornar o direito do consumidor mais verde, em busca do consumo sustentável: ambos são novos direitos (ambiental e consumidor), envolvem riscos presentes e alguns incertos, são partes integrantes do conceito maior de direitos humanos, exigem atenção e proteção do Estado e, ainda, representam desafios para a construção de deveres de natureza ambiental aos fornecedores. Por isso, para pôr o ODS 12 e seus objetivos decorrentes em prática, os governos precisam do apoio das empresas e da sociedade - que devem se comprometer com a redução do impacto de suas práticas sobre o meio ambiente, preocupados com seu entorno.

O ODS 12 – assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis, tem 8 metas e mais três subitens, apresentados a seguir:

> 12.1 Implementar o Plano Decenal de Programas sobre Produção e Consumo Sustentáveis, com todos os países tomando medidas, e os países desenvolvidos assumindo a liderança, tendo em conta o desenvolvimento e as capacidades dos países em desenvolvimento.
> 12.2 Até 2030, alcançar a gestão sustentável e o uso eficiente dos recursos naturais.
> 12.3 Até 2030, reduzir pela metade o desperdício de alimentos per capita mundial, nos níveis de varejo e do consumidor, e reduzir as perdas de ali-

> mentos ao longo das cadeias de produção e abastecimento, incluindo as perdas pós-colheita.
> 12.4 Até 2020, alcançar o manejo ambientalmente saudável dos produtos químicos e todos os resíduos, ao longo de todo o ciclo de vida destes, de acordo com os marcos internacionais acordados, e reduzir significativamente a liberação destes para o ar, água e solo, para minimizar seus impactos negativos sobre a saúde humana e o meio ambiente.
> 12.5 Até 2030, reduzir substancialmente a geração de resíduos por meio da prevenção, redução, reciclagem e reuso.
> 12.6 Incentivar as empresas, especialmente as empresas grandes e transnacionais, a adotar práticas sustentáveis e a integrar informações de sustentabilidade em seu ciclo de relatórios.
> 12.7 Promover práticas de compras públicas sustentáveis, de acordo com as políticas e prioridades nacionais.
> 12.8 Até 2030, garantir que as pessoas, em todos os lugares, tenham informação relevante e conscientização para o desenvolvimento sustentável e estilos de vida em harmonia com a natureza.
> 12 a Apoiar países em desenvolvimento a fortalecer suas capacidades científicas e tecnológicas para mudar para padrões mais sustentáveis de produção e consumo.
> 12 b Desenvolver e implementar ferramentas para monitorar os impactos do desenvolvimento sustentável para o turismo sustentável, que gera empregos, promove a cultura e os produtos locais.
> 12 c Racionalizar subsídios ineficientes aos combustíveis fósseis, que encorajam o consumo exagerado, eliminando as distorções de mercado, de acordo com as circunstâncias nacionais, inclusive por meio da reestruturação fiscal e a eliminação gradual desses subsídios prejudiciais, caso existam, para refletir os seus impactos ambientais, tendo plenamente em conta as necessidades específicas e condições dos países em desenvolvimento e minimizando os possíveis impactos adversos sobre o seu desenvolvimento de uma forma que proteja os pobres e as comunidades afetadas.(ONU, 2019)

Pode-se verificar que o ODS 12 é um dos mais transversais na sua concepção, porque inclui uma vasta gama de tópicos, como o uso eficiente dos recursos naturais, minimizando a perda e desperdício de alimentos, gestão ecológica de produtos químicos ao longo de seu ciclo de vida, gestão de resíduos sólidos, compras públicas sustentáveis, turismo sustentável, educação ambiental e, finalmente, eliminação de incentivos fiscais aos combustíveis fósseis, que podem distorcer o mercado. Permite um amplo espectro de ações e a participação de atores de diversos setores. O ODS 12 está altamente relacionado tanto aos produtores quanto aos consumidores, indicando a dependência de melhores produtos e o aumento da conscientização dos demandantes (SHULLA, 2021).

O Brasil está hoje entre os países que mais se distanciam da Agenda 2030, como mostra tanto a V quanto a VI edição do Relatório Luz da Sociedade Civil para a Agenda 2030 (GRUPO DE TRABALHO DA SOCIEDADE CIVIL PARA A AGENDA 2030, 2021, 2022).

O relatório apresenta uma triste realidade, um diagnóstico chocante que é atestado por mais de 100 especialistas de diferentes áreas temáticas que analisaram os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e suas 1691 metas. A destruição de direitos sociais, ambientais e econômicos, além de direitos civis e políticos, arduamente construídos nas últimas décadas, fica patente nas 92 metas (54,4%) em retrocesso; 27 (16%) estagnadas; 21 (12,4%) ameaçadas; 13 (7,7%) em progresso insuficiente; e 15 (8,9%) que não dispõem de informação. Este ano não há uma meta sequer com avanço satisfatório. (GRUPO DE TRABALHO DA SOCIEDADE CIVIL PARA A AGENDA 2030, 2021).

Assim, em resumo, em relação ao ODS 12, no Brasil, em 2020, pode-se dizer que as metas 12.1, 12.2, 12.3, 12.5, 12.6, estão estagnadas. Já as metas 12.4, 12.8 e 12 c sofreram retrocesso. A 12a e 12b estão ameaçadas e a 12.7 tem dados insuficientes.

Os mais de 100 especialistas que realizaram esta análise teceram algumas recomendações quanto à concretização do ODS 12 no Brasil: devem ser desenvolvidas metodologias para mensuração do consumo direto e indireto de recursos naturais na produção e consumo de bens e serviços, e construir uma base de dados nacional sobre o mesmo; implementar melhorias na infraestrutura industrial nacional e aprimoramento de políticas públicas, possibilitando a transição para uma economia circular; identificar onde ocorrem as perdas alimentares, em que etapa do ciclo de vida e da cadeia de valor, de forma a ser possível a realização da quantificação destas perdas e do aprimoramento da busca por possível soluções para grave desperdício que ocorre no país que é o terceiro maior produtor de alimentos do mundo, mas onde cerca de 55% das famílias vive sob insegurança alimentar; assegurar uma maior e ampla divulgação e realização de ações de formação para os gestores públicos do Brasil; ampliar o investimento em pesquisa, desenvolvimento e inovação, a fim de buscar alternativas para viabilizar produtos e processos mais sustentáveis. (GRUPO DE TRABALHO DA SOCIEDADE CIVIL PARA A AGENDA 2030, 2021).

Quanto à última recomendação, é mais um dos campos onde o Brasil vem retrocedendo. Em 2021, o orçamento para o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação foi 34% menor do que em 2020, que já havia sofrido uma redução de 15% em relação à 2019 (RBA, 2021). Triste realidade.

O VI Relatório, publicado em julho de 2022, mostra o Brasil sob uma realidade ainda mais grave. A realidade apresentada é, infelizmente, altamente perigosa: das 168 metas originalmente aplicáveis ao país – inclusive as sete que a partir de 2021 passaram a ser consideradas no Painel ODS Brasil como "não aplicáveis" – apenas uma (a 15.8), teve progresso satisfatório. Onze (6,54%) permaneceram ou entraram em estagnação, 14 (8,33%) estão ameaçadas, 24 estão em progresso insuficiente (14,28%) e 110 (65,47%) estão em retrocesso. Sobre oito metas (4,76%) não há dados. Em comparação

com o V Relatório Luz, as metas em retrocesso aumentaram de 92 para 110 e as com progresso insuficiente passaram de 13 para 24. (GRUPO DE TRABALHO DA SOCIEDADE CIVIL PARA A AGENDA 2030, 2022).

Especificamente em relação ao ODS 12, o VI Relatório apresenta os dados conforme a Figura 1:

Figura 1: Dados acerca do cumprimento das Metas do ODS 12 no Brasil em 2021:



Fonte: Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030 (2022).

E as recomendações seguem as mesmas, além de reconstruir o Plano de Ação para Produção e Consumo Sustentáveis, em perspectiva transversal e gestão interministerial e participativa, e que incorpore diretrizes para a indústria, comércio e agricultura; reunir em relatório nacional as informações sobre a reciclagem no Brasil e ampliar prazos para acordo setoriais de logística reversa; assegurar, nos Planos de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos implantados pelos municípios, determinações sobre disposição adequada de rejeitos em aterros sanitários, coletas seletivas, logística reversa, responsabilidade estendida dos Produtores/Fabricantes; Assegurar educação ambiental e ações de comunicação social, em parceria com catadores/as, associações, comércio, indústrias e sociedade (GRUPO DE TRABALHO DA SOCIEDADE CIVIL PARA A AGENDA 2030, 2022).

De qualquer forma, há que se continuar estudando e buscando a concretização dos ODS no Brasil e no mundo.

Em relação às possibilidades de implementação do ODS 12, um dos grandes atrativos é a gestão empresarial baseada no ESG, e os aspectos transdisciplinares necessá-

rios para a implementação desta nova forma de gestão, com os diferentes atores envolvido.

2. Padrões ESG e a transdisciplinaridade

Hoje não há como se imaginar uma pesquisa e inovação responsáveis (RRI) sem pensar e obviamente implementar os aspectos ESG. Em relação às letras que compõem a nova sigla, o E representa o meio ambiente (*environmental*), perpassando a ideia geral da pegada ecológica da empresa (desde a produção até o destino final dos produtos e insumos, perpassando também eficiência energética); o S vem de social, vislumbrado nos aspectos de direitos humanos e o G traduz a governança (*governance*), que envolve as ações e compromissos das organizações com questões éticas (ARMSTRONG, 2020, p. 7) e práticas que regulam o modo como a organização é dirigida, seja nas suas relações internas, quanto nas suas redes estruturais e negociais externas (ARBEX, 2022, p. 37).

Assim, serão abordados o ESG e a cultura organizacional e, na sequência, a transdisciplinaridade necessária ao Direito para entendimento e possibilidade de ação conjunta com as demais áreas do conhecimento na busca por um mundo onde o consumo e a produção possam ser mais sustentáveis.

As mudanças nos padrões de consumo demandam produtos socialmente justos e ambientalmente controlados, o que faz com que as empresas devam buscar se adequar aos padrões ESG. E isso tem provocado um enorme aumento (cerca de 34% nos últimos 2 anos) nos ativos de investimentos ESG nos 5 principais mercados mundiais (SILVA, GOMES, 2020).

No conceito ESG, a letra E representa ambiente ou eco ambiental e refere-se ao impacto ambiental da empresa, levando em conta a eficiência energética, uso de recursos naturais, descarte de resíduos, ações em prol da proteção da biodiversidade e da redução de gases contribuintes para o aquecimento global; o S representa o social, abrangendo funcionários, clientes, fornecedores, comunidade e sociedade, inclusive questões de segurança e diversidade no trabalho. Já o G, de governança, trata das práticas acerca do modo de direção da empresa, incluindo questões de diversidade e remuneração, éticas e combate à corrupção, entre outras. Quando se menciona ESG há que se pensar em quatro palavras chaves: risco, governança, tecnologia e objetivos. ESG é uma ferramenta para analisar o risco de destruição de valor de uma empresa (pensa-se em ESG para evitar-se perdas). Quanto à governança, passa pela ideia dos conselhos gestores das empresas e também aspectos éticos. A terceira palavra-chave, tecnologia, faz parte da ideia de análise de risco, auxiliando na governança. Já a quarta palavra, objetivos, vem dos ODS- objetivos do desenvolvimento sustentável, que são os direci-

onadores das ações ESG, trazendo às empresas uma linguagem de impacto comum e metas (SILVA, GOMES, 2020).

ESG é uma filosofia que busca colocar os critérios ambientais, sociais e de governança corporativa em avaliações e decisões de negócios. Dessa forma, pode-se pensar na ideia da transdisciplinaridade perpassando as novas formas de atuação das empresas, na produção mais sustentável, em busca da concretização do ODS 12. Os variados conteúdos do tema "ESG" devem, inicialmente, perpassar a cultura das empresas, vislumbrando nessa perspectiva uma efetiva oportunidade de contribuir com a estruturação da sustentabilidade empresarial.

Ainda, quanto à origem do termo ESG, pode-se mencionar que ocorreu a partir de uma publicação do Pacto Global das Nações Unidas, em parceria com o Banco Mundial, intitulada *Who Cares Wins* (THE GLOBAL COMPACT, 2004) ou seja, "*Quem se importa (ou cuida), ganha*", em 2004. Nessa publicação, o Secretário-Geral da ONU Kofi Annam, provocou 50 CEOs de grandes instituições financeiras, instigando-os a integrar fatores sociais, ambientais e de governança no mercado de capitais. Desde então, o movimento tem ganhado consistência, especialmente pela integração do tema na agenda do Fórum Econômico Mundial, ampliando o segmento das organizações que passaram a orientar as suas operações pelo conteúdo do ESG. Também foi neste contexto que surgiram as bases estruturantes do chamado de *Stakeholder Capitalism*, (WORLD ECONOMIC FORUM, 2020) ou seja, "capitalismo das partes interessadas", em substituição ao "capitalismo dos acionistas ou sócios". Não se trata apenas de uma mudança de foco conceitual, mas da ampliação da participação na construção de um novo modelo de capitalismo, com a inclusão de todas as partes interessadas.

Como uma iniciativa especial do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, o Pacto Global da ONU é uma convocação para que as empresas de todo o mundo alinhem suas operações e estratégias a dez princípios universais nas áreas de direitos humanos, trabalho, meio ambiente e anticorrupção. Lançado em 2000, o Pacto Global orienta e apoia a comunidade empresarial global no avanço das metas e valores da ONU por meio de práticas corporativas responsáveis. Com mais de 13 mil empresas e quase 4.000 organizações não-empresariais, distribuídas em 70 redes locais, que abrangem 160 países, é a maior iniciativa de sustentabilidade corporativa do mundo. Criada em 2003, a Rede Brasil do Pacto Global da ONU hoje é a terceira maior do mundo, com cerca de 1500 membros. Os mais de 40 projetos conduzidos no país abrangem, principalmente, os temas: Água e Saneamento, Alimentos e Agricultura, Energia e Clima, Direitos Humanos e Trabalho, Anticorrupção, Engajamento e Comunicação.[4]

---

4 Para mais informações sobre o Pacto Global e a Rede Brasil acesse @pactoglobalbr nas mídias sociais e o site www.pactoglobal.org.br.

Uma motivação para se enfatizar a importância desse tema poderá ser vinculada aos resultados do documento intitulado *The Global Risks Report 2021*, do Fórum Econômico Mundial (2021), que aponta as seguintes categorias de riscos globais: a crise climática e a perda de biodiversidade; tensão nos sistemas de saúde; equilíbrio econômico e coesão social; as variadas formas de divisões globais; as barreiras à inclusão digital; perdas de oportunidades para os jovens. Entre os riscos globais de maior probabilidade nos próximos dez anos estão: as condições meteorológicas extremas; falhas nas ações climáticas e danos ambientais causados pelo homem; bem como concentração de poder digital, desigualdade digital e falha de segurança cibernética. Entre os riscos de maior impacto da próxima década: as doenças infecciosas estão no topo, seguidas por falhas na ação climática e outros riscos ambientais; bem como armas de destruição em massa; crises de meios de subsistência; crises financeiras e quebra da infraestrutura vinculada às tecnologias da informação e tecnologias digitais. (WORLD ECONOMIC FORUM, 2021).

Portanto, os desafios estão projetados no horizonte temporal. A inserção do tema ESG no cotidiano das organizações poderá ser uma alternativa para contribuir com o encaminhamento de ações que permitam, senão eliminar, pelo menos amenizar os efeitos desses prováveis riscos.

Em tempos de emergência climática, de um mundo BANI (sigla de brittle, anxious, nonlinear e incomprehensible traduzido como frágil, ansioso, não linear e incompreensível) com novas ondas de ressurgimento de doenças, o tempo escorre pelas mãos, especialmente contra a garantia de qualidade de vida e de saúde humana e ambiental para as próximas gerações. A sustentabilidade é uma promessa e a humanidade tem pressa.

A sustentabilidade já começa a transformar o cenário competitivo, o que obrigará as empresas a mudar a forma de pensar sobre produtos, tecnologias, processos e modelos de negócios. A chave para o progresso, especialmente em tempos de crise econômica, é a inovação". À medida em que as empresas passem a integrar "[...] a sustentabilidade como uma meta imediata, surgirão os pioneiros no desenvolvimento dessas competências que os rivais terão dificuldade de igualar. A vantagem os manterá em boa posição, porque a sustentabilidade sempre será parte integrante do desenvolvimento". (WORLD ECONOMIC FORUM, 2021).

Após esta exposição do ESG, parte-se para uma abordagem da transdisciplinaridade, nova forma de pensar e atuar, necessária ao Direito na atual realidade. Cabe ao Direito abandonar seu castelo, aparentemente tão seguro e inviolável, protegido pelo positivismo e, assim, deixar também sua existência como ciência que segue apartada dos demais ramos do conhecimento, com a ilusória visão que possuiu todas as respostas apropriadas às demandas sociais.

A transdisciplinaridade objetiva ir além da compartimentalização do saber em disciplinas, ocupando novos espaços, entre as disciplinas e através delas, por meio da integração de conhecimentos. Trata-se de uma nova maneira de ser diante do saber, objetivando a compreensão mais adequada da realidade, bem como possibilitar o desvelamento de melhores maneiras de promover transformações mais eficazes e pertinentes. O termo transdisciplinaridade surgiu na década de 1960, simultaneamente em trabalhos de diferentes pesquisadores (Piaget, Morin, Jantsch), demonstrando a ideia de transgredir fronteiras disciplinares e buscando ultrapassar a pluri e a interdisciplinaridade. A ideia de transdisciplinaridade transcende a ideia de disciplinas e vai além, referindo-se, ainda, ao que se encontra entre as disciplinas e através delas. (NICOLESCU, 1999, p. 11).

Nenhum fenômeno, nenhuma situação, nenhum problema e nenhuma realidade é redutível a uma única disciplina. Em um momento ou outro, todo cientista tem que sair do círculo fechado de sua disciplina e, no mínimo, agir por intuição ou conjunções infralógicas e metalógicas, até mesmo para compreender, explicar totalmente as questões de sua própria especialidade. O conhecimento não só se desenvolve na vertical, em direção às profundezas, mas também na horizontal, em conjunto com outras disciplinas (VILAR, 1997, p. 44).

A transdisciplinaridade pode ser compreendida como sendo um diálogo entre um ou mais campos de saber com vários outros campos. É o movimento, um fluxo de ideias, uma proposta nova de ver e atuar no mundo complexo atual, onde nenhum saber é mais importante que outro, e, sim, todos são igualmente importantes. O prefixo *trans* significa que a transdisciplinaridade está *entre, através* e *além* de qualquer disciplina. A lógica clássica criou a disciplinaridade, a divisão dos saberes em inúmeros compartimentos, todos isolados, sem relação entre si. Foram formados, deste modo, inúmeros especialistas em quase nada, que tampouco quase nada criam para solucionar os reais problemas da humanidade. Assim, não é mais viável que se siga fazendo ciência desta forma, inclusive em função das atuais necessidades mundiais.

Nada menos que uma transformação é necessária agora para nos colocar no caminho para um clima seguro e estável, um ambiente saudável e sociedades justas e prósperas. Agora, será necessário que o setor corporativo como um todo contribua com soluções inovadoras e mostre uma forte liderança para abandonar os velhos métodos e criar outros. Isso exigirá que o setor financeiro repense as práticas operacionais atuais e adote estratégias de longo prazo com visão de futuro. Em última análise, isso exigirá uma colaboração mais estreita entre todos esses setores para impulsionar a mudança sistêmica necessária para uma economia sustentável (CISL, 2019).

Ao Sistema do Direito abre-se mais um desafio: lidar com o futuro, com risco e a imprevisibilidade, eis que, sempre, a certeza foi um dos elementos estruturantes do

jurídico. Assim, a projeção temporal do jurídico sempre foi a partir do passado, sendo que no presente se identificam as consequências do passado, atribuindo-se o efeito jurídico. Mas, com as novas tecnologias e seus riscos, abre-se um presente, que se conecta ao futuro, onde as decisões geram riscos, dada a improbabilidade e a indefinição de se efetuar a comunicação acerca dos danos (ENGELMANN, 2017).

A governança da inovação permanecerá ao nível das boas intenções, a menos que seja traduzida em inovações com práticas científicas, e transformações nas atitudes, práticas e influências do setor prevalecentes. Percebe-se que, frente aos inúmeros novos desafios surgidos com as inovações tecnológicas e a sociedade complexa, uma vez que o Direito é uma ciência social aplicada, a produção de seu conhecimento deve ser sempre contextualizado a partir de situações problematizadas na sociedade e não apenas se restringir a discussões teóricas sem vinculação com o mundo fático. Para tanto, torna-se necessário que não somente a ciência jurídica, mas que as demais ciências, saiam de seus casulos e deixem sua cegueira unidimensional de lado, procurando suporte de outras áreas da ciência.

O cenário atual, das inovações tecnológicas, exige a tomada de decisão com avaliação dos riscos sobre a saúde humana e ambiental, não podendo ser uma ação perspectivada no imediato, mas no presente e futuro.

3. A título de últimas considerações

Para o Direito, cabe um movimento inicial, ainda não bem resolvido: perceber que a Quarta Revolução Industrial já iniciou, com as novidades emergindo com velocidade e ineditismo sem precedentes e com probabilidade quase zero de que as estruturas jurídicas atuais possam dar conta de um modo adequado e célere.

Assim, cabe ao Direito um necessário e urgente contato com inovação e empreendedorismo, através de trocas transdisciplinares, buscando o aprimoramento de aptidões essenciais a todos no atual mundo complexo pós-moderno, pretendendo alcançar a sustentabilidade ambiental, econômica e social, e concretizar os ODS.

Qualquer ação precisará refletir sobre o cenário socioeconômico global de hoje e apoiar, entre outras coisas, o impulso para: a) direcionar os esforços científicos mais para lidar com desafios complexos, sistêmicos e desconhecidos e complementando isso com o conhecimento profissional, leigo, local e tradicional; b) reequilibrar a priorização do capital econômico e financeiro em capitais sociais, humanos e naturais; e c) desenvolver maior adaptabilidade e resiliência nos sistemas de governança para lidar com múltiplas ameaças e surpresas sistêmicas (HANSEN, 2013) e, assim, é preciso seguir construindo possíveis alternativas para que a humanidade possa colher os melhores frutos das tecnologias, de forma sustentável e que não deixe ninguém para trás.

E o Sistema do Direito? Qual o seu papel aqui? Para pensar, seguem sábias colocações de François Ost. Ah, o Direito... aquele que está para "[...] afirmar o sentido da vida em sociedade", que detém a tarefa de "[...] ligar os vínculos e demarcar os limites"... O artista "[...] para decidir o fundo de irresolubilidade" (OST, 1995, p. 22).

As novas tecnologias trazem a promessa do futuro, desde a preocupação com as questões de aquecimento global e sanitárias, até o auxílio na construção de sociedades mais democráticas e inclusivas. Cabe lembrar do princípio orientador da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável: Não deixar ninguém para trás- que fornece um incentivo mais do que convincente para o aproveitamento das inovações para a materialização do desenvolvimento sustentável, em todos os seus aspectos, a partir da aplicação dos critérios de preocupação ambiental, social e de governança. As novas tecnologias devem ser usadas com sabedoria, para o benefício de todos, como já mencionavam Klaus Schwab e Nicholas Davis (SCHWAB; DAVIS, 2019, p. 30).

Verifica-se a necessidade da comunicação intersistêmica, na qual os entendimentos acerca dos riscos tecnológicos possam ser compreendidos também pelo sistema do Direito, de modo a permitir um desenvolvimento das inovações tecnológicas preocupado com a sustentabilidade em todas as suas dimensões. A necessária comunicação entre sistemas aparece também no entendimento de Franzius (2015), que considera que o Direito de regulação dos riscos precisa ser entendido como necessariamente interdisciplinar, na medida em que é um Direito aberto. Este movimento efetua uma comunicação entre sistemas diversos. Assim, a aplicação dos ideais EGS provoca a inevitável interação no cenário dos riscos tecnológicos, promovendo uma consonância de informações e estudos

Como Morin (2010, p. 125) adverte, "É preciso saber que a ciência não tem a missão providencial de salvar a humanidade, porém, têm poderes absolutamente ambivalentes sobre o desenvolvimento futuro da humanidade", e o papel do Direito também se encontra aqui. Possivelmente não se atinja a plenitude de respostas aos riscos das novas tecnologias, mas, devem-se buscar alternativas regulatórias, mesmo que os instrumentos sejam estranhos ao meio jurídico, pois estes meios podem ser os únicos aptos a gerenciar demandas nunca enfrentadas num cenário de risco. Ao Direito cabe a compreensão de que é necessário que se reformule, andando por caminhos alternativos para construir novos cenários, eis que a lei estanque, tradicional, fechada, não dará conta da nova realidade dos riscos das inovações. O movimento dos saberes, da interconexão de conhecimento, que permite uma potencialização da comunicação intersistêmica, é uma alternativa para promover esta construção.

Ao final, surge a conclusão, terminando, mas não exaustivamente encerrando a necessária imersão do Sistema do Direito na discussão sobre risco das novas

tecnologias, lembrando das palavras de Ost (1195, p. 389), que menciona que é necessário "[...] sobretudo, não concluir, resistindo à tentação da última palavra, esse traço feito no final de páginas acumuladas. Rejeitar esse desejo de encerramento que tranquiliza, julgando tudo reunir". Assim, o artigo é mais um passo rumo à discussão das possibilidades e desafios que o uso das novas tecnologias poderá gerar.

"Não, não é preciso concluir. É preciso, pelo contrário, abrir o círculo: ei-lo tornado em espiral e turbilhão, circularidade em movimento como a própria vida e as ideias". (OST, 1995, p. 389). Assim sendo, sem mencionar uma *conclusão*, mas a continuidade, a *circularidade em movimento* das ideias.

Referências

ARMSTRONG, A. "Ethics and ESG". *Australasian Accounting, Business and Finance Journal*, v.14, n. 3, 2020, p. 6-17.

ARBEX, N. "ESG: conectando negócios com toda a sociedade". *ESG*: o cisne verde e o capitalismo de Stakeholder: a tríade regenerativa do futuro global. Nascimento, J.O. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

BODNAR, Z.; FREITAS, V.P.; SILVA, K.C. "A epistemologia interdisciplinar da sustentabilidade: por uma ecologia integral para a sustentação da casa comum". *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 2, n. 12, p. 65, jul./dez. 2016. Disponível em: https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/ 1558. Acesso em: 21 jul. 2022.

CAMBRIDGE INSTITUTE FOR SUSTAINABILITY LEADERSHIP (CISL). *CISL hosts "economic transformation" discussions with 250 senior leaders at Buckingham Palace to mark 30th anniversary*. June 13th, 2019. Disponível em: https://www.cisl.cam.ac.uk/about/news/ cisl-hosts-economic-transformation-discussions-250-senior-leaders-30th-anniversary. Acesso em: 20 jul. 2022.

ENGELMANN, W. "O pluralismo das fontes do direito como uma alternativa para a estruturação jurídica dos avanços gerados a partir da escala manométrica". *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica:* anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado: n. 13. (Org.) Streck, L.L.; Rocha, L.S.; Engelmann, W. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Ed. UNISINOS, p. 247-259, 2017.

FRANZIUS, C. "Autorregulatión regulada como estratégia de coordenación". *Estrategias del derecho ante la incertidumbre y la globalización*. (Ed.) Darnaculleta Gardella, M.M.; Pardo, J.E.; Döhmann, I.S. Madrid: Marcial Pons, 2015. Disponível em: http://www.marcialpons.es/static/pdf/9788416402434.pdf. Acesso em: 15 jul. 2022.

FRANZOLIN, C.J. "Proteção Ambiental e direito do consumidor: para um consumo sustentável em construção". *Revista de Direito do Consumidor*, v. 119, ano 27, set./out. 2018, p. 129-156.

FREITAS, J. *Sustentabilidade*: direito ao futuro. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GRUPO DE TRABALHO DA SOCIEDADE CIVIL PARA A AGENDA 2030. V Relatório Luz da Sociedade Civil Agenda 2030 do Desenvolvimento Sustentável Brasil. Brasília, 2021. Disponível em: https://actionaid.org.br/publicacoes/v-relatorio-luz-da-sociedade-civil-sobre-agenda-2030/. Acesso em: 15 jul. 2022.

GRUPO DE TRABALHO DA SOCIEDADE CIVIL PARA A AGENDA 2030. VI Relatório Luz da Sociedade Civil Agenda 2030 do Desenvolvimento Sustentável Brasil. Brasília, 2022. Disponível em: https://brasilnaagenda2030.files.wordpress.com/2022/06/rl_2022-completoweb-30_06_01.pdf. Acesso em: 21 julh.2022.

HANSEN, S.F. *et al*. "Nanotechnology - early lessons from early warnings". *Late lessons from early warnings*: science, precaution, innovation: EEA report, Luxembourg, n. 1, 2013. Disponível em: https://www.eea.europa.eu/publications/late-lessons2. Acesso em: 15 jul. 2022.

HULLMANN, Angela. European activities in the field of ethical, legal and social aspects (ELSA) and governance of nanotechnology. *Nano and Converging Sciences and Technologies*, Luxembourg, Oct. 2008. Disponível em: <http://cordis.europa.eu/pub/nanotechnology/docs/elsa_governance_nano.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2022.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Herder, 2007.

MORIN, E. *Ciência com Consciência*. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

NICOLESCU, B. *O manifesto da transdiciplinaridade*. São Paulo: TRIOM, 1999.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL (ONUBR). *Glossário de termos do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 12*: assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis. (Org.) Machado Filho, H. Brasília, DF: ONUBR, 2019. Disponível em: https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/ods/ glossario-do-ods-12---consumo-e-producao-responsaveis.html. Acesso em: 18 jul. 2022.

OST, F. *A natureza à margem da lei*: a ecologia à prova do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

REDE BRASIL ATUAL (RBA). *Ciência no país pode entrar em colapso com redução orçamentária*. 6 jan. 2021. Disponível em: https://www.redebrasilatual.com.br/saude-e-ciencia/2021/01/ciencia-no-pais-pode-entrar-em-colapso-com-reducao-orcamentaria/. Acesso em: 10 jul. 2022.

SCHWAB, K.; DAVIS, N. *Aplicando a Quarta Revolução Industrial*. São Paulo: EDIPRO, 2019.

SDG COMPASS. *Diretrizes para implementação dos ODS na estratégia dos negócios*. [*S. l.*]: SDG Compass, 2016. Disponível em: https://sdgcompass.org/wp-content/uploads/2016/04/SDG_Compass_Portuguese.pdf. Acesso em: 18 jul. 2022.

SHULLA, K. *et al*. "Efects of COVID19 on the Sustainable Development Goals (SDGs)". *Discover Sustainability*, v. 2, n. 15, 2021. Disponível em: https://link.springer.com/article/10.1007/s43621-021-00026-x. Acesso em: 21 jul.2022.

SILVA, S.R.; GOMES, A.S. "Sustentabilidade e o efeito bola de neve". Dossiê ESG: veja, escute, fale e lidere. *HSM Management*, edição 143, novembro-dezembro 2020, p. 36-43.

THE GLOBAL COMPACT. *Who Cares Wins*: connecting financial markets to a changing World. Disponível em: https://documents1.worldbank.org/curated/en/2809114 88968799581/pdf/113237-WP-WhoCaresWins-2004.pdf. Acesso em: 25 jul. 2022.

VILAR, S. *La Nueva Racionalidad*: Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997.

WORLD ECONOMIC FORUM. *Measuring Stakeholder Capitalism*: towards common metrics and consistent reporting of sustainable value. 2020. Disponível em: https://www.weforum.org/reports/measuring-stakeholder-capitalism-towards-common-metrics-and-consistent-reporting-of-sustainable-value-creation. Acesso em: 20 jul. 2022.

WORLD ECONOMIC FORUM. *The Global Risks Report 2021*. 16th Edition. Disponível em: https://www3.weforum.org/docs/WEF_The_Global_Risks_Report_2021.pdf. Acesso em: 20 jul. 2022.

Capítulo 17

DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO, DESIGUALDADES E DIFERENÇAS

Roger Raupp Rios

DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO, DESIGUALDADES E DIFERENÇAS

Roger Raupp Rios[1]

Sumário. Introdução. 1. Desigualdade e diferença no direito da antidiscriminação. 2. Direito da Antidiscriminação: conceito jurídico e modalidades de discriminação. 3. Critérios proibidos de discriminação, desigualdades e diferenças. 4. Perspectivas no enfrentamento de desigualdades e diferenças: prevalência, convergência ou conflito entre antidiferenciação e antissubordinação. Considerações finais. Referências.

Introdução

Em sociedades tão complexas e diversas como a brasileira, discriminações, desigualdades e diferenças se apresentam de modo dramático e urgente quando se tem a democracia como horizonte de futuro. Nela, as reivindicações por justiça na distribuição de bens socioeconômicos e pelo respeito devido aos diferentes indivíduos e grupos impactam e impulsionam o pensamento e a ação nos mais diversos domínios, desde a vida privada e a constituição da subjetividade, até o funcionamento do Estado, as políticas públicas e a ordem econômica.

Dentre tantas frentes, o campo jurídico apresenta particular interesse, dada sua importância institucional e por constituir uma das arenas onde as lutas por igualdade são travadas de modo intenso, constante e explícito. Não obstante a igualdade seja invocada em tantos ramos do ordenamento jurídico - como se dá, por exemplo, no direito previdenciário, no trabalhista e no direito eleitoral -, é no direito da antidiscriminação que este princípio busca ganhar corpo e musculatura. Fruto de elaboração e desenvolvimento recentes, no direito da antidiscrimina-

---

1 Mestre e Doutor em Direito (UFRGS), Pós-Doutor em Direito (Universidade de Paris II), Professor do PPGD UNISINOS e PPG Mestrado Profissional ENFAM/STJ, Desembargador Federal (TRF4). (roger.raupp.rios@gmail.com).

ção é que são forjados categorias, perspectivas e institutos jurídicos cuja tarefa é responder a injustiça de determinadas desigualdades e diferenças, informando respostas legislativas, jurisprudenciais e acadêmicas.

Esta reflexão busca fornecer um panorama da elaboração jurídica antidiscriminatória, articulado em torno das ideias de desigualdade e de diferença. Para tanto, desdobra-se em quatro partes: na primeira, propõe uma compreensão dos conceitos de desigualdade e diferença, buscando apontar quando desigualdades e diferenças se mostram juridicamente ilícitas e proibidas pelo direito da antidiscriminação; na segunda, ao expor o conceito jurídico de discriminação e as modalidades de discriminação busca sublinhar como desigualdades e diferenças são apanhadas em tais categorias; na terceira, mostra a centralidade dos critérios proibidos de discriminação como *locus* privilegiado da consideração das desigualdades e das diferenças pelo direito da antidiscriminação; por fim, na quarta parte, pretende explicitar o quão decisivas são as perspectivas da antidiferenciação e da antissubordinação na tensão entre o reconhecimento e o apagamento das diferenças quando o direito da antidiscriminação ambiciona superar desigualdades perniciosas.

1. Desigualdade e diferença no direito da antidiscriminação

Demandas por igualdade surgem, antes de tudo, como reivindicações pelo enfrentamento de determinadas desigualdades e diferenças. É imprescindível, portanto, explicitar quais desigualdades e quais diferenças impelem medidas antidiscriminatórias, uma vez que, dada a extensão e a variedade das compreensões de desigualdade e de diferença, nem toda desigualdade, nem toda diferença, serão objeto de atenção pelo direito da antidiscriminação.

Desigualdade e diferença são termos cujos conceitos suscitam polêmica sobre uma miríade de fenômenos e situações, cuja compreensão revela amplas e significativas variações, que se apresenta não só como objeto de interesse específico em diversas áreas do conhecimento, tais como economia (SHAW, GALOBARDES; LAWLOR; LYNCH; WHEELER; SMITH, BRUNA; DEBBIE, Bruna; Debbie A, 2007; WIEMER SALVERDA, BRIAN NOLAN & TIMOTHY M. SMEEDING, 2009; MEDEIROS, 2012), ciências sociais (BARRY, 2002; DUMONT,, 2000; SILVA, HALL E WOODWARD, 2000; BRAH, 2006), como também ponto de encontro e intersecção multidisciplinar (TEMKIN, 1993; RAKOWSKI, 1991).

Neste breve estudo, parte-se de uma conceituação operacional, em que a estipulação das ideias de desigualdade e de diferença tem como finalidade explicitar sua articulação com o direito da antidiscriminação, possibilitando uma compreensão comum.

Com efeito, sempre que a igualdade e a desigualdade são invocadas, de imediato se coloca a pergunta "em que" e "entre quem"; ao tratar de igualdade, e, por conseguinte, de desigualdade, estamos diante de "...um tipo de relação formal, que pode ser preenchida pelos mais diversos conteúdos. Tanto isso é verdade que, enquanto *X é livre* é uma proposição dotada de sentido, *X é igual* é uma proposição sem sentido, que, aliás, para adquirir sentido, remete à resposta à seguinte questão: *igual a quem?".* (BOBBIO, 1996, p. 12).

Este caráter relacional, em que as desigualdades tomam sentido no binômio igualdade/desigualdade, possibilita entrever a trajetória, na dogmática jurídica, que exigiu acrescer o mandamento jurídico antidiscriminatório à tradicional enunciação das dimensões formal e material do direito de igualdade. De fato, tratamentos desiguais podem merecer, tantas vezes, chancela jurídica pelo direito de igualdade, uma vez aferida sua legitimidade, como ilustra, por exemplo, o regime de incapacidade civil de recém-nascidos para celebrar contratos em contraste com pessoas adultas, o que não ocorreria acaso tal diferenciação fosse referida à identidade étnico-racial, hipótese que deflagraria mais que a declaração da invalidade da diferenciação, requerendo medidas de enfrentamento à discriminação.

A mesma lógica relacional está presente no apelo à diferença. Tomando o exemplo do conflito entre servos e croatas, Kathryn Woodward (2000, p. 9,) sintetiza:

> "Essa história mostra que a identidade é relacional. A identidade sérvia depende, para existir, de algo fora dela: a saber, de outra identidade (croácia), de uma identidade que ela não é, que difere da identidade sérvia, mas que, entretanto, fornece as condições para que ela exista. A identidade sérvia se distingue por aquilo que ela não é. Ser um sérvio é ser um "não-croata". A identidade é, assim, marcada pela diferença."

Como ocorre com a desigualdade, marcada pelo caráter relacional e seu respectivo binômio (igualdade/desigualdade), também a diferença emerge assinalada pelos contrastes em que produzidas as identidades. No direito da antidiscriminação, o binômio identidade/diferença impele a eleição de fatores cujo emprego diferenciador é permitido ou proibido, tópico fundamental que reclama perguntar-se sobre os critérios proibidos de discriminação, o que será retomado na próxima seção.

Nesse cenário, as contemporâneas polêmicas e disputas envolvendo igualdade e identidade, desigualdade e diferença submetem as respostas jurídicas antidiscriminatórias a elevada tensão. Examiná-las levando em conta cada uma das concepções acerca destas disputas e destes conceitos, a par de impraticável neste artigo, conduziria a inquérito infindável.

Sendo assim, ao prosseguir a leitura do direito da antidiscriminação articulada às ideias de desigualdade e diferença, mostra-se proveitoso alinhavar três premissas medulares, úteis para orientar a pergunta sobre a relação entre estes termos (antidiscriminação, desigualdade e diferença). Tais premissas, com papel basilar na fundação da modernidade ocidental, são: (a) a antecedência do indivíduo sobre a sociedade na equação dos valores cardeais da liberdade e da igualdade; (b) a igualdade formal entre todos os indivíduos na esfera política e econômica e (c) a proposição do sujeito de direito como categoria universal, abstrata e genérica. Tais concepções, verdadeiros pilares da ideologia do individualismo moderno, carregam conteúdos e descerram consequências de grande magnitude no desenho e nas controvérsias do direito da antidiscriminação.

Enquanto disciplina jurídica particular, o direito da antidiscriminação começa a afirmar-se nos pós Segunda Guerra Mundial não só como iniciativa, no plano institucional internacional, desencadeada pelo racismo dos regimes nazifascistas, como no interior de diversos ordenamentos jurídicos. Nutrido pelas lutas dos movimentos sociais, dos direitos civis da população negra nos Estados Unidos, dos direitos das mulheres, das pessoas com deficiência, dos povos indígenas e das pessoas LGBTQIA+ mundo afora, e das lutas anticolonialistas, o direito da antidiscriminação se afirma, se espraia e se robustece.

Nesse processo, a denúncia e o enfrentamento de atos individuais e coletivos, institucionais e estruturais de discriminação, passam a tensionar as bases ideológicas do individualismo moderno, desvelando que, na essência da reivindicação por liberdade da Revolução Francesa, o que se encontra é a reivindicação por igualdade, mesmo porque, para as categorias inferiores, a restrição da igualdade significa ausência de liberdade (Dumont, 1997, p. 62). Enquanto disciplina científica e prática jurídica, a elaboração e o desenvolvimento do direito da antidiscriminação carregam as tensões inerentes do individualismo moderno, na medida em que no interior deste horizonte ideológico se colocam visões distintas quanto

---

1 Professor de Direito do PPG da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS.

2 Aprovada pelas Nações Unidas em 21.12.1965 e ratificada pelo Brasil em 27.03.1968. Reza seu artigo 1º, I: "Qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública".

3 Aprovada pelas Nações Unidas em 18.12.1979 e ratificada pelo Brasil em 21.03.1981. Diz seu art. 1º, ao definir discriminação: "toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo, exercício pela mulher, independente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social e civil ou em qualquer outro campo".

à relação entre o indivíduo e a sociedade, o que repercute diretamente no "aspecto igualitário do individualismo" (DUMONT, 2000, p. 90).

Em rápidas pinceladas, sem adentrar na arena da filosofia política, basta referir, mais uma vez na esteira de Louis Dumont, que os expoentes do contratualismo clássico - Hobbes, Locke e Rousseau -, depararam-se com a dificuldade de conciliar igualdade e diferenças (de poder e de condição), na sociedade e no Estado (DUMONT, 2000, p. 93). Ao encetar este debate, que poderia ser hoje descrito em termos de igualitarismo individual e igualitarismo social, apontam conteúdos de grande serventia para a compreensão da tensão entre as perspectivas da antidiferenciação e da antissubordinação no direito da antidiscriminação, como será visto na próxima seção.

Dificuldades e controvérsias desta ordem, presentes na filosofia política, podem em muito contribuir para desnudar lógicas e dinâmicas sociais cujo enfrentamento está no cerne do direito da antidiscriminação. Isso porque aferrar-se às premissas do individualismo moderno (que fazem anteceder o indivíduo sobre a sociedade e dão primazia à igualdade formal na sociedade e na política), sem enfrentar suas limitações, resulta em desconsiderar as subordinações decorrentes da vida em sociedade, onde operam as desigualdades, de poder e condições, e atuam os diferencialismos repressivos.

Neste cenário, desigualdades e diferenças convocam respostas do direito da antidiscriminação tanto no âmbito público estatal, quanto no âmbito social e privado. Disputas envolvendo direitos políticos, como o direito ao voto de grupos discriminados em virtude de identidade étnico-racial, bem como impedimentos ao reconhecimento jurídico de comunidades familiares em virtude de orientação sexual, bem exemplificam a vasta gama de situações a que o direito da antidiscriminação é convocado. Respostas antidiscriminatórias cuja formulação é requerida em face de desigualdades de respeito, poder e de riqueza, bem como de opressões voltadas contra identidades radicadas em diferenças socialmente produzidas.

Diante das dinâmicas da igualdade/desigualdade e da identidade/diferença, são as desigualdades injustas e as diferenciações opressoras que contam para o direito da antidiscriminação, cuja articulação enseja mútuo nutrimento: relações de poder e dominação, ao estabelecer desigualdades injustas, atuam na produção social de diferenças degradantes, que, por sua vez, realimentam as desigualdades subordinantes.

2. Direito da Antidiscriminação: conceito jurídico e modalidades de discriminação

Como visto na seção precedente, ao direito da antidiscriminação interessam desigualdades injustas e diferenças degradantes, cuja origem e dinâmica convocam intenso debate em variados campos do conhecimento (político, social, filosófico, histórico, etc.). Diante de tais injustiças, tem sido levado a cabo um esforço de compreensão e de efetivação do princípio jurídico da igualdade enquanto mandamento antidiscriminatório, do qual resultam conhecimento teórico especializado e a formulação de legislação e jurisprudência específicas. A litigância, a sistematização e a pesquisa acadêmica nestes campos acabaram por demarcar estes domínios da prática e do conhecimento jurídicos, conhecidos como *"direito da antidiscriminação"*. Assim designado, tal campo surge a partir da experiência jurídica estadunidense (McCRUDDEN, 1991), com os avanços do movimento de direitos civis pós II Guerra Mundial (POLE, 1993, p. 311), tendo como marco jurisprudencial a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no célebre caso *"Brown vs. Board of Education"*, de 1954 (SCHWARTZ, 1993, p. 286; RUTHERGLEN, 2001), passando a exercer uma influência seminal também no continente europeu, tanto nos direitos nacionais (BURCA, 2011), como no direito comunitário europeu (COUNCIL OF EUROPE, 2011).

Enquanto a compreensão tradicional do princípio da igualdade expõe o conteúdo e a extensão dessa cláusula constitucional de modo estático, por meio da enunciação de suas respectivas dimensões formal e material arbitrárias (FREDMAN, 2002, p. 7; RIOS, 2002, p. 33; MOREIRA, 2017, p. 17), o conceito de discriminação aponta para a reprovação jurídica das violações do princípio isonômico. Passa-se a atentar para os prejuízos injustos suportados pelos destinatários de tratamentos desiguais, objetivando enfrentar situações de estigma e subordinação experimentadas por grupos discriminados (RIOS, 2008, p. 36; MOREIRA, 2017, p. 67; SOLANKE, 2017). A discriminação enfrentada pelo direito da antidiscriminação é, portanto, tomada por uma perspectiva mais substantiva que formal: importa enfrentar a desigualdade prejudicial e injusta, pois nem sempre a adoção de tratamentos distintos se revela maléfica, sendo mesmo tantas vezes exigida, como alerta a dimensão material do princípio da igualdade (o de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades).

Na leitura do direito da antidiscriminação à luz dos binômios igualdade/desigualdade e identidade/diferença ganham centralidade as perspectivas da antidiferenciação e da antissubordinação, para o que contribui um panorama de seus conceitos fundamentais, quais sejam: o conceito, as modalidades e os critérios proibidos de discriminação.

2.1 Conceito jurídico de discriminação

O conceito de discriminação requer algumas considerações no sentido de tornar mais clara sua compreensão e de facilitar sua concretização no campo jurídico e nas políticas públicas. Diferentemente do preconceito, que designa percepções mentais e internas negativas em desfavor de indivíduos e grupos socialmente inferiorizados, discriminação é a materialização de atitudes arbitrárias, acarretando violações de direitos. O termo preconceito é utilizado de maneira mais frequente nos domínios da psicologia e das ciências sociais, enquanto o termo discriminação é mais difundido no vocabulário jurídico.

Neste sentido, a partir da análise conjunta da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial e da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, o conceito jurídico de discriminação é *"qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou qualquer campo da vida pública."* (RIOS, 2008, p. 20). Saliente-se que tal conceito jurídico de discriminação acabou por ser incorporado, com estatura constitucional, no direito interno brasileiro, em virtude da recepção da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.

A Convenção Interamericana contra toda forma de Discriminação e Intolerância4 foi no mesmo sentido, definindo discriminação como "qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes." Note-se que a inserção do fragmento "em qualquer área da vida pública ou privada" alargou a amplitude conceitual da discriminação, censurando sua ocorrência em qualquer âmbito da vida social.

A discriminação em nada se confunde com a adoção de medidas de diferenciação positiva, visto que estas possuem caráter positivo, objetivando a efetivação dos direitos, sem, portanto, a ilicitude que caracteriza comportamentos discriminatórios. Nas medidas de diferenciação positiva, encontramos não somente as ações afirmativas, mas também a adoção de medidas de tratamentos especiais requeridos por uma especificidade de um indivíduo ou grupo (RIOS, 2008, p. 22).

2.2 Modalidades de discriminação

No direito da antidiscriminação, discriminação direta e indireta são as categorias jurídicas que designam as modalidades de discriminação enfrentadas

(SCHIEK; WADDINGTON; BELL, 2007; BAMFORTH; MALIK; O'CINNEIDE, 2008; FREDMAN, 2002; RIOS, 2008; MOREIRA, 2017). Com efeito, a partir do conceito jurídico de discriminação, apresentam-se de imediato pelo menos duas modalidades de discriminação, cuja distinção terminológica se expressa pela menção ao "propósito" (discriminação direta) e ao "efeito" (discriminação indireta) das distinções, exclusões, restrições e preferências danosas ao reconhecimento, gozo e exercício, em pé de igualdade, de direitos.

Em sua modalidade direta, a discriminação pode se dar de maneira intencional e consciente; na sua modalidade indireta, decorre de condutas e contextos desprovidos de propósito discriminatório, mas com efeitos e impactos discriminatórios, produzindo resultados danosos desproporcionais para determinados grupos (RIOS, 2008, p. 89-153).

A discriminação direta se manifesta de modo variado, podendo estar (a) explícita em determinada medida (discriminação direta explícita; por exemplo, o racismo em discurso neonazista), (b) decorrer da aplicação mais gravosa, de medida originalmente sem intenção discriminatória, contra determinado grupo de medida (discriminação direta na aplicação da medida; por exemplo, aplicação intencionalmente mais rigorosa de regulamento de trânsito contra jovens negros), ou, (c) desde a origem da concepção e formulação de determinada medida, revelar-se intenção discriminatória (discriminação direta na concepção ou no desenho; por exemplo, o estabelecimento de certo regulamento com o fim de tornar inviável a participação de mulheres ou de pessoas com deficiência).

A discriminação indireta, a seu turno, ocorre quando determinadas medidas contextos, ainda que desprovidos de intenção, impactam, de modo diferenciado e prejudicial, indivíduos e grupos discriminados. Ela pode (a) enraizar-se a uma motivação inconsciente (discriminação indireta inconsciente; por exemplo, a perpetuação desapercebida de mentalidade discriminatória por indivíduos, grupos ou instituições), (b) resultar de negligência diante de efeitos discriminatórios de medidas sem propósito discriminatório (discriminação indireta por negligência; por exemplo, a omissão não-intencional na adoção de medidas de conscientização diante do sexismo), (c) estar arraigada em práticas formais informais reproduzidas institucionalmente (discriminação indireta institucional; por exemplo, a perpetuação de critérios de promoção aparentemente neutros que tem impacto prejudicial para grupos historicamente discriminados em determinada instituição) e (d) decorrer da invisibilidade de vantagens e de privilégios em favor de certos indivíduos e grupos com prejuízos aos demais outros (discriminação indireta por invisibilidade de privilégios; por exemplo, em países com passado escravocrata, os efeitos presentes da escravidão).

Discriminação direta e indireta, cada uma dessas respostas antidiscriminatórias a seu modo, buscam enfrentar prejuízos decorrentes e dinâmicas produtoras de desigualdades e diferenças, cuja incidência engendra e recai sobre identidades e escolhas fundamentais desenvolvidos por meio da categoria "critérios proibidos de discriminação".

3. Critérios proibidos de discriminação

Dentre os elementos centrais do direito da antidiscriminação, a enumeração dos critérios proibidos de discriminação merece lugar preeminente, como testemunham os diversos instrumentos internacionais de direitos humanos e os ordenamentos jurídicos nacionais.

3.1 Amplitude e função

Como visto, a mera interdição abstrata de arbitrariedade nas distinções, assente na formulação das dimensões formal e material do direito de igualdade, tem se mostrado insuficiente para responder às discriminações desferidas contra grupos subordinados (RIOS, 2008; MOREIRA, 2017). A percepção e superação das diversas formas de discriminação exige, a cada momento histórico, a definição e a compreensão evolutiva dos critérios protegidos de diferenciações prejudiciais no reconhecimento, gozo e exercício de direitos, em pé de igualdade, entre indivíduos e grupos.

Mais que simples procedimento técnico-jurídico, a definição dos destinatários da proteção antidiscriminatória, que serão explicitados no ordenamento jurídico por meio da lista de critérios proibidos de discriminação, reflete a repercussão jurídico-institucional de lutas sociais, nas quais grupos politicamente marginalizados lutam por proteção antidiscriminatória (GERSTMANN, 1999, p. 34). Os critérios proibidos de discriminação funcionam como mandamentos negativos que determinam que, como base em certo critério, alguém não seja discriminado e receba igual proteção da lei. Ao reprovarem condutas e efeitos discriminatórios, protegem de tratamento prejudicial indivíduos e grupos que se enquadrem no critério protegido, seja em virtude de sua condição identitária (como raça ou sexo, por exemplo), seja por escolhas fundamentais juridicamente protegidas (como convicções políticas e filosóficas ou afiliação religiosa, por exemplo).

3.2 Interpretação e enumeração dos critérios proibidos de discriminação

Os ordenamentos jurídicos adotam técnicas diversas na enumeração dos critérios proibidos de discriminação. Alguns elaboram listas taxativas por meio de legislação específica, enquanto outros se valem de previsões amplas e genéricas;

um terceiro grupo adota técnica mista, enumerando de forma exemplificativa dos critérios proibidos de discriminação. No primeiro grupo, a decisão sobre os critérios proibidos de discriminação é restrita ao poder legislativo, ao passo que nos demais esta tarefa cabe também a outros ramos do estado, o que ocorre por meio do trabalho de agências e comitês executivos de combate à discriminação, como também aos tribunais.

Nesta trajetória, o acréscimo de novos critérios ou a extensão da proteção antidiscriminatória a grupos antes desamparados por meio da aplicação de critérios já estabelecidos se dá mediante a atualização da compreensão dos critérios existentes ou pela explícita adição de um critério antes não-previsto. Para tanto, são levados em conta parâmetros como: (a) se o grupo é historicamente perseguido; (b) se é estigmatizado; (c) se recebe tratamento desigual prejudicial; (c) se sofre preconceito, estereótipos negativos e hostilidades; (d) se constitui minoria politicamente em desvantagem; (e) se a característica distintiva do grupo, constitutiva de sua identidade, é imutável ou modificável somente a alto e inexigível custo e (f) se tal característica desencadeadora da discriminação em nada impede a participação positiva do grupo na sociedade (WINTEMUTE, 1995).

Um sem-número de questões se coloca na aplicação dos critérios de proibição. O direito brasileiro demonstra essa realidade. A primeira dessas questões, que toma a atenção de imediato, diz respeito à enumeração exemplificativa contida no artigo 3º, inciso IV, da Constituição de 1988, que possibilita a inclusão de novos critérios proibidos de discriminação; outra questão, muito relevante, concerne à interpretação de cada um dos critérios enumerados. No campo do gênero e da sexualidade, as disputas hermenêuticas são particularmente polêmicas, dada a extensão que se pode verificar na compreensão da enumeração do *"sexo"* como critério proibido de discriminação, bem com o influxo das dinâmicas sociais de gênero e sexualidade nesses processos.

No direito internacional dos direitos humanos, este processo de interpretação e ampliação concretizadora do mandamento antidiscriminatório se verifica de modo exemplar no direito interamericano dos direitos humanos, como ilustra a enumeração prevista na Convenção Interamericana contra toda forma de Discriminação e Intolerância:

> Art. 1.1. A discriminação pode basear-se em nacionalidade, idade, sexo, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idioma, religião, identidade cultural, opinião política ou de outra natureza, origem social, posição socioeconômica, nível educacional, condição de migrante, refugiado, repatriado, apátrida ou deslocado interno, deficiência, característica genética, estado de saúde física ou mental, inclusive infectocontagioso, e condição psíquica incapacitante, ou qualquer outra condição.

Ainda neste panorama dos critérios proibidos de discriminação, é relevante salientar o conceito de discriminação múltipla, dada a complexidade do fenômeno discriminatório.

Os diferentes contextos, redes relacionais, fatores intercorrentes e motivações que emergem quando, no trato social, indivíduos e grupos são discriminados, não se deixam reduzir a um ou outro critério isolado (MACÊDO, 2008, p. 12). Não basta reprovar a discriminação racial e a discriminação sexual, pois a injustiça sofrida por mulheres brancas é diversa daquela vivida por mulheres negras, assim como a discriminação experimentada por homens negros e por mulheres negras não é a mesma. É preciso ir além de um soma aritmética dos critérios proibidos de discriminação, ainda que haja cuidado e esmero na enumeração de todos os possíveis fatores de diferenciação injustificadamente incidentes em tratos diferenciados[1]. Perceber a discriminação interseccional, decorrente da articulação de diversas dimensões da existência humana, é ao mesmo tempo um desafio e uma necessidade, tanto para as ciências sociais, quanto para a ciência jurídica.

A perspectiva interseccional revela-se necessário para o conhecimento e a prática jurídica. Ao tornar visíveis situações discriminatórias não percebidas, há a possibilidade de visibilidade de indivíduos e de grupos até então ignorados, conduzindo a maiores chances de sucesso por parte das políticas públicas contra a discriminação (DORLIN, 2012, p. 10). Como afirma Mara Viveros Vigoya, com a interseccionalidade possibilita-se a compreensão teórica e política das relações sociais de poder e de como se dá o seu real funcionamento, muito além da enumeração formal de critérios proibidos de discriminação, indo além de concepção matemática das desigualdades (VIGOYA, 2008). Daí a compreensão da interseccionalidade como "...uma conceituação do problema que busca capturar as consequências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos da subordinação. Ela trata especificamente da forma pela qual o racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades básicas que estruturam as posições relativas de mulheres, raças, etnias, classes (...)". (CRENSHAW, 2002, p. 177).

4. Perspectivas no enfrentamento de desigualdades e diferenças: prevalência, convergência ou conflito entre antidiferenciação e antissubordinação

Antidiferenciação e antissubordinação são perspectivas presentes no debate jurídico antidiscriminatório, com consequencias decisivas para as categorias jurídicas deste campo do direito e, por conseguinte, para o enfrentamento das desigualdades e das diferenças miradas pelo direito da antidiscriminação. Disso de-

corre a relação direta e central entre tais conceitos e a atuação do direito da antidiscriminação.

4.1 A perspectiva da antidiferenciação

A perspectiva da antidiferenciação, como o próprio nome revela, reprova tratamentos diferenciados (prejudiciais ou benéficos) em favor de quem quer que seja, considerados os critérios proibidos de discriminação. Ao almejar que indivíduos e instituições sejam neutros na adoção de suas medidas, ela acaba por adotar a perspectiva do agente de eventual discriminação, voltando seu foco para a correção de condutas discriminatórias. Daí que, primordialmente, oriente-se para a proteção de indivíduos vítimas de discriminação intencional.

Nessa lógica, a perspectiva da antidiferenciação mostra-se hostil a ações afirmativas, tendo-as discriminatórias em relação aos grupos que não se destinam, assim como refuta medidas específicas, assimilando-as a uma espécie de "direito especial", como privilégios incompatíveis com o direito de igualdade, compreendido como mandamento de igual e indistinto tratamento, seja diante de quem for.

A perspectiva da antidiferenciação pode ser entendida como uma manifestação radical da igualdade formal enquanto proibição da instituição de qualquer distinção fundada nos critérios proibidos de diferenciação, gerando um "direito à indiferença (LOCHACK, 1998, p. 60). Tal perspectiva é eficaz e suficiente no enfrentamento da discriminação direta, onde indivíduos e grupos têm seus direitos restringidos, não importando se de modo explícito ou dissimulado.

A perspectiva da antidiferenciação costuma ser associada aos valores de imparcialidade, objetividade e universalidade, afeiçoar-se a visões de mundo individualistas e meritocráticas (SANDEL, 2020), resultando em uma aplicação simétrica do princípio da igualdade (FISS, 1991).

Dentre as críticas que lhe são endereçadas, destacam-se o esvaziamento e descontextualização que acaba por imprimir ao princípio da igualdade e aos ideais de universalidade, imparcialidade e objetividade; em seu horizonte, por exemplo, não há diferença entre manter um regime oficial de segregação entre brancos e negros em piscinas públicas e simplesmente fechar todas as piscinas públicas para evitar a integração, com a perpetuação do racismo, ou entre tolerar um regime de seguridade social discriminatório contra homossexuais e privar toda a população de tais benefícios sociais, ao argumento de que a supressão para todos seria igualitária.

Outra dificuldade da perspectiva da antidiferenciação é a definição dos parâmetros de comparação nos juízos de igualdade. Dado que discriminar é distinguir, e que a tarefa do direito da antidiscriminação é evitar distinções injustas, co-

loca-se em todos os momentos a pergunta sobre o referencial levado em consideração na decisão sobre a justiça ou não de determinado tratamento, o que remete diretamente ao caráter relacional das desigualdades e das diferenças, como visto na seção antecedente.

Como se verifica nas premissas da ideologia moderna do individualismo, a perspectiva da antidiferenciação considera os indivíduos de modo abstrato, apartados das realidades raciais, sexuais, religiosas, sociais, econômicas, etc. Tal abstração e universalidade plasmam um igualitarismo individualista, resultando, concretamente, na assunção das características e preferências dos grupos dominantes como parâmetro de comparação (raça branca, sexo masculino, religião cristã, orientação sexual heterossexual, etc)[10]. Ademais, a relação da perspectiva da antidiferenciação com tal individualismo acaba restringindo o direito da antidiscriminação apenas aos casos de discriminação intencional, limitando decisivamente a possibilidade de respostas diante da discriminação não-intencional, de cunho institucional.

Por conseguinte, a perspectiva da antidiferenciação tem dificuldades ao deparar-se com o tratamento das diferenças. Forjada por ideais de neutralidade e abstração, ela não está apta, nem disposta, a reconhecer diferenças que justifiquem medidas positivas específicas, como pode ser verificado em face de diferenças religiosas e culturais que reclamem acomodações apropriadas como exigências de igualdade. Na lógica antidiferenciadora merece censura, por exemplo, a demanda, por parte de um fiel adventista, de realizar teste físico em concurso público marcado para às vésperas de domingo, por configurar um "direito especial", privilégio ofensor do direito de igualdade.

Na dogmática do direito de igualdade, a perspectiva da antidiferenciação revela-se primordialmente de dois modos. Primeiro, pela postulação de que o princípio da igualdade atuaria somente de modo negativo, proibindo diferenciações e ordenando uma postura neutra diante da realidade. Segundo, pela compreensão da igualdade material como mero dever de racionalidade na aplicação da citada máxima aristotélica do tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, sem acrescentar ao raciocínio jurídico nenhum outro conteúdo substantivo próprio (BANDEIRA DE MELLO, 1993; FERREIRA FILHO, 1990; DANTAS, 1948; PONTES DE MIRANDA, 1979).

A doutrina jurídica brasileira ilustra esta compreensão. Francisco Campos, por exemplo, comentando o caráter negativo do princípio da igualdade, salienta que

> "... sua finalidade consistia tão-somente em suprimir e impedir que renascesse a estrutura social, que a revolução acabava de desmontar ou destruir. (...) Embora já fosse corrente na filosofia social e política

> do século XVIII, e constituísse um dos temas da propaganda revolucionária, a idéia de que a igualdade entre os homens deveria ser completa e radical, o certo é que a declaração constitucional da igualdade tinha como foco particular de incidência o regime ou a estrutura social que vinha de ser abolida. A acentuação tônica do princípio da igualdade teria de recair precisamente sobre o seu conteúdo negativo. Ele era, então, um conceito polêmico e, como é próprio do conceito polêmico, a sua significação ou o seu conteúdo se define melhor de modo negativo do que positivamente, mais por oposição ou negação concreta do que de maneira geral e abstrata." (CAMPOS, 1956).

4.2 A perspectiva da antissubordinação

A perspectiva da antissubordinação, por sua vez, centra-se não na uniformidade de tratamento, mas postula o enfrentamento e a superação de tratamentos que criem ou perpetuem situações de subordinação. Sendo assim, admitem-se tratamentos diferenciados, cujo objetivo seja ultrapassar situações de discriminação, como considera discriminatórios tratamentos neutros que perpetuem ou reforcem subordinações. Por voltar-se aos efeitos experimentados por indivíduos e grupos subordinados, resultantes de atos, práticas, instituições e estruturas discriminatórias, com ou sem intencionalidade, associa-se à antissubordinação a perspectiva do discriminado.

A perspectiva da antissubordinação, por conseguinte, admite ações afirmativas, sempre que estas se revelarem necessárias e eficazes no combate às discriminações, sem nelas ver qualquer violação a direitos de grupos direta ou indiretamente privilegiados pelo *status quo*. Adotada a perspectiva da antissubordinação, é a superação das discriminações, não a neutralidade, a mola propulsora da atuação antidiscriminatória, amoldando o ponto de vista do discriminado em vez daquele do perpetrador da discriminação, como se dá na abordagem da antidiferenciação.

Daí que medidas específicas, necessárias em virtude da situação de grupos subordinados, tais como a proscrição de atos de ódio contra minorias e a obrigatoriedade de deveres de adaptação, longe de serem privilégios, direitos especiais, discriminações "invertidas" ou "benignas", são consideradas exigências antidiscriminatórias do direito de igualdade, cuja ausência ou omissão deliberada configura violação do direito de igualdade. Em vez da polêmica antidiferencialista entre “direitos gerais” e “direitos especiais” (eventualmente tolerados como exceções indesejáveis ao princípio da igualdade), a antissubordinação indaga-se sobre a potencial injustiça das desigualdades e os efeitos deletérios de determinadas diferenciações. A disputa entre a simetria e neutralidade, de um lado, e, de outro, a necessidade de assimetria e contextualização, em face do reconhecimento, gozo e exercício dos direitos, move-se para a suspeita sistemática diante da abstração e da indiferença presentes na vida social.

Nessa lógica, a perspectiva da antissubordinação, vê no princípio da igualdade um mandamento constitucional de igual proteção, através do direito, aos membros de grupos em situação de desvantagem social, econômica, religiosa, cultural, sexual, racial, etc. É o que se pode vislumbrar, com muita nitidez, na advertência de Tussman e tenBroek (1949), em artigo clássico no direito estadunidense; ancorado na literalidade da XIV Emenda, destaca-se sua redação: "the equal protection of the laws", ao invés de "the protection of equal laws".

Contrastada à perspectiva da antidiferenciação, da tarefa da igual proteção aos membros de grupos subjugados empresta conteúdo substantivo ao direito de igualdade, a ser concretizado em cada momento histórico tendo presente quais são estes grupos e as formas pelas quais a discriminação ocorre. A perspectiva da antissubordinação proporciona substância e dinamismo ao princípio da igualdade, emprestando-lhe historicidade e o comprometendo com respostas concretas em face de desvantagem e subordinação, desveladas pela injustiça das desigualdades e pela produção social de diferenças degradantes. Como consequências da postura antissubordinante, podem-se elencar, no exame da discriminação indireta, a atenção aos "efeitos presentes da discriminação passada" ou a distinção da discriminação segundo as modalidades *de facto* e *de jure discrimination*, temas representativos do debate havido com quem busca salvaguardar uma aplicação pretensamente neutra e abstrata do princípio da igualdade.

Os desdobramentos da perspectiva da antissubordinação conduzem à concretização de uma das funções mais caras aos direitos fundamentais nas democracias contemporâneas, qual seja, a proteção das minorias. Com efeito, a função protetiva de minorias é mais adequadamente desempenhada por um princípio da igualdade atento à situação dos grupos subordinados, na medida em que se atribui ao direito da antidiscriminação algo mais que um mero teste de racionalidade na eleição de critérios de diferenciação tendo em vista certas finalidades[1].

No direito constitucional brasileiro, a perspectiva da antissubordinação apresenta-se não só pela previsão de deveres de proteção a grupos subordinados e minoritários (como expressamente faz o texto constitucional, ao reconhecer a situação dos indígenas ou de idosos, por exemplo) e de mandamentos expressos de promoção da igualdade (como faz o artigo 5º, ao elencar em seu *caput* o direito *à igualdade,* ou as previsões de cotas eleitorais para mulheres nos partidos políticos ou de reserva de vagas para deficientes físicos em concursos públicos), bem como do reforço ao reconhecimento constitucional de direitos fundamentais sociais, cuja implementação tem efeito decisivo para a manutenção ou enfrentamento de desigualdades e para o convívio das diferenças.

Dito de outro modo, antidiferenciação e antissubordinação formulam as exigências antidiscriminatórias do princípio da igualdade, respectivamente, como direito a igual tratamento e direito a ser tratado como igual (TRIBE, 1999). O *direito a igual tratamento* proíbe medidas diferenciadas em face de certos critérios e conduz a uma aplicação mais restrita do princípio da igualdade, diante dos requisitos de neutralidade e universalidade e da consideração dos indivíduos de modo abstrato. Já o *direito a ser tratado como igual* aponta para a consideração das diferenças concretamente experimentadas por indivíduos e grupos, reclamando proteção jurídica específica apta a afastar desvantagens e subordinações no reconhecimento, gozo e exercício de direitos.

4.3 Antidiferenciação e antissubordinação: prevalência, convergência ou conflito?

A convivência das perspectivas da antidiferenciação e da antissubordinação coloca a pergunta sobre a prevalência de uma ou de outra no direito da antidiscriminação, indagação análoga à interrogação sobre o convívio entre as dimensões formal e material da igualdade no direito de igualdade. Assim como ocorre no direito estadunidense (DORF, 2002), também no direito brasileiro (RIOS, 2017), não se vislumbra hegemonia desta ou daquela diretriz na jurisprudência, muito menos adoção definitiva ou acabada.

Nesta linha, pode-se perceber que o direito da antidiscriminação atua mediante a consideração de valores substantivos e que a aplicação do princípio jurídico da igualdade vai além de um mero teste de racionalidade entre meios e fins. A ofensa à igualdade e o considerar certos tratamentos discriminatórios decorre, juridicamente, da proteção de certos conteúdos e da legitimidade ou não de certos objetivos, mais do que da mera correlação de compatibilidade lógica entre meios e fins. A forte e sistemática suspeição constitucional de diferenciação fundada em critério racial exemplifica um conteúdo substantivo decisivo na aplicação do princípio da igualdade, assim como a importância reconhecida pela Constituição ao pluralismo religioso pode conduzir à rejeição, por considerações substantivas, de certas exigências laborais que limitam a liberdade religiosa de um ou mais grupos, mesmo em face de certos objetivos econômicos, como a maximização do lucro.

Neste quadro, antidiferenciação e antissubordinação podem ser consideradas perspectivas convergentes no direito da antidiscriminação, ou, pelo menos, que a perspectiva da antidiferenciação não pode ignorar preocupações centrais para a perspectiva da antissubordinação. De fato, até mesmo a mais radical profissão de fé antidiferenciadora não pode furtar-se, em sua aplicação, à consideração de certas indeterminações (BALKIN e SIEGEL, 2003). Listo, nos próximos parágrafos, algumas delas.

A um, um direito da antidiscriminação antidiferenciador tem que responder quais critérios merecem proteção e, portanto, quais distinções devem ser proibidas, ensejando a aplicação do princípio da igualdade. Esta eleição, que está no centro das preocupações da perspectiva da antissubordinação, faz-se, de fato, mediante considerações valorativas a respeito da posição de indivíduos e grupos e do mérito ou demérito de sua situação.

A dois, a aplicação da perspectiva antidiferenciadora necessita responder se a utilização de um critério proibido conjuntamente com outros tantos critérios permitidos é causa de invalidação da medida ou não (por exemplo, se a participação em medidas especiais para combate à exclusão pode valorizar, além da condição econômica, do grau de instrução e da condição de saúde, o critério étnico) – indagação que vai além de um mero exame de neutralidade.

A três, certas decisões exigem da perspectiva da antidiferenciação distinguir entre a utilização permitida e a proibida de certos critérios (por exemplo, separação por sexo de banheiros públicos ou a proteções contra violência doméstica cujo destinatário específico sejam mulheres).

A quatro, na aplicação da antidiferenciação, é mister separar medidas protetivas de grupos em situação de desvantagem com eventuais benefícios indevidos a tais grupos, tarefa que requer valoração além da neutralidade (por exemplo, a distinção entre medidas paternalistas, medidas necessárias e privilégios exagerados para determinado grupo no mercado de trabalho ou a distinção entre medidas protetivas e necessárias e medidas eventualmente excessivas, visando à inclusão de pessoas com deficiência).

A cinco, a perspectiva da antidiferenciação, em si mesma, não fornece critério algum diante das questões do impacto diferenciado. Como avaliar a legitimidade da utilização de um critério aparentemente neutro em um processo seletivo que, sabe-se de antemão, provocará a exclusão desproporcional e injustificada de negros e mulheres (determinadas espécies de testes de conhecimento e específicas exigências biométricas, por exemplo). Em que medida deve ser exigida a correlação de um ou outro requerimento, tendo presente as peculiariedades de cada processo seletivo e o contexto em causa? Quais os motivos que podem justificar este impacto diferenciado e perante quais tais resultados serão considerados discriminatórios?

A seis, o direito da antidiscriminação antidiferenciador não fornece diretriz sequer para a aplicação da igualdade em face dos critérios proibidos de discriminação, como ilustram os debates sobre discriminação por motivo de sexo: elas abrangem ou não a discriminação por motivo de orientação sexual, considerada como modalidade de discriminação sexual? (WINTEMUTE, 1995). Discriminação

dirigida contra mulheres grávidas constitui uma modalidade de discriminação por motivo de sexo?

Considerações finais

Sem novidade ou surpresa, o breve caminho percorrido neste estudo faz divisar, na gênese e no desenvolvimento do direito da antidiscriminação, o esforço conceitual e instrumental que anima o forjar respostas jurídicas diante de desigualdades e diferenças injustas e deletérias. Desde o conceito jurídico de discriminação, plasmado a partir de experiências nacionais e lições mundiais, até as modalidades de discriminação juridicamente proibidas, atentas aos critérios proibidos de discriminação, é o conteúdo do direito de igualdade como mandamento antidiscriminatório que vai se concretizando.

Tudo isto convoca a concentração para o saber ver e o saber responder às desigualdades e diferenças que, constitutivas de nossos modos de ser, viver e conhecer, desafiam a construção do direito. Nesse esforço, a mais perfeita compreensão possível dos fenômenos discriminatórios e o melhor desenho possível do direito antidiscriminatório são tarefas mais que necessárias, pois urgentes.

Referências

BRAH, Avtar. "Diferença, diversidade, diferenciação". *Cadernos PAGU* (26), janeiro-junho de 2006: pp.329-376,

BALKIN, Jack; SIEGEL, Riva. The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination? disponivel, em https://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1425&context=umlr, acesso em 20set2021.

BAMFORTH, Nicholas; MALIK, Maleiha; O'CINNEIDE, Colm. *Discrimination Law: theory and context.* Londres: Sweet & Maxwell, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade,* S.Paulo, Malheiros, 3ª ed., 1993

BARRY, Brian. *Culture & Equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2002

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade.* Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

BURCA, Grainne De." The Trajectories of European and American Antidiscrimination Law." *NEW YORK UNIVERSITY SCHOOL OF LAW PUBLIC LAW & LEGAL THEORY RESEARCH PAPER SERIES. WORKING PAPER NO. 11-80*. 2011. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1950697>. Acesso em: 10 abr. 2020.

CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. II, 1956.

COUNCIL OF EUROPE - European Union Agency for Fundamental Rights. *Handbook on European Non-Discrimination Law.* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011. Disponível em: <https://fra.europa.eu/en/publication/2011/handbook-european-non-discrimination-law-2011-edition>. Acesso em: 10 abr. 2020.

CRENSHAW, Kimberlè. "Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero". *Revista de Estudos Feministas*, v.7, n. 12, 2002, p. 171-188.

DANTAS, San Tiago. *Igualdade perante lei e "due process of law"*, Rio de Janeiro: Revista Forense, abril, 1948

DORF, Michael. 'A partial defense of an antidiscrimination principle', *The Origins and Fate of Antisubordination Theory,* disponível em http://www.bepress.com-ils-iss2-art2, Acesso em: 22-10-2002

DORLIN, Elsa (2012). "L'Atlantique feministe. L'intersectionnalité en débat". *Papeles del CEIC*, v. 2012/2, n. 83, p. 1-16.

DUMONT, Louis. *O Individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Rio de Janeiro: Ed. Rocco, 2000

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1990

FISS, Owen M., 'Groups and the Equal Protection Clause', in *Equality and preferential* treatment,vorg. Marshall Cohen, Thomas Nagel e Thomas Scanlon, Princeton: Princeton University Press, 1991, p. 96-106

FREDMAN, Sandra. *Discrimination Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

GERSTMANN, Evan. *The Constitutional Underclass. Gays, Lesbians, and the Failure of Class-Based Equal Protection*. Chicago: The University of Chicago Press, 1999.

LOCHAK, Danièle. *Égalité et différence. Reflexions surl'universalité de la règle de droit*, in *Homosexualités et droit – da la tolerance sociale à la reconnaissance juridique*, org. Daniel Borrilo, Paris: Presses Universitaires de France, 1998

MACÊDO, Márcia dos Santos (2008). *Na trama das interseccionalidades: mulheres chefes de família em Salvador*. Disponível em: < https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10983/1/Dissertacao%20Marcia%20-Macedoseg.pdf > Último acesso em: 19 de fevereiro de 2013.

McCRUDDEN, Christopher. *Anti-Discrimination Law*. New York: New York University Press, 1991.

MEDEIROS, Marcelo. *Medidas de Desigualdade e Pobreza* Brasilia: Editora UnB, 2012;

MOREIRA, Adilson José. *O que é discriminação?* Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Justificando. 2017.

CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. II, 1956.

PONTES DE MIRANDA. *Democracia, Liberdade e Igualdade - Os três caminhos*, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1979

POLE, J. R. **The pursuit of Equality in American History**. Berkeley: University of California Press, 2. Ed, 1993.

RAKOWSKI, Eric. *Equal Justice*. Oxford: Clarendon, 1991

RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

RIOS, Roger Raupp. "O princípio da igualdade no direito brasileiro: desenvolvimento histórico e concretização pelo Supremo Tribunal Federal". In: *Direito francês e brasileiro: perspectivas nacionais e comparadas*. Coord. Michel Fromont, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 425-467

RIOS, Roger Raupp. *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RUTHERGLEN, George. **Employment Discrimination Law**. New York: Foundation Press, 2001.

SANDEL, Michael. *A tirania do mérito: o que aconteceu com o bem comum?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

SCHWARTZ, Bernard. **A history of the Supreme Court**. New York: Oxford University Press, 1993.

SHAW; GALOBARDES; LAWLOR; LYNCH; WHEELER; SMITH, BRUNA; DEBBIE, Bruna; Debbie A. Bristol: Police Press, 2007

SCHIEK, Dagmar; WADDINGTON, Lisa e BELL, Mark. *Non-Discrimination Law*. Oxford: Hart Publishing, 2007.

SILVA, Tomas Tadeu da Silva (org.), HALL, Stuart Hall, WOODWARD, Kathryn. *Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000

SOLANKE, Iyiola. *Discrimination as Stigma. A theory of Anti-Discrimination Law*. Portland: Hart Publishing, 2017.

TEMKIN, Larry. *Inequality*. Oxford: OUP, 1993

TRIBE, Lawrence. *American Constitutional Law*, N.Y.: West Academic, 1999

TUSSMAN e tenBroek, 'The Equal Protection of the Laws', *California Law Review*, 1949, p. 342.

VIGOYA, Mara Viveros . *La sexualizacións de la raza y la racialización de la sexualidad en el contexto latinoamericano actual*. 2008. Disponível em: http://interculturalidad.org/attachments/article/145/viveros_sexualizacion-de-la-raza-y-la-racializacion-de-la-sexualidad-en-el-contexto-latinoamericano.pdf > Último acesso em 27 de março de 2013.

WIEMER SALVERDA, BRIAN NOLAN & TIMOTHY M. SMEEDING (eds.), *The Oxford Handbook of Economic Inequality*. Oxford University Press, 2009.

WINTEMUTE, Robert. *Sexual Orientation and Human Rights*, New York: Oxford University Press, 1995, p. 199.

Capítulo 18

ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA E O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS:

Uma dicotomia? As influências do Direito Europeu no Brasil.

Têmis Limberger

ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA E O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: Uma dicotomia? As influências do Direito Europeu no Brasil.

Têmis Limberger[1]

Introdução.

Pode parecer uma dicotomia: proteger os dados pessoais ou acessar a informação pública em rede. Trata-se de um diálogo possível?

O dilema já foi formulado na pergunta (SOLOV, 2004): Como pode se reconciliar a tensão entre transparência e privacidade? Deve se sacrificar o acesso aos documentos no altar da privacidade? Ou, deve a privacidade se evaporar para poder desinfetar os governos com a luz do sol? O embate entre público e privado é atualizado na Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD, quando a legislação se refere ao tratamento dos dados públicos e faz referência à Lei de Acesso à Informação -LAI. Esta também, por sua vez, refere-se à proteção de dados pessoais.

Assim, formulam-se as hipóteses: é possível o diálogo entre LGPD e a LAI ou este é impossível, em razão da dicotomia. A LGPD disciplina a proteção de dados pessoais, recentemente erigida à condição de direito fundamental, artigo 5º, XII-A, CF, sendo que a LAI, decorre principalmente do direito à informação, artigo 5º, XXXIII, da CF. Por sua vez, a Carta Europeia (UNIÃO EUROPEIA, 2016) de direitos fundamentais, dispõe no artigo 8º sobre a proteção de dados pessoais e no artigo 42, prevê o acesso aos documentos públicos, aos cidadãos.

O método empregado é o hipotético-dedutivo, valendo-se do procedimento comparativo e de pesquisa doutrinária.

---

1 Doutora em Direito Público pela Universidade Pompeu Fabra - UPF de Barcelona. Pós-doutora em Direito pela Universidade de Sevilha. Professora do Programa de Pós-graduação da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Advogada. Procuradora de Justiça do MP/RS (aposentada).

Aborda-se, também, o *caput,* do art. 23, da LGPD, que visa estatuir as regras referentes ao tratamento de dados pessoais pelo poder público dos usuários e remete à LAI. Busca-se a experiência no direito comparado, principalmente, o Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu (RGPD) 2016/679, porque inspirou a normativa brasileira e o Regulamento (CE) nº 1049/2001 (UNIÃO EUROPEIA, 2001) do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo ao acesso público aos documentos das instituições da UE, mas sem descuidar das especificidades próprias do Brasil.

Como desdobramento do Regulamento, os países legislaram internamente, assim, tem-se a legislação francesa (FRANÇA, 1978), que inspirou à portuguesa (PORTUGAL, 2016), conhecidas informalmente como LADA. O Reino Unido, também tem sua disciplina específica com o *The Freedom of Information Act* 2000 *(FOIA) (REINO UNIDO, 2000)*.

Porém, tributo maior deve ser prestado ao pioneirismo dos países escandinavos, no qual o protagonismo foi da Suécia, que em 1766, criou um comitê para regular a possibilidade de a imprensa poder escrever e emitir opiniões sobre documentos sem precisar se submeter à censura, que ficou conhecida como o primeiro regramento de acesso à informação pública. Frise-se que, antes mesmo que houvesse a Revolução Francesa, que em 1789, consagrou no artigo 15 da Declaração de Direito do Homem e do Cidadão, o direito do cidadão de pedir contas a todo agente público incumbido da administração. A segunda lei de acesso à informação pública ocorreu apenas em 1951, na Finlândia, posteriormente, Dinamarca e Noruega (ambos em 1970) tiveram marcos legais de transparência.

A legislação europeia protetiva dos dados pessoais é fruto de uma evolução que inicia na década de 1970, com lei específica no Land de Hesse, na Alemanha, destacando-se a legislação francesa que previu uma Comissão Nacional para Proteção de Dados (1978) e se torna mais abrangente como o Convênio 108 que teve o caráter de generalidade ao tratar dos princípios da proteção de dados pessoais, que foram incorporados às novas legislações. Em 2018, houve a edição do Convênio 108+, que atualizou as disposições anteriores e permitiu a adesão de outros países não comunitários.

O Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu - RGPD EU 2016/679, revogou expressamente a DC 95/46 CE e manteve o tratamento dos dados pessoais de forma unívoca, sem distinguir arquivos de titularidade pública ou privada, apontando apenas topicamente no tocante ao interesse público como se extrai do art. 6º.1[2], "e" e 6º.3., "b"[3], por exemplo.

---

2 Art. 6º.1 - O tratamento só é lícito se e na medida em que se verifique pelo menos uma das seguintes situações: (...) e) O tratamento for necessário ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

3 Art. 6º.3 - O fundamento jurídico para o tratamento referido no parágrafo 1, alíneas c) e e), é definido:

Neste, atualmente, não existe dispositivo específico no RGPD a respeito do tratamento dos dados realizados pelo poder público. Esse regulamento é abrangente, no tocante à proteção dos dados pessoais sem especificar o caráter público ou privado. Somente existem algumas expressões, que denotam referência ao poder público, como arquivos de interesse público, por exemplo.

Assim, objetiva-se verificar se é possível o diálogo entre proteção de dados pessoais e acesso à informação pública e, caso seja, apontar quais os critérios para balizar esta interpretação.

1. LGPD E LAI um diálogo (im)possível?

Este diálogo (JAYME, 1995) entre direito à proteção de dados pessoais (SARLET, 2020) e direito a acessar a informação pública dos cidadãos é um binômio já conhecido no direito comparado, que vem se incorporar ao direito brasileiro, especialmente no *caput*, do art. 23, da LGPD[4], que disciplina o direito dos usuários, frente aos dados tratados pelo poder público.

Vale recordar o postulado de que os direitos fundamentais podem ser submetidos a restrições. O direito à proteção de dados pessoais não constitui uma prerrogativa absoluta, pois deve ser considerado em relação com sua função na sociedade, conforme já decidiu o TJUE[5] e vem estatuído no Considerando nº 4[6], do RGPD.

No cenário jurídico brasileiro, revelam-se alguns "aparentes paradoxos" (DONEDA, 2021) a partir de um marco jurídico estruturado a partir da privacidade, tornando-se necessário promover a transparência, que ganha cada vez mais protagonismo.

(...) b) Pelo direito do Estado-Membro ao qual o responsável pelo tratamento está sujeito. A finalidade do tratamento é determinada com esse fundamento jurídico ou, no que respeita ao tratamento referido no parágrafo 1, alínea e), deve ser necessária ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento. (...) O direito da União ou do Estado-Membro deve responder a um objetivo de interesse público e ser proporcional ao objetivo legítimo prosseguido. (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

4 Art. 23. O tratamento de dados pessoais pelas pessoas jurídicas de direito público referidas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à informação pública), deverá ser realizado para o atendimento da finalidade pública, na persecução do interesse público, como o objetivo de executar as competências legais do serviço público, desde que: (...) (BRASIL, 2018).

5 Caso *Volker und Markus Schecke y Eifert*, TJUE, sentença de 9/11/2010 (PIÑAR MAÑAS, 2018).

6 Considerando nº4. O tratamento dos dados pessoais deverá ser concebido para servir as pessoas. O direito à proteção de dados pessoais não é absoluto; deve ser considerado em relação à sua função na sociedade e ser equilibrado com outros direitos fundamentais, em conformidade com o princípio da proporcionalidade. O presente regulamento respeita todos os direitos fundamentais e observa as liberdades e os princípios reconhecidos na Carta, consagrados nos Tratados, nomeadamente o respeito pela vida privada e familiar, pelo domicílio e pelas comunicações, a proteção dos dados pessoais, a liberdade de pensamento, de consciência e de religião, a liberdade de expressão e de informação, a liberdade de empresa, o direito à ação e a um tribunal imparcial, e a diversidade cultural, religiosa e linguística (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

À primeira vista pode parecer contraditório, mas é possível indicar o direito prevalente, considerando o caso concreto. É importante, buscar as lições do direito comparado que já enfrentaram a dicotomia.

O RGPD inova ao estabelecer a transparência no art. 5.1, colocando a licitude, a lealdade e a transparência na relação do tratamento, que se deve estatuir com o titular dos dados, sendo que o considerando nº 39[7], além destes postulados, agrega a equidade.

Volta-se ao questionamento proposto (SOLOVE, 1972): Como pode reconciliar-se a tensão entre transparência e privacidade?

Para deslindar a questão, resulta necessário conjugar o direito à proteção dos dados pessoais dos cidadãos com o direito a acessar a informação do setor público, e, para resolver o dilema, são apontados alguns critérios (IV ENCUENTRO DE AGENCIAS AUTONÓMICAS DE PROTECCIÓN DE DATOS, 2007): a) valoração caso a caso da questão de se um dado de caráter pessoal pode publicar-se, fazer-se acessível ou não, e, em caso afirmativo, em que condições e de que maneira (digitalização ou não, difusão em internet ou não, etc); b) princípios da finalidade e legitimidade; c) quais as informação da pessoa em questão; d) e o seu correlato direito de oposição, utilização das novas tecnologias em prol da proteção dos dados pessoais.

Por isso, Piñar Mañas, em uma feliz síntese propugna: acesso à informação e proteção de dados, as chaves de uma relação (PIÑAR MAÑAS, 2016), buscando estabelecer parâmetros. Assim, o caráter público de um dado de caráter pessoal, que resulte de uma normativa ou da vontade da própria pessoa a que refere o dado, não priva "ipso facto" e para sempre, dita pessoa da proteção que garante a lei, em virtude dos princípios fundamentais de defesa da identidade humana (*GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, 2003)*.

Emilio Guichot[8] ao analisar o embate travado entre administração pública e proteção de dados, assevera que a chave para deslindar este complexo sistema, propugna

---

7 Considerando nº 39. O tratamento de dados pessoais deverá ser efetuado de forma lícita e equitativa. Deverá ser transparente para as pessoas singulares que os dados pessoais que lhes dizem respeito são recolhidos, utilizados, consultados ou sujeitos a qualquer outro tipo de tratamento e a medida em que os dados pessoais são ou virão a ser tratados. O princípio da transparência exige que as informações ou comunicações relacionadas com o tratamento desses dados pessoais sejam de fácil acesso e compreensão, e formuladas numa linguagem clara e simples (...). (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

8 GUICHOT, Emilio. *Datos personales y administración pública*. Navarra: Thomson & Civitas, 2005. p. 321. No mesmo sentido, *vide* também, GUICHOT, Emilio. *Revista de Administración Pública nº 173* (mayo/agosto de 2007), p. 407/445, onde estabelece diretrizes acerca de como haveria de se interpretar a relação entre o direito de acesso e o direito à proteção de dados, consolidadas no direito europeu, p. 438. A Lei (Ley 19/2013) é um título habilitante para poder levar a cabo, sem o consentimento dos afetados, a cessão dos seus dados pessoais a terceiros (solicitantes do acesso). Veja-se o art. 11 da LOPD, que dispõe sobre a cessão dos dados e assevera que não será possível sem o consentimento dos afetados, salvo que uma lei o autorize, (e esta é a Lei de Transparência).

estatuir algumas limitações, no sentido de que, pode-se: proibir o acesso a determinados dados, restringir determinados usos, permitir o acesso a um grupo reduzido de pessoas, impor o acesso mediante condições (por exemplo, a necessidade de justificar uma petição) ou permitir unicamente o acesso não informatizado (por exemplo, cópia de um documento).

A regra geral era a necessidade do consentimento para proceder a cessão dos dados que resultem afetados ante uma petição de acesso aos arquivos e documentos, hoje a situação é contrária: o ponto de partida é que a cessão vem habilitada pela lei[9].

É resgatado, inicialmente, neste artigo, o embate entre proteção aos dados e o acesso à informação pública, já que existem técnicas de superação deste conflito. O art. 23 demanda interpretação sistemática[10], visando a concretização do princípio da igualdade e da segurança jurídica na aplicação do Direito, buscando assegurar a unidade da ordem jurídica. Assim, deve-se buscar promover uma interpretação sistemática da LGPD e da LAI. Deste modo, uma das questões postas é no sentido de como conjugá-los, uma vez que uma lei determina a proteção dos dados pessoais e outra a publicidade das informações de caráter público. A primeira impressão pode ser no sentido de contradição, mas esta é apenas aparente. O ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma sistemática, buscando-se um diálogo harmonioso.

A LAI tem como objetivo garantir a informação pública em rede, prevista no art. 5º, XXXIII, da CF (acesso à informação pública) e no art. 37, §3º, II, da CF, que prevê formas de participação do usuário na administração pública e acesso dos usuários a registros e informações sobre atos de governo[11], observado o art. 5º, X, da CF e as hipóteses de sigilo.

---

9 Piñar Mañas (2016) estatui que a Lei 19/2013, em seu art. 12 dispõe sobre o direito de acesso à informação pública, nos termos do artigo 105 "b", da CE e, posteriormente, o art. 15, da Lei 19/2013, que disciplina (em seus apartados), a proteção dos dados pessoais, especialmente protegidos ou não.

10 A ideia do sistema jurídico justifica-se a partir de um dos mais elevados valores do Direito, notadamente o princípio da justiça e suas concretizações no princípio da igualdade e a segurança jurídica em suas manifestações como determinação e previsibilidade do direito, como estabilidade e continuidade da legislação e da jurisprudência ou simplesmente como a aplicação do Direito. O papel do conceito de sistema é o de traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica. Assim, o pensamento sistemático radica na ideia de Direito como o conjunto dos valores mais elevados. Ainda que a adequação e a unidade com frequência possam realizar-se de modo fragmentado. A fragmentação não nega a possibilidade da sistemática, apenas torna claro que são postos certos limites à formação plena (CANARIS, 1989).

11 Carvalho (2018) critica a expressão ato de governo, que está abrigado dentro da noção de ato administrativo. Atos da Administração traduz sentido amplo e indica todo e qualquer ato que se origine dos inúmeros órgãos que compõem o sistema administrativo em qualquer dos poderes. O critério de identificação reside na "origem" da manifestação de vontade como sendo proveniente da Administração Pública. Alguns autores aludem a atos políticos e de governo. E, também se insurge a esta posição, porque os atos se fundamentam na Lei e na Constituição, motivo pelo qual considera a expressão "atos de governo ou políticos" passível de crítica (MELLO, 2004). Di Pietro (2018) mantém-se fiel à divisão doutrinária e estatui que a função política tem uma predominância de prática pelo Chefe do Poder Executivo, embora não seja prerrogativa exclusiva deste. Decorrente da distinção

Os arts. 5º, XXXIII e 37, §3º, II, da CF, concretizam o princípio da publicidade administrativa, previsto no art. 37, *caput*, da CF. A partir do qual a LAI visa assegurar a transparência. Deste modo, o poder público tem de conferir ampla publicidade aos seus atos. A publicidade é a regra e o sigilo a exceção. Neste contexto, a transparência que não vem explícita na CF podendo ser extraída do princípio da publicidade (art. 37, *caput*, CF), do princípio democrático insculpido já no art. 1º, da CF e do direito à informação (art. 5º, XXXIII, CF) (LIMBERGER, 2016). Daí pode-se concluir que a publicidade é o gênero (previsão do princípio em sede constitucional) do qual a transparência é espécie (prevista em leis infraconstitucionais).

Visando normatizar estes preceitos foi promulgada a Lei nº 12.527/2011[12], Lei de acesso às informações públicas - LAI, em razão da qual foi instituído o Decreto nº 7.724/2012, que cunhou a denominação transparência ativa (arts.7º e 8º do Decreto), nas situações em que a administração de ofício transfere informação e transparência passiva (arts. 9º e 10 do Decreto), quando a informação é solicitada à Administração pelo interessado.

A publicidade encontra um limite estatuído pelo art. 5º, X, CF (o direito à intimidade, à vida privada, à honra, a imagem das pessoas, assegurando-se em caso de violação danos morais ou materiais), e, recentemente o artigo 5º, XII-A, eleva a proteção dos dados pessoais ao âmbito constitucional (BRASIL, 1988). Corroborando o postulado de que os direitos se autolimitam no ordenamento jurídico.

Assim, a Constituição Federal menciona privacidade e intimidade, da qual se tem a distinção nem sempre agasalhada pela doutrina (DONEDA, 2021). Salienta-se que a LGPD não fez a distinção, em seu art. 2º, I, referindo-se somente à privacidade.

O art. 23 da LGPD evoca o binômio: proteção de dados e transparência, dos usuários frente ao tratamento de dados pelo poder público, havendo que se buscar uma interpretação sistemática dentro do contexto do ordenamento jurídico brasileiro. Um exemplo que pode ilustrar os limites da lei de acesso à informação e a lei de proteção dos dados pessoais é quando se estatui a obrigatoriedade da divulgação dos gastos públicos. Assim, o poder público deve disponibilizar o que gasta com os servidores (BRASIL, 2015)[13], mas, por vezes, há informações de cunho pessoal como o desconto

---

entre Administração Pública e Governo (sentido mais político). Por conseguinte, exemplos destes últimos seriam: a convocação extraordinária do Congresso Nacional, a nomeação das Comissões Parlamentares de Inquérito, a nomeação de relações com Estados estrangeiros, a declaração de guerra e a celebração de paz, a declaração de estado de sítio e de emergência e a intervenção.

12 A LAI revogou alguns dispositivos da Lei nº 8.159/1991, que regula arquivo os arquivos públicos e integralmente a Lei nº 11.111/2005, que regulamentava a parte final do art. 5º, XXXIII, CF.

13 *Vide* Guichot, quando dispõe que os ingressos salariais de uma pessoa, integram o conceito de vida privada contido no art. 8º, da Carta Europeia, em referência à sentença *Amann* c. Suiza de 16/2/2000, *Recueil des arrêtes et décisions* 2000-II, §65, y *Rotaru* c. Rumania de 4/5/2000, *Recueil des arrêtes et décisions* 2000-V, § 43 (GUICHOT).

de pensão alimentícia, plano médico, prestação imobiliária, por exemplo.

A LGPD já enuncia os princípios do livre acesso e da transparência no art. 6º, IV e VI da LGPD. Deste modo, a leitura compatível aponta no sentido de que a publicidade pretendida pela lei de acesso à informação pública, encontra seu limite no estatuto legal, que determina a proteção dos dados pessoais.

O direito à informação é de caráter duplo, pois compreende o direito a informar e ser informado, devendo ambos ser permeados pela pauta democrática (VILLAVERDE MENÉZES, 1994) insculpida na CF. Assim, tanto o cidadão pode produzir informação, quanto recebê-la. E essa difusão de informação é cada vez mais intensa com a comunicação em rede. Se em outros tempos era muito difícil a produção da informação, uma vez que existia a centralidade da comunicação pelos meios tradicionais: jornal, rádio, televisão, etc. Nos dias de hoje, é possível que cada pessoa seja produtor de comunicação com todas as possibilidades postas nas redes sociais. No dizer de Castells (2009) cada cidadão se torna um difusor e um propagador de informação. Se isso é democrático por um lado, uma vez que na rede não se tem a centralidade ou hierarquia, por outro existe a necessidade de responsabilização e limite na produção desta informação. Assim, se por um lado é possível apresentar uma contestação a uma notícia trazida pela imprensa tradicional, por outro, é imprescindível que haja responsabilidade na veiculação, pois comunicação lançada na rede é de rápida difusão e pode trazer sérias consequências para outras pessoas. O julgamento ocorre de maneira rápida pelos usuários das redes sociais e não se tem o valoroso princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa.

O direito à informação visa a formação cidadã, logo tem um compromisso com a democracia. Deste modo, as denominadas *fake news* subvertem ao debate democrático e não podem ser tidas como informativas, pois se considerariam uma contradição nos seus próprios termos.

O acesso à informação pública é a informação sobre a informação complementada pelo agir da administração. Toma postura do direito de acesso aos documentos administrativos como manifestação concreta do direito a receber informação (FERNÁNDEZ RAMOS, 1997).

Uma das consequências que se pode extrair da LAI é no sentido de possibilitar o controle dos atos da administração pública, sendo no aspecto de controle social (realizado pelo cidadão ou sociedade) ou os controles administrativos ou judiciais, entendido como a possibilidade de fiscalização recíproca entre os poderes, instituições e cidadania, atualizando o Princípio da Separação dos Poderes.

Estes mecanismos se sofisticaram com a lei que estatui os dados abertos (BRASIL, 2020), possibilitando um cruzamento e intensificando a fiscalização deles, pois é per-

mitido a cada cidadão a criação de sua própria plataforma. Atualmente, mais de 100 países têm leis de acesso à informação pública.

Assim, a revolução tecnológica permite e exige uma Administração (BRASIL, 2021) mais eficaz e eficiente, mais próxima ao cidadão, mais moderna, mais rápida, que permita oferecer aos cidadãos um serviço muito melhor. Porém, ao mesmo tempo, exige uma Administração Pública mais transparente, mais democrática, mais controlada, mais acessível e mais respeitosa com a privacidade (PIÑAR MAÑAS, 2011; HERNÁNDEZ CORCHETE, 2016), ao qual se adiciona a proteção dos dados pessoais.

Diante deste contexto, volta-se à questão inicialmente formulada de apontar se é possível promover um diálogo entre a LGPD e a LAI. O Supremo Tribunal Federal realizou julgamentos importantes em prol da proteção de dados e da transparência (ADI 6387 (BRASIL,2020) e ADPF nº 690/DF (KARPOV, 2020), fortalecendo a Jurisdição Constitucional STRECK, 2019). Apesar de parecer que há uma contradição, quando a última pretende a proteção dos dados e a outra a informação, ambas dialogam em uma ação coordenada pelos valores constitucionais (princípio da publicidade, direito à informação e proteção de dados pessoais), deve-se buscar o valor preponderante em cada caso, construindo-se critérios interpretativos, eis a função dos intérpretes e operadores jurídicos.

Assim, os dispositivos normativos protetivos dos dados ou do acesso à informação pública convivem no ordenamento jurídico e há de se buscar o valor prevalente a ser tutelado, conforme o caso, a partir de critérios que serão construídos pelas decisões administrativas e judiciais, a fim de que se estabeleça a segurança jurídica em prol da sociedade e não ocorra o casuísmo das decisões subjetivas.

Destarte, tem-se que é possível estabelecer um diálogo do direito à proteção dos dados pessoais com o acesso à informação pública. O tratamento dos dados, em geral, deve ser efetuado para servir às pessoas e quando se trata do poder público, tal postulado tem de ser observado de forma mais contundente, eis que o serviço público somente se justifica para servir aos cidadãos na coletividade. O direito à proteção de dados, como os demais direitos, não é absoluto e há de ser sopesado com outros direitos fundamentais, no caso concreto, observando-se, também, os princípios que norteiam o ordenamento jurídico.

2. As pessoas jurídicas de direito público que são abrangidas pela LGPD.

O dispositivo legal do *caput*, do art. 23, da LGPD remete à observância das pessoas jurídicas de direito público referidas no parágrafo único do art. 1º da LAI. Aí a Legislação de Proteção de Dados estabelece um limitador à pessoa jurídica de direito público, que não se encontra na LAI. No inciso I, do art. 23, da LGPD são referidos órgãos da Administração Direta, quando a LAI em seu inciso II trata de pessoas jurídicas de

direito público e privado. Em uma interpretação literal as pessoas jurídicas de direito privado estariam excluídas, comprometendo a noção de tratamento de dados a ser efetuado pelo poder público, o que a toda evidência é descabido.

Ainda que não haja um tratamento de forma idêntica, relativizando-se, no tocante às pessoas jurídicas de direito privado, há de se recordar o art. 3º da LGPD, que trata da aplicabilidade às pessoas jurídicas de direito público ou privado.

Destarte, visando assegurar as especificidades da administração pública, que deve sempre agir em busca da realização da finalidade pública, haveria de se estatuir linhas mestras à administração pública com suas especificidades, mas não criar um regime próprio que traga um mosaico de possibilidades interpretativas, a respeito da finalidade do ato, o que pode comprometer a aplicação da lei.

O RGPD manteve o tratamento dos dados pessoais de forma unívoca, sem distinguir arquivos de titularidade pública ou privada, como se extrai do art. 6.1., "e"[14] e 6.3., "b"[15], do RGPD. E, ainda, os considerandos de nºs: 50[16], 97[17], 156[18] e 163[19] ocupam-se da finalidade, interesse público, autoridade pública e confidencialidade das autoridades nacionais.

Ora, a LAI estatui o tratamento da transparência para entidades da administração direta e indireta, sem fazer distinção entre pessoas jurídicas de direito público ou privado. Assim, esta distinção não foi adequada, pois a transparência e a proteção dos dados pessoais devem ser balizadores da administração pública em qualquer esfera, bem como a busca da finalidade pública, que é inerente ao escopo que deve ser busca-

---

14 Art. 6º.1 - O tratamento só é lícito se e na medida em que se verifique pelo menos uma das seguintes situações: (...) e) O tratamento for necessário ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

15 Art. 6º.3 - O fundamento jurídico para o tratamento referido no parágrafo 1, alíneas c) e e), é definido: (...) b) Pelo direito do Estado-Membro ao qual o responsável pelo tratamento está sujeito. A finalidade do tratamento é determinada com esse fundamento jurídico ou, no que respeita ao tratamento referido no parágrafo 1, alínea e), deve ser necessária ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento (...) (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

16 Considerando nº 50: O tratamento de dados pessoais para outros fins que não aqueles para os quais os dados pessoais tenham sido inicialmente coletados apenas deverá ser autorizado se for compatível com as finalidades para as quais os dados pessoais tenham sido inicialmente coletados (...) (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

17 Considerando nº 97: Sempre que o tratamento dos dados for efetuado por uma autoridade pública, (...) (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

18 Considerando nº 156: O tratamento de dados pessoais para fins de arquivo de interesse público, (...) (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

19 Considerando nº 163: Deverão ser protegidas as informações confidenciais que a União e as autoridades nacionais de estatística recolham para a produção de estatísticas oficiais europeias e nacionais. (...) (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

do pelos órgãos públicos[20].

É importante rememorar os entes federativos previstos nos arts. 1º e 18, CF: União, Estados-membros, DF e municípios, dotados de autonomia. Também se ocupa da matéria, o art. 41 do Código Civil de 2002, quando menciona as pessoas jurídicas de direito público interno, incluindo as autarquias e demais entidades de caráter público, criadas por lei. O dispositivo legal não foi taxativo, deixando ao Poder Público a possibilidade de instituir outras modalidades de entes com personalidade jurídica própria.

A Administração direta é constituída dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios (art. 4º, I, DL 200/67).

Subordinam-se ao regime da LAI, os órgãos públicos integrantes da Administração Direta dos Poderes Executivo, Legislativo, os Tribunais de Contas, o Poder Judiciário e do Ministério Público. É importante acrescentar outras carreiras no qual se tem como funções essenciais à justiça (Defensoria Pública[21], Advocacia Pública e Procuradores Públicos).

A LAI, em seu art. 1º, parágrafo único, II, no início do dispositivo legal, remete às pessoas jurídicas: Autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, já mencionadas no art. 4º, II, DL 200/67. O conceito de administração indireta[22] foi estatuída no direito brasileiro pelo DL 200/67, a partir da noção de descentralização[23] (art. 4º, II, DL 200/67), todos com personalidade jurídica própria: Autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas.

As autarquias sempre possuem personalidade jurídica de direito público e são criadas por lei (art. 37, XIX, da CF) possuindo patrimônio e receitas próprias, art. 5º, I, DL 200/67).

No atual modelo constitucional, as Universidades públicas gozam de autonomia didático-científica, administrativa e gestão financeira e patrimonial, art. 207, da CF, sendo que muitas vezes são constituídas sob a forma de autarquia. Em outros casos,

---

20 A respeito da divulgação dos vencimentos dos servidores públicos vinculados ao nome, veja-se o julgamento do Agravo nº 652-777 tema nº 483 da Repercussão Geral, efetuada pelo STF, onde se defende que a matrícula atrelada aos vencimentos já seria suficiente. Caso constatada alguma disparidade de valores com relação aos demais colegas da categoria funcional, poderia ser solicitada informação específica. De toda a maneira, apesar do citado julgamento, há que se proteger informações privadas, tais como desconto de pensão alimentícia, plano médico, prestação imobiliária, etc. (LIMBERGER, 2016)

21 Referindo a falta de técnica legislativa ao não haver referência legislativa à Defensoria Pública. (TASSO, 2021).

22 As entidades compreendidas na Administração indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua atividade principal (art. 4º, parágrafo único, do DL 200/67 com a redação da Lei nº 7.596/87).

23 A Administração Indireta do Estado é o conjunto de pessoas administrativas que, vinculadas à respectiva Administração Direta, têm o objetivo de desempenhar as atividades administrativas de forma descentralizada.

como no das Agências Reguladoras, art.174, da CF, estão constituídas sob a forma de as autarquias em regime especial.

As empresas públicas (art. 5º, II, DL 200/67), as sociedades de economia mista (art. 5º, III, DL 200/67), são constituídas sob a forma de pessoas jurídicas de direito privado.

As fundações públicas (art. 5º, IV, DL 200/67), congregam polêmica a respeito de sua natureza jurídica, sendo que a corrente dominante[24] defende que há dois tipos de fundações de direito público e de direito privado. Por esse entendimento, as fundações de direito público são caracterizadas como verdadeiras autarquias, razão por que são denominadas, por vezes, fundações autárquicas ou autarquias fundacionais, constituindo-se uma espécie do gênero autarquias.

Os consórcios públicos não estão referidos na aludida descentralização administrativa, pois o DL 200/67 contemplava a estrutura vigente, quando da sua publicação. O consórcio público foi previsto pelo art. 241, CF e disciplinado pela Lei nº 11.107/2005, podendo ser constituído sob a forma de personalidade de direito público ou privado. Quando tiver personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados (art. 6º, §1º, Lei nº 11.107/2005). Por isso, concorda-se com Di Pietro (2018), quando assevera que a Lei nº 11.107/2005 criou um tipo de entidade que prestará serviço público mediante descentralização, trata-se dos consórcios públicos, a serem criados por entes federativos para a gestão associada de serviços públicos.

Constituem-se sob a forma de entidades de personalidade jurídica de direito privado: empresas públicas, sociedades de economia mista. É importante referir que o art. 24, da LGPD, leva em consideração a natureza jurídica da função administrativa praticada e faz a distinção entre atuação concorrencial ou não.

E, ainda, as fundações públicas e os consórcios podem revestir a forma de pessoas jurídicas de direito público ou privado, segundo a forma de constituição.

A interpretação que mais se coaduna é no sentido de que existe um tratamento básico de proteção de dados pessoais que deve ser observado com relação aos princípios constantes na lei, independente de se tratar de pessoa de direito público ou privado, conforme se depreende do artigo 7º, III e §3º, da LGPD.

---

24 Citando: Celso Antonio Bandeira de Mello, Maria Silvia Zanella Di Pietro, Diógenes Gasparini, Miguel Reale, Cretella Jr e Oswaldo Bandeira de Mello (CARVALHO FILHO, 2018). O STF optou por esse entendimento, quando asseverou que "nem toda fundação instituída pelo poder público é fundação de direito privado. As fundações instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos Estados-membros, por leis estaduais, são fundações de direito público, e, portanto, pessoas jurídicas de direito público. Tais fundações são espécies do gênero autarquia, aplicando-se a elas a vedação a que alude o §2º do artigo 99 da CF". (STF, RE 101.126/RJ, TP, Rel. Min. Moreira Alves, j. 24.10.1984, DJ 01.03.1985 e também: STF, RE 219.900 AgR, T1, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 4.6.2004, DJ 16.08.2002).

O tratamento de dados das pessoas jurídicas de direito público ou privado não é idêntico, mas uma proteção básica está assegurada pelo art. 3º, da LGPD. A toda evidência, alguns institutos, como, por exemplo, consentimento para coleta dos dados ou pedido de cancelamento, deverão de ser mitigados quando se está diante de uma pessoa de direito público.

A LGPD e a LAI devem ser interpretadas em uma visão sistemática, tendo em vista a unidade e coerência do ordenamento jurídico. Haverá situações em que a proteção de dados será prevalente e outras o acesso à informação pública, verificando-se o interesse que sobressai em cada caso, sendo que os critérios interpretativos serão construídos a partir dos casos levados a exame pela autoridade administrativa ou judicial.

3. Das finalidades buscadas pelo poder público no tratamento dos dados pessoais.

Em uma análise de direito comparado, o art. 6º.1, do RGPD menciona o interesse jurídico prevalente e o tratamento de dados pelas Administrações Públicas (PUENT ESCOBAR, 2019). Analisando o preceito, tem-se que o legislador da União Europeia considerou que as Administrações Públicas somente poderão tratar dados em virtude de uma obrigação legal ou como consequência da concorrência de um interesse público, seja porque o tratamento é necessário para tal fim, seja por estar vinculado a competências outorgadas às Administrações Públicas pela lei.

Há de se atentar que o princípio da limitação da sua finalidade, previsto no art. 5.1, "b", da RGPD, quando preconiza que os dados devem ser coletados para fins determinados, explícitos e legítimos. E, ainda, os dados não poderão ser tratados com fins incompatíveis com a finalidade para o qual haja sido justificada sua coleta e posterior tratamento[25].

Os órgãos da administração pública somente poderão fazer cessão ou comunicação de dados, a partir da finalidade com a qual foram coletados e guardando os balizadores de atendimento à finalidade pública, persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir atribuições do serviço público, previstos no art. 23, *caput*, da LGPD. Assim, esse dispositivo estabelece uma hipótese complementar para o tratamento de dados pelo poder público, acrescentando hipóteses, além das já previstas nos artigos 7º a 11, da LGPD WIMMER, 2021). A COVID-19, trouxe à tona situações em que os dados de saúde (sensíveis) são coletados no âmbito dos municípios e estados. Posteriormente, são anonimizados e disponibilizados no sítio eletrônico do Ministério da Saúde, com o intuito de formulação de políticas públicas para combate à pandemia, além de permitir transparência sobre a situação na rea-

25 O Considerando 50 do RGPD, estatui de forma pormenorizada o tratamento com fins distintos, mas sempre guardando compatibilidade com a finalidade inicial (PUENT ESCOBAR, 2019).

lidade. Tal se trata de exemplo de execução de competência legal (RIPSA).

Independente de acesso de dado ao interessado (LAI) ou quando a Administração Pública deve levar a cabo a comunicação dos dados fundada no cumprimento de uma obrigação legal, que imponha dita cessão no caso em que concorram os requisitos previstos para tal, fundada no legítimo interesse[26].

Assim, o tratamento dos dados pessoais com fins distintos daqueles para os quais hajam sido coletados inicialmente, somente devem ser permitidos, quando sejam compatíveis com a finalidade da sua coleta inicial. Neste sentido, pode-se acrescentar as expectativas razoáveis do titular dos dados[27].

O conceito de atendimento de finalidade pública[28] pode ser extraído a partir da Lei nº 4.717/65, conhecida como lei da Ação Popular. Uma das primeiras noções de finalidade pública vem ao direito brasileiro por meio da ação popular, que trata do desvio de finalidade (art. 2, "e"). Tal é legatária do direito francês, que tratou do desvio de poder, no âmbito das obrigações civis. Isso se justifica pois o direito privado é de uma construção muito mais antiga do que o direito público moderno, cujo início é identificado com a Revolução Francesa. Embora, no direito romano já fosse possível extrair esta noção presente na *actio popularis.*

As legislações posteriores, também se ocuparam da finalidade pública de maneira mais desenvolvida e atualizada no contexto histórico com a denominação probidade administrativa, em virtude do art. 37, § 4º, da CF, propiciaram a Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) e alterações posteriores, e, também, a Lei nº 12.846/2013, que visa disciplinar a responsabilidade das Pessoas Jurídicas pela prática de atos danosos contra a Administração Pública conhecida como Lei anticorrupção.

O fim buscado pela atividade administrativa deve ser sempre o de finalidade pública, aí entendido a realização das atribuições típicas da administração que visa a concretização dos direitos fundamentais previstos na CF. O interesse da coletividade haverá de ser o norte e não a satisfação dos interesses privados dos gestores públicos ou de suas relações familiares, círculo de amigos ou rede de contatos, visando a satisfação de interesse próprios. Quando não é atendida a finalidade pública, trata-se de evidente

---

26 Complementada pelo artigo 86 do RGPD. Ainda, Bioni se refere à necessidade de estabilizar o interesse legítimo por se tratar de conceito jurídico indeterminado: "trata-se de um denominador comum entre titulares dos dados diante da necessidade em assegurar previsibilidade à aplicação da base legal do legítimo interesse" (BIONI, 2020. p. 234).

27 Considerando nº 50: O tratamento de dados pessoais para outros fins que não aqueles para os quais os dados pessoais tenham sido inicialmente coletados apenas deverá ser autorizado se for compatível com as finalidades para as quais os dados pessoais tenham sido inicialmente coletados (...) o contexto em que os dados pessoais foram recolhidos, em especial as expectativas razoáveis do titular dos dados quanto à sua posterior utilização, baseadas na sua relação com o responsável pelo tratamento (...) (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

28 Sobre o desvirtuamento do público em razão da busca da satisfação do interesse privado, veja-se a explicação na sociologia brasileira principalmente nas obras de Raimundo Faoro (FAORO, 2000).

desvio de finalidade, comprometendo a higidez do ato administrativo.

O Princípio da finalidade da coleta dos dados está presente, no âmbito internacional da normatização protetiva de dados pessoais, desde o Convênio 108/81. Neste estudo, deve-se agregar a finalidade pública.

Para o entendimento da persecução do interesse público, busca-se o conceito de interesse público que chega ao direito brasileiro por meio da doutrina italiana de Renato Alessi (1960). O autor distingue o interesse público primário (o interesse da coletividade) e o secundário (o modo pelo qual a administração visualiza o interesse público). Na maioria das vezes, primário e secundário são coincidentes, mas por vezes, podem se apartar, como na cobrança de impostos por parte da Administração Pública. Por vezes, os contribuintes não desejam a cobrança de novo tributo, ocasião em que sustentam ser cobrança indevida, e a Administração apregoa que o mesmo é cabível.

Pode, também, ser buscado um parâmetro interpretativo no princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, trata-se de princípio implícito na CF, que visa a orientar os operadores jurídicos e a sociedade. Conceitua-se como:

> (..) princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição da existência. Assim não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem em manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio, ambiente (...) (BANDEIRA DE MELLO, 2005).

Assim, extrai-se que o princípio da supremacia do interesse público é um pressuposto lógico do convívio social. Se não houvesse uma pauta voltada ao coletivo, a partir de determinados pressupostos orientados à regulação da comunidade, construídas por meio de regras jurídicas consolidadas, com vetores que apontam a pressupostos éticos, o tecido social se desintegraria.

Frise-se que ao se enunciar público e privado não se desconhece a tendência moderna de superar a dicotomia clássica presente no Estado Liberal de público e privado, onde se tem a publicização do privado e a privatização do público (CANOTILHO, 2001).

Fernando Garrido Falla (1994) já se ocupava da atividade administrativa de direito privado como sendo aquela decorrente da crise que se instaura quando o serviço público, não é mais somente aquele prestado pelo Estado, mas também passa a ser desempenhado por empresas privadas. Não existe mais a identificação do serviço público como aquele que é desempenhado exclusivamente pelo Poder Público.

A doutrina alemã cunhou a expressão "A fuga do direito administrativo" em direção ao direito privado (FLEINER FRITZ, *2004)*, que surge após a segunda guerra mundial na Europa, devido à crise fiscal que faz com que o Estado tenha que agir com eficiência, submetendo-se a preceitos do direito privado.

O Considerando nº 156 se ocupa do tratamento dos dados pessoais para fins de interesse público apontando para o princípio da minimização dos dados[29]. Daí se pode propugnar que o poder público brasileiro colete o mínimo necessário de dados para buscar o interesse público na atividade que realiza.

O objetivo de executar as competências legais decorre dos dispositivos constantes dos poderes aos quais possuem competências previstas na legislação em sentido amplo, aí entendido também a Constituição. Competência aqui entendida como o círculo estabelecido por lei dentro do qual podem os agentes exercer legitimamente sua atividade. Funda-se na necessidade de divisão do trabalho, ou seja, na utilidade de distribuição da intensa quantidade de tarefas decorrentes de cada uma das funções básicas (legislativa, administrativa ou jurisdicional) entre os vários agentes do Estado (CARVALHO FILHO, 2018).

Cumprir as atribuições legais do serviço público, pode-se compreender como as tarefas necessárias para concretização dos direitos prestacionais, previstos constitucionalmente (que aqui devem ser compreendidos de maneira mais ampla). Atualmente, é sabida a dificuldade de conceituar juridicamente serviço público (CONRADO, 2013), pois esta noção acompanha o desenvolvimento do Estado (COUTO E SILVA, 2002).

Assim, pode-se concluir que o princípio da finalidade pública deve ser observado pela administração pública, quer se trate de pessoa jurídica de direito público ou privado, já que integrante dos quadros públicos. Porém, haverá observância mais contundente ao atendimento de finalidade pública, interesse público e competências legais, quando se tratar de pessoas jurídicas de direito público.

Considerações finais.

O RGPD é fruto de uma evolução de cinco décadas e inspirou a LGPD. O regulamento europeu estatui o tratamento de dados de forma unívoca, sem distinguir arquivos de titularidade pública ou privada. Evoca somente conceitos como: finalidade e interesse públicos, autoridade pública e confidencialidade das autoridades nacionais. Já no Brasil, tem-se o desafio de implementar a cultura da proteção de dados, em uma realidade distinta da europeia.

A tensão entre público e privado é atualizado com a edição da lei protetiva dos dados frente ao acesso à informação pública, especialmente no art. 23, *caput*, da LGPD, que remete ao parágrafo único art.1º, da LAI. Em uma primeira leitura, parece contraditório proteger os dados pessoais e determinar o acesso à informação pública, e, ain-

---

29 Considerando nº 156: O tratamento de dados pessoais para fins de arquivo de interesse público, ou para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, deverá ficar sujeito à garantia adequada dos direitos e liberdades do titular dos dados nos termos do presente regulamento. Essas garantias deverão assegurar a existência de medidas técnicas e organizativas que assegurem, nomeadamente, o princípio da minimização dos dados (...) (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

da, excluir as pessoas jurídicas de direito privado, da referida proteção.

Deve-se observar um tratamento básico de proteção de dados pessoais relativo aos princípios constantes na lei, independente de se tratar de pessoa jurídica de direito público ou privado, em virtude do art. 3º, da LGPD. As pessoas jurídicas de direito privado terão peculiaridades, em virtude da posição desenvolvida em regime concorrencial, considerando o art. 24, da LGPD e o art. 173, §1º, da CF.

O direito à proteção de dados pessoais não se constitui em uma prerrogativa absoluta, pois deve ser considerado em sua função na sociedade, daí considerada a informação pública em rede. Apontam-se alguns critérios: valoração caso a caso da possibilidade de publicação, atendendo-se aos princípios da finalidade e da legitimidade, a efetiva possibilidade de o titular exercer o direito de oposição e a utilização das novas tecnologias em prol da proteção dos direitos fundamentais.

Somente devem ser permitidos o tratamento de dados, pela administração pública, com finalidade distinta daquela acordada no momento da coleta, quando a nova finalidade seja compatível com a inicial, pois há de ser considerado a expectativa razoável do titular dos dados. Relativo ao conceito de atendimento da finalidade pública, trata-se de conceito clássico e deve ser observado o interesse da coletividade. Na persecução do interesse público, impõe-se a coleta do mínimo de dados para realização da atividade administrativa. Referente ao objetivo de executar as competências legais, entende-se como aquelas previstas na legislação em sentido amplo, aí também entendida a CF.

O art.23, *caput*, da LGPD deve ser interpretado na busca de um diálogo harmonioso com o acesso à informação pública, já preconizado pelo art. 6º, incisos IV e VI, da LGPD. Neste sentido, destacam-se os importantes julgamentos efetuados pelo STF, em prol da transparência e da proteção de dados (ADPF nº 690/DF e ADI nº 6387), demonstrando que é possível conferir proteção constitucional a ambos, sem descuidar de um em detrimento do outro.

A respeito do tratamento dos dados, a administração pública, no exercício de suas competências deve fornecer informações claras, preferencialmente, nos sítios eletrônicos, resgatando-se a noção de transparência. O cidadão que tem os seus dados coletados pela Administração Pública, tem o direito de saber a respeito do fluxo do tratamento de seus dados. Para isso, quando a administração trata os dados, deve indicar um controlador e encarregado, como mínimo, a fim de garantir a comunicação entre o usuário e a entidade pública. Além disso, a garantia constitucional do Habeas Data deve ser revigorada, visando o fornecimento de informações nos bancos de dados públicos.

A Revolução tecnológica permite e exige uma Administração Pública mais transparente e respeitosa com os direitos fundamentais e, especialmente, com a proteção dos dados pessoais.

Referências

AGENCIA VASCA DE PROTECCIÓN DE DATOS. IV Encuentro de Agencias Autonómicas de Protección de Datos, Vitoria, 23 y 24 de octubre de 2007. Disponível em:<https://www.avpd.euskadi.eus/s04-20375/es/contenidos/evento/4_encuentro_apds/es_intro/presentacion.html>. Acesso em: 11 de julho de 2022.

ALESSI, Renato. *Sistema Instituzzionali del Diritto Italiano*. Milano: Giuffrè, 1960.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BIONI, Bruno. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. 2ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 de julho de 2022.

BRASIL. Lei nº 12.527, Lei de Acesso à Informação, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 13 de julho de 2022.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 29 de junho de 2022.

BRASIL. Lei nº 14.129, Lei do Governo Digital, de 29 de março de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14129.htm. Acesso em: 13 de julho de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade 6387, 15/12/2020. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165. Acesso em: 20 de julho de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). ARE 652777, TP, Relator Teori Zavascki, j. 23/04/2015, DJ 01/07/2015.

CANARIS, Wilhelm Claus. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org). Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 32ªed., São Paulo: Gen/Atlas, 2018.

CASTELLS, Manuel. *Comunicación y Poder*. Alianza Editorial: Madrid, 2009.

CONRADO, Regis da Silva. Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação. São Paulo: Saraiva, 2013.

COUTO E SILVA, Almiro. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público 'à brasileira'. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 230, out./dez.2002. p 45/74.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 31ª ed., São Paulo: Gen Forense, 2018.

DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da LGPD, In: MENDES, Laura [et al.] (org.). Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

FAORO, Raimundo. Os donos do poder: formação do patronato brasileiro. vol. II, 15ª ed. São Paulo: Globo, 2000.

FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *El derecho de acceso a los documentos administrativos*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

FLEINER FRITZ, *Institutionem des Verwaltungsrechts*. 8ªed., 1928. p. 326, *Apud*: MIR PUIGPELAT, Oriol. *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*. Madrid: Thomson Civitas, 2004.

FRANÇA. Lei nº 78/753 de 17 de julho de 1978, com alterações em 9/10/2016, dispõe sobre as diversas medidas para melhorar as relações entre a administração e o público e diversas disposições administrativas, sociais e fiscais. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGITEXT000006068643/. Acesso em: 11 de junho de 2022.

GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. vol. I. 12ªed. Madrid: Tecnos, 1994. *Grupo de Trabajo del Artículo 29, em su Dicctamen 3/99, relativo a Información del Sector Público y protección de datos personales, aprobado el 3/5/2003*.

GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 6ªed. Revisada e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

GUICHOT, Emilio. *Datos personales y administración pública*. Navarra: Thomson & Civitas, 2005.

HERNÁNDEZ CORCHETE, Juan Antonio. Transparencia en la información al interessado del tratamento de sus datos personales y en el ejercicio de sus derechos. In: PIÑAR MAÑAS, José Luis. *Reglamento General de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidade*. Madrid: Reus, 2016.

JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration:le droit Internationale privé postmoderne. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, Haye, Nijhoff*, 1995, II.

KARPOV, Kleber. Política Distrital. STF: Partidos contestam atos que restringem publicidade dos dados relativos à Covid-19. 08/06/2020. Disponível em: < https://www.politicadistrital.com.br/2020/06/08/stf-partidos-contestam-atos-que-restringiram-publicidade-dos-dados-relativos-a-covid-19/>. Acesso em: 25 de julho de 2022.

LIMBERGER, Têmis. Cibertransparência: informação pública em rede – a virtualidade e suas repercussões na realidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 17ªed., 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito Regulatório. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PIÑAR MAÑAS [et al.]. *El derecho a a protección de datos em la jurisprudência del Tribunal de Justicia de la Unión Europeia*. Ed la Ley: Madrid, 2018.

PIÑAR MAÑAS, José Luis. *Administración Electrónica y Ciudadanos*. CIVITAS: Pamplona, 2011.

PIÑAR MAÑAS, *Transparencia y protección de datos. Una referencia de la Ley Española 19/2013 de transparência, acceso a la información y buen gobierno.* In: SARLET, Ingo Wolfang [et al.]. Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2016.

PORTUGAL. Lei nº 26/2016 de 22 de agosto de 2016. Regula o acesso à informação administrativa e ambiental. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2591&tabela=leis&ficha=1. Acesso em: 11 de junho de 2022.

PUENT ESCOBAR, Augustín. *Principios y licitude del tratamento*, p. 115/168. In: RALLO LOMBARTE, Artemi. *Tratado de Protección de Datos*. Valência: Tirant to Blanc, 2019.

REDE INTERAGENCIAL DE INFORMAÇÕES PARA SAÚDE (RIPSA). Disponível em: http://www.ripsa.org.br. Acesso em: 08 de junho de 2022.

REINO UNIDO. Lei do Reino Unido - *The Freedom of Information Act* 2000 (FOIA). Disponível em: Https://ico.org.uk. Acesso em: 07 de julho de 2022.

SARLET, Ingo. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dado. In: MENDES, Laura [et al.] (org.). Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SOLOVE, Daniel J. *The Digital Person. Technology and Privacy in the Information Age, New York University Press*, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TASSO, Fernando Antonio. Do tratamento de dados pessoais pelo Poder Público. In: LGPD Comentada, Org. Viviane Nóbrega Maldonado e Renato Ópice Blum, 3ªed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

UNIÃO EUROPEIA. CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA, 2016/C, 364/01. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 11 de junho de 2022.

UNIÃO EUROPEIA. REGULAMENTO (CE) nº 1049 de 30 de maio de 2001. Relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001R1049&from=en. Acesso em: 11 junho de 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. RGPD. Disponível em: < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&qid=1641507736183&from=EN >. Acesso em: 06 de junho de 2022.

URUGUAI. Convenio 108+. Disponível em: <https://blog.cuatrocasas.com/propriedad-intelectual/convenio-108-datos/>. Acesso em: 29 de junho de 2022.

VILLAVERDE MENÉZES, Ignácio. *Estado democrático e información: El derecho a ser informado y La Constitución Española de 1978*. Junta General del Principado de Asturias: Oviedo, 1994.

WIMMER, Miriam. O regime jurídico do tratamento de dados pessoais pelo poder público. In: MENDES, Laura [et al.] (org.). Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Capítulo 19

PERCURSOS PARA INOVAR A TEORIA GERAL DAS FONTES DO DIREITO:

Modelos de autorregulação regulada para as nanotecnologias, sandbox regulatório e princípios.

Wilson Engelmann

PERCURSOS PARA INOVAR A TEORIA GERAL DAS FONTES DO DIREITO: modelos de autorregulação regulada para as nanotecnologias, sandbox regulatório e princípios[1]

Wilson Engelmann[2]

O ser humano é movido pela curiosidade e inovação. Se podendo dizer que ele tem um "fascínio pela criatividade" (FARIA COSTA, 2005). O conjunto de tecnologias que tem sido desenvolvido pelo ser humano a partir da mobilização dessas suas características evidencia algo extraordinário: não se tem mais os impactos de uma tecnologia, mas se observa, cada vez mais, uma convergência de diversas tecnologias: a inteligência artificial, a robótica, a fabricação de aditivos, a impressão multidimensional, as

1 Este trabalho é o resultado parcial das pesquisas realizadas pelo autor no âmbito dos seguintes projetos de pesquisa: a) Chamada CNPq n. 09/2020 - Bolsas de Produtividade em Pesquisa - PQ, projeto intitulado: "Percursos para ressignificar a Teoria Geral das Fontes do Direito: o *Sandbox regulatório* como um elemento estruturante da comunicação reticular entre o Direito e as nanotecnologias"; b) "Sistema do Direito, novas tecnologias, globalização e o constitucionalismo contemporâneo: desafios e perspectivas", Edital FAPERGS/CAPES 06/2018 - Programa de Internacionalização da Pós-Graduação no RS. Este trabalho também está vinculado às pesquisas realizadas pelo autor nos seguintes Centros Internacionais de Investigação: CEDIS - Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade, da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Portugal; do Instituto Jurídico Portucalense, da Universidade Portucalense, cidade do Porto, Portugal; e do CEAD - Centro Francisco Suárez - Centro de Estudos Avançados em Direito da Universidade Lusófona de Lisboa, Portugal.

2 Doutor e Mestre em Direito Público, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, Brasil; realizou Estágio de Pós-Doutorado em Direito Público-Direitos Humanos, no Centro de Estudios de Seguridad (CESEG) da Universidade de Santiago de Compostela, Espanha; Professor e Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado e do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios, ambos da UNISINOS; Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq; Líder do Grupo de Pesquisa JUSNANO; e-mail: wengelmann@unisinos.br; ORCID: https://orcid.org/0000-0002-0012-3559.

nanotecnologias, a internet das coisas, a biotecnologia, a neurotecnologia, realidades virtual e aumentada, o metaverso, a geoengenharia e as tecnologias espaciais, dentre outras. Com esse conjunto de inovações tecnológicas se abrem múltiplas possibilidades para o ser humano recriar o mundo, sem esquecer que também se poderá remodelar a própria vida humana.

Tais avanços científico-tecnológicos trazem também um considerável número de impactos, dentre eles os riscos, muitos dos quais ainda pouco ou nada conhecidos. Se tem um efetivo desconhecimento do que se pode e do que não se deveria fazer por meio dessas tecnologias. A própria Ciência, que em suas estruturas clássicas sempre dava certeza sobre os resultados, não está mais assentada sobre tal premissa. A construção da Ciência atual também se movimente sob novos pressupostos: a incerteza sobre os efeitos que os referidos avanços poderão gerar em relação ao próprio ser humano e quais os impactos que serão provocados no meio ambiente. Se vive um momento temporal de dúvidas sobre o presente e o futuro do ser humano neste Planeta Terra.

Neste artigo se destacarão as nanotecnologias, que têm diversas definições, mas sempre vinculadas à dimensão de medida da nano escala, ou seja, 1 nm (nanometro) equivale à bilionésima parte de um metro. Se sublinha a preocupação da Comissão Europeia, que havia estabelecido uma definição inicial em 2011. No entanto, no dia 10 de junho de 2022, a Comissão Europeia publicou uma recomendação, revisando aquela definição sobre nanomaterial, ao considerá-lo um material natural, incidental ou manufaturado constituído por partículas sólidas que estão presentes, isoladas ou como partículas constituintes identificáveis em agregados ou aglomerados, e em que 50% ou mais dessas partículas no tamanho baseado em número distribuição atendem a pelo menos uma das seguintes condições: a) uma ou mais dimensões externas da partícula estão na faixa de tamanho de 1 nm a 100 nm; b) a partícula que tem uma forma alongada, como uma haste, fibra ou tubo, onde duas dimensões externas são menores que 1 nm e a outra dimensão é maior que 100 nm; c) a partícula que tem uma forma semelhante a uma placa, onde uma dimensão externa é menor que 1 nm e as outras dimensões são maiores que 100 nm (COMISSÃO EUROPEIA, 2022). Essas características definitórias guiarão as iniciativas regulatórias na União Europeia e servirão de inspiração para outros países, como pode ser o caso do Brasil. Essa recomendação de 2022 foi o resultado de consecutivos estudos e publicações, que foram realizadas entre os anos de 2014 e 2022 (COMISSÃO EUROPEIA, 2022). Se observa uma preocupação em incorporar os avanços das pesquisas científicas nos documentos que norteiam a investigação, produção e comercialização de produtos a partir de nanomateriais. Essa nova recomendação, que é uma espécie do gênero regulação, mas sem a intervenção do Poder Legislativo e com a participação de diversas partes interessadas

na construção de modelos que possam efetivamente normatizar os avanços das nanotecnologias.[3]

Ao lado desses desafios, parece mais evidente a falta de sincronia entre o "tempo da tecnologia" e o "tempo do Direito". Tradicionalmente, o Direito e as estruturas regulatórias sempre andavam atrás dos fatos sociais. Se tinha esse posicionamento como algo vinculado à tradição: primeiro deveria se ter a concretização dos elementos estruturantes dos fatos; na sequência, e apenas a partir desse momento, o Direito poderia definir a arquitetura jurídica. Serve como exemplo a respeitada Teoria do Fato Jurídico e a Teoria do Suporte Fático, projetada por Pontes de Miranda (ENGELMANN, 2010). No seu *design*, o fato da vida deveria estar planejado e desenhado com detalhes no arcabouço normativo criado pelo Poder Legislativo, em sua grande maioria, pois se aceitavam fonte secundárias. Esse "modelo regulatório" esperaria que o ser humano ou um conjunto deles, na sua vida em sociedade, preenchesse os elementos do *design* depositado na norma, permitindo-se, então, um maravilhoso movimento de "juridicização do fato pela norma", quando se observaria o nascimento do fato jurídico. Provavelmente, a vida no início do Século XX se encaixava nesse planejamento perfeito e infalível, segundo o próprio Pontes de Miranda. Foi genial essa construção no âmbito do Direito.

No entanto, dada a inquietude do ser humano, motivada pela sua criatividade peculiar, essa rotina de incidência da norma sobre o fato logo foi "atrapalhada" pela emergência das chamadas "novas tecnologias", acima referidas e muitas das quais não são mais novas, mas tecnologias que já se ultrapassaram e se ressignificaram. Uma teoria, por mais importante que seja, sempre está marcada pela temporalidade e características próprias da sua criação. Com as referidas teorias não foi diferente. Desde a irradiação dos primeiros efeitos dessas "novas tecnologias", a Teoria do Suporte Fática já não conseguia mais promover a transformação do "fato social" em "fato jurídico" sem algumas dificuldades. Nem mesmo o exercício meritório de atualização dessas teorias conseguiu atribuir-lhe mais vida. Talvez se pudesse ter conseguido tal objetivo com a valorização dos princípios. Entretanto, nem eles haviam sido forjados na época da estruturação das mencionadas teorias. A sua renovação se deu principalmente, no

---

3 Uma face dos avanços no campo das nanotecnologias é a criação dos chamados "nanomateriais inteligentes", que podem ser categorizados de diferentes maneiras, a partir de cinco categorias de nanoestruturas ativas com base em sua estrutura ou função: a) acionadas remotamente (o princípio ativo é acelerado ou detectado remotamente); b) responsivo ao meio ambiente (sensível a estímulos como pH, temperatura, luz, oxidação-redução, certos produtos químicos e outros); c) miniaturizado (uma redução conceitual de dispositivos e tecnologias maiores para a nanoescala); d) híbrido (envolvendo combinações incomuns (biótico-abiótico, orgânico-inorgânico) de materiais); e d) transformado (estruturas que mudam irreversivelmente durante algum estágio de seu uso ou vida). (GOTTARDO; MECH; DRBOHLAVOVÁ *et al*, 2021).

Brasil, a partir da Constituição do Brasil de 1988, trazendo as concepções trabalhadas por Robert Alexy, no Sistema Jurídico Romano-Germânico, e por Ronald Dworkin, no Sistema Jurídico Anglo-Saxão (ENGELMANN, 2001; ATIENZA, 2020; ATIENZA, 2019). Portanto, a atualização pretendida para as propostas de Pontes de Miranda não poderia ter se inspirada nessa concepção, onde os princípios, são uma categoria de "norma jurídica", ao lado das regras. Na época da elaboração da Teoria do Fato Jurídico e da Teoria do suporte fático se trabalhava com a noção dos "princípios gerais do Direito", que ainda se encontram no art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

O que se observa no panorama do desenvolvimento das nanotecnologias pode ser assim estruturado: por um lado, ainda persiste a crença de que a melhor forma de regulação é a criação de regras, com a intervenção direta do Poder Legislativo. No entanto, o processo legislativo, nos moldes estruturantes ainda hoje vigentes, foi concebido há, pelo menos, dois séculos. Nessa época certamente a vida em sociedade estava em sintonia com a processualística legislativa. Entretanto, com o desenvolvimento das referidas tecnologias, dentre as quais se destacam as nanotecnologias, o processo legislativo que se desenvolve ao longo de vários anos para se ter uma lei, parece não ser mais viável. Ao final do processo, se terá uma lei, mas que estará defasada, dados os diversos movimentos renovatórios que a tecnologia regrada já operou, modificando o cenário fático onde deverá ser aplicada. Para dar conta desse contexto, se deverá aceitar que o processo legislativo servirá para determinadas matérias, mas não às "novas" tecnologias, acima mencionadas. Para essas, se deverá desenvolver modelos mais ágeis e flexíveis, que possam se adaptar mais rapidamente, a fim de assegurarem a sua eficácia em relação aos riscos e possibilidades que poderão gerar. Não se trata de ignorar o processo legislativo, mas delimitar a sua atuação. A regulação das "novas" tecnologias deverá ser desenhada a partir da atividade da chamada "Ciência Regulatória"[4], contando com a participação de um grupo diversificado de partes interessadas e co-

4 A estrutura da chamada Ciência Regulatória contempla: o "[...] desenvolvimento de novas ferramentas, padrões e abordagens que avaliem de forma eficiente e consistente a segurança, eficácia, qualidade e desempenho dos produtos" (HALAMODA-KENZAOUI; GEERTSMA; POUW, 2022). "[...] Os dados decorrentes da pesquisa científica regulatória apoiam a educação e o compartilhamento das melhores práticas identificadas por meio de orientação com pares nacionais e internacionais, através da tomada de decisões regulatórias, desenvolvimento de documentos de orientação cientificamente sólidos, decisões de revisão e autorização de comercialização, regulamentos, recomendações ao consumidor, rotulagem [...]" (FDA, 2021; HAMBURG, 2011). Como não se tem essa iniciativa no Brasil, se projeta essa abordagem científica da regulação no âmbito do Sandbox ou Living Lab regulatório, que são considerados como sinônimos, a partir da participação de partes interessadas vinculadas à academia, indústria e órgãos reguladores convencionais, a fim de auxiliarem no desenho dos modelos de autorregulação regulada.

nhecedoras da tecnologia a ser normatizada. Paralelamente, se deverá revigorar as fontes do Direito, que integram um dos capítulos da Teoria Geral do Direito, aproveitando-se a sua pluralidade para a geração de efeitos jurídicos, que sejam temporalmente eficientes e conteudisticamente pertinentes para aquele momento em que a tecnologia se encontra. Portanto, se deverá estabelecer as bases do chamado "Ambiente Regulatório"[5], onde se fomente o diálogo entre as fontes do Direito, a participação das partes interessadas na matéria tecnológica a ser regulada e com a possibilidade de se fazer testes regulatórios em ambiente reais, ou seja, no Sandbox Regulatório ou no Living Lab.

No tocante ao "Sandbox Regulatório" se pretende ultrapassar o conceito instituído, por exemplo, pela Lei Complementar n. 182, de 01 de junho de 2021:

> [...] II - ambiente regulatório experimental (*sandbox regulatório*): conjunto de condições especiais simplificadas para que as pessoas jurídicas participantes possam receber autorização temporária dos órgãos ou das entidades com competência de regulamentação setorial para desenvolver modelos de negócios inovadores e testar técnicas e tecnologias experimentais, mediante o cumprimento de critérios e de limites previamente estabelecidos pelo órgão ou entidade reguladora e por meio de procedimento facilitado. [...]. (BRASIL, 2021).

Se pretende construir esse "ambiente regulatório experimental", mas a partir de pesquisas no mundo real, sem uma vinculação a órgãos ou entidades reguladoras. A partir da pesquisa científica na área jurídica será estruturado o "Sandbox regulatório", com da Universidade, no caso, a UNISINOS, no contexto do seu Pólo Tecnológico. O modelo de "Sandbox regulatório" se equipara à estrutura do "Living Lab", optando-se por considerá-los sinônimos, pois ambos representam "regiões físicas ou realidades virtuais nas quais as partes interessadas formam parcerias público-privadas entre empresas, órgãos públicos, universidades, institutos e usuários, todos colaborando para a criação, prototipagem, validação e teste de novas tecnologias, serviços, produtos e sistemas em contextos da vida real". A partir dessa concepção sobre o Sandbox regulatório, se observa que existem possibilidades para ampliar a sua utilização, especialmente em contextos de tecnologias inovadoras e ainda não reguladas, ao menos por

---

5 Na configuração do "ambiente regulatório", se adotam os elementos fundantes desenvolvidos por Roger Brownsword (exemplificativamente: BROWNSWORD, 2022; BROWNSWORD; SOMSEN, 2021; BROWNSWORD, 2019), mas com a adição de novos elementos: se considera o espaço real - aqui entendido aquilo que é viabilizado pelo Sandbox regulatório ou o Living Lab regulatório - onde as partes interessadas na normatização das nanotecnologias convergem os seus interesses e colaboram no desenvolvimento de arquiteturas permeadas pelos princípios e outras fontes do Direito, a fim de promover a construção e a prática de modelos de autorregulação regulada.

meio do processo legislativo convencional. Dessa forma, desde o conceito legalmente estabelecido para o Sandbox regulatório, se desenvolvem as suas estruturas para possibilitar a testagem de modelos regulatórios, desenhados a partir dos princípios e outras fontes do Direito, sejam consideradas no Direito Brasileiro ou trazidas de atores normativos estrangeiros, como os organismos de normalização, tal como a ISO, e as iniciativas normatizadoras já estruturadas na União Europeia, agências reguladoras norte-americanas (ENGELMANN; HOHENDORFF, 2021). Com suporte nesse alargamento do conceito de "Sandbox regulatório" se entende que se tem conexões de semelhanças com a estruturação dos chamados "Living Labs".

Os "Living Labs", como laboratórios vivos, representam detecção, prototipagem, validação e refinamento de soluções complexas em vários ambientes da vida real, sendo adequados para desenvolver, co-criar, validar e testar tecnologias (ENGELMANN; SILVA, 2021; ENGELMANN, 2021). A essas características convencionais, se pretende atribuir mais elementos estruturantes: paralelamente ou mesmo individualmente, os "Living Labs" também poderão servir para se testar modelos regulatórios desenhados a partir de princípios e outras fontes do Direito. Essa possibilidade se abre especialmente para as nanotecnologias, considerando a ausência de marco regulatório tradicional. Portanto, não se deverão prender a perspectivas e metodologias legalmente projetadas. A pesquisa está avançando nesse conceito, abrindo-se o jurídico para o *design* de modelos construídos no contexto da pesquisa jurídica e levadas a testagem em ambientes reais, onde as empresas de base nanotecnológica realizam as suas atividades, iniciando pela pesquisa e avançando para a indústria e também para o âmbito consumerista, tentando fornecer elementos regulatórios principiologicamente estruturados e vinculados a outras fontes do Direito, conectando em redes as fontes do Direito nacional com as fontes produzidas em outros países, organizações e órgãos regulatórios. Se pensa em um espaço real onde seja possível projetar, explorar, experimentar e refinar propostas criativas e inovadoras de regulações em ambientes da vida real. É importante ressaltar que os laboratórios vivos são "facilitados" em vez de "gerenciados", porque não assumem nenhuma autoridade sobre os participantes individuais e são considerados uma atividade sistêmica contínua (adaptado a partir de LEMINEN; NYSTRÖM; WESTERLUND; KORTELAINEN, 2016). Destarte, o "Sandbox regulatório" e o "Living Lab regulatório" aqui são tomados como sinônimos, na medida em que representam espaços reais onde se podem testar iniciativas criativas de modelos regulatórios não estatais, direcionados a preencher a lacuna ainda persistente de regulação das nanotecnologias. O que se precisará aprofundar é a metodologia para o desenvolvimento desses espaços, que são verdadeiros ambientes para o desenvolvimento da "Ciência regulatória".

Qual a justificativa para se pensar nessa caminhada investigatória, procurando avançar com a tarefa regulatória para além do Estado e do Poder Legislativo, ingres-

sando em contextos privados e com a participação direta de múltiplos atores regulatórios interessados? É preciso inovar as estruturas tradicionais da construção do Direito: a sua produção, na esfera legislativa, ocorre em condições abstratas e fortemente afastadas dos movimentos e transformações sociais, destacadamente aqueles que ocorrem durante o processo legislativo. A tramitação do projeto de lei não interage com a sociedade e sua pluralidade de atores, gerando, em alguns casos, um texto legal totalmente em desconformidade com os avanços sócio-tecnológicos da matéria, a partir do momento em que o texto é publicado e iniciada a sua vigência. Essa percepção tardia da falta de sintonia entre o legislado e o fato a ser albergado juridicamente gera diversas consequências e custos socioeconômicos, pois a "lei é lei" e deve ser observada enquanto não se tenha uma nova lei, revogando aquele texto. Por isso, será necessário investigar perspectivas regulatórias flexíveis, a partir do chamado "experimentalismo jurídico" (CAMPOS; GRINGS, 2022). Sob essa expressão se posicionam o "Sandbox regulatório" e o "Living Lab regulatório", que são espaços reais próprios para se testar modelos normativos para as novas tecnologias. Portanto, são espaços que permitem avançar a arquitetura normativa, pois mesclam o abstrato com o concreto, característica que não se vislumbra no processo legislativo convencional.

Caminhando para as características internas dos espaços científicos reais para o desenvolvimento de estruturas regulatórias mais alinhadas com os elementos que integram as novas tecnologias, como é o caso das nanotecnologias, se podem observar: para avançar em direção à governança ágil/adaptativa, os reguladores precisam fazer a transição de uma função reativa para uma mais proativa. Aqui ingressa a questão relativa ao "tempo do Direito": tradicionalmente o Direito legislado aguarda a ocorrência do fato para criar uma estrutura legal (CASHORE; KNUDSEN; MOON; VEN, 2021). A pesquisa realizada no contexto do Grupo de Pesquisa JUSNANO, desde 2008, vem mostrando a necessidade de deslocamentos temporais, especialmente para que o Direito acompanhe o desenvolvimento da tecnologia, desde o laboratório, a fim de aprender continuamente, projetando modelos regulatórios flexíveis, mas ajustados às características e estágios que determinada tecnologia apresenta naquele momento. Com isso, se busca harmonizar o "tempo da tecnologia" com o "tempo do Direito". Não cabe mais "aguardar" a integralização do fato para que se inicie o processo de regulação. Se observa que a melhor fórmula seja a criação de "regulações temporárias", buscando, como objetivo geral, a arquitetura da melhor regulação possível para aquele estágio de desenvolvimento da tecnologia (BAR-SIMAN-TOV, 2018), ao invés de uma regulação mais definitiva, como é o caso da formulação de regras.

Isso requer uma "mudança cultural", uma "mudança organizacional", onde pensar apenas em conformidade com a regulação via regras não é suficiente, pois essa modalidade de regulação nem sempre cobre todos os aspectos da segurança das inova-

ções. Os reguladores devem agir proativamente e em tempo hábil e se envolver com inovadores e formuladores de políticas que trabalham em inovações, construindo um "ambiente regulatório" no contexto de um laboratório real para testar, observar, fazer modificações, experienciar novamente e voltar à aplicação das estruturas normativas. Esses são os movimentos de constante revisão dos modelos referidos neste texto, atualizando-os com as inovações das nanotecnologias, por meio da participação dos diversos atores interessados, desde a academia até o consumo. É necessária uma colaboração mais estreita entre a academia, a indústria, as autoridades reguladoras - públicas e privadas - e outras partes interessadas, dentro de uma estrutura geral de inovação segura geralmente aceita para garantir a disseminação do conhecimento. A indústria e os reguladores podem interagir para reduzir a incerteza associada aos nanomateriais e produtos nano-habilitados e ter produtos inerentemente mais seguros e sustentáveis (SOETEMAN-HERNÁNDEZ; SUTCLIFFE; SLUIJTERS *et al*, 2021).

A governança de modelos regulatórios flexíveis e ágeis também se inserem no panorama de justificativa para a operação de mudanças na construção dos efeitos jurídicos para os desafios e novidades gerados pelo acesso humano nas novidades da escala nanométrica (OECD, 2021). Para além da estruturação de arquiteturas regulatórias inovadoras, também se mostra fundamental trazer para o contexto normativo todas as partes interessadas no movimento do avanço seguro e regulado das nanotecnologias. Portanto, os progressos já realizados e aqueles ainda projetados da "Quarta Revolução Industrial" (SCHWAB; DAVIS, 2018) exigem uma abordagem mais rápida e ágil para "governar tecnologias emergentes", baseado em modelos regulatórios e de negócios e estruturas de interação social inéditas que eles possibilitam (WEF, 2020). No Brasil, se observa uma tendência de regular o tema das nanotecnologias por meio do processo legislativo. Nesse contexto, se destaca a existência de dois projetos de lei em tramitação: a) Projeto de Lei n.880, de 2019: "Institui o Marco Legal da Nanotecnologia e Materiais Avançados; dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação nanotecnológica; altera as Leis nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, e nº 8.666, de 21 de junho de 1993; e dá outras providências". Esse projeto de lei ficou sem movimentação desde 19 de fevereiro de 2020 até o dia 12 de abril de 2022, na CCT - Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática, quando foi nomeado relator (BRASIL, 2022); b) Projeto de Lei Complementar n. 23, de 2019: "Altera a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 a fim de incentivar a pesquisa e desenvolvimento da Nanotecnologia no Brasil." Esse projeto de lei está, desde o dia 13 de março de 2019, na CCT - Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática, com o relator para emitir parecer (BRASIL, 2019). Considerando-se meritório o conteúdo dos dois projetos, o que chama a atenção é a demora na tramitação do processo legislativo. Se trata

de matéria que avança rapidamente, com um procedimento constante de remodelação da própria tecnologia e as etapas do processo de criação de cada lei parece que estão totalmente alheias a essa nova característica, que é própria da convergência tecnológica inserida no conjunto da Quarta Revolução Industrial. Essa é uma evidência de que uma regulação baseada em regras é inadequada para a criação de marco regulatório que procura suspender a realidade - o fenômeno - que gera os referidos projetos de lei. Na vida real, essa suspensão não ocorre, gerando indicativos de que se um dos projetos ou ambos efetivamente vierem a avançar para a concretização em textos legais, não conseguirão atender às novas características que a tecnologia regulada desenvolveu durante a tramitação legislativa. Com isso, se tem a maior evidência do descompasso entre o "tempo do Direito e da lei" e o "tempo do avanço das tecnologias", sublinhando, também, a incompatibilidade do sistema da governança normativo-regulatório baseado em regras. A governança baseada em regras, como um sistema em si, não é ágil ou flexível o suficiente para acompanhar o ritmo acelerado da inovação tecnológica (conforme destacam: VISSER; GOSENS; BARD *et al*, 2022). Portanto, esse sistema acabará perdendo sua eficácia ou função social, conforme se observa na tramitação dos citados projetos de lei sobre nanotecnologias. Esse sistema ignora, em muitos momentos, que "[...] o Direito é uma *disciplina dinâmica*. Uma disciplina que sabe estar no seu tempo e responder aos desafios que ele lhe coloca" (FARIA COSTA; OLIVEIRA MOURA, 2021. O grifo está no original). Outro aspecto a ser destacado e que gera a dificuldade da regulação tradicional legislativa: a grande quantidade de diferentes nanopartículas já criadas pela atuação do ser humano, além daquelas geradas a partir das características dessas partículas, que vão se agrupando e formando novas partículas nano escalares. Portanto, qualquer iniciativa regulatória deveria enfrentar essa diversidade das partículas, incluindo os movimentos aglutinadores que elas operam a partir do momento em que entram em contato com o ser humano e as interações com o meio ambiente. Com isso, estudos que possibilitem o agrupamento de nanopartículas, buscando viabilizar iniciativas regulatórias, é uma atividade em que o conhecimento científico qualificado poderá contribuir (JELIAZKOVA; BLEEKER; CROSS *et al*, 2022).

A partir dessas constatações se abrem espaços para o uso criativo da chamada "regulação pró-ativa", com a atribuição de autoridade discricionária para os reguladores - aqui entendidos como o conjunto das chamadas "partes interessadas", que iniciam nos laboratórios, passando pela indústria, chegando até os consumidores e demais profissionais voltados ao desenvolvimento seguro e sustentável das nanotecnologias. Esse movimento auxilia na construção de normas abertas baseadas em princípios, gerando a possibilidade de usar um "julgamento profissional" e o uso da confiança, sustentada em um processo sólido e responsável de inovação, transparência, compartilhamento de informações e conhecimento, além do uso da avaliação de risco na prioriza-

ção da atividade reguladora (PEIJNENBURG; OOMEN; SOETEMAN-HERNÁNDEZ *et al*., 2021).

Esses elementos juntos podem suportar a modificação da estrutura baseada em regras em uma governança "baseada em metas ou em princípios". A mudança aqui destacada, abre espaço para o desenvolvimento de modelos de autorregulação regulada a serem testados em laboratórios reais, como o "Sandbox regulatório" ou "Living Lab regulatório". A indústria, como parte integrante desse laboratório, no contexto do denominado "ambiente regulatório", assume a responsabilidade de interpretar as metas da estrutura de governança e os regulamentos que estão alinhados com ela, a partir do diálogo entre princípios e outras fontes do Direito, gerando a chamada "regulação baseada em princípios" (BLACK, 2008). A categoria conceitual da pesquisa "autorregulação regulada", representa uma conjugação de objetivos públicos e privados: as partes interessadas na regulação das nanotecnologias, que integram o "ambiente regulatório", organizam os modelos fundados em princípios e outras fontes do Direito. A partir desse movimento de autorregulação se acrescentam os elementos externos ao ambiente, ou seja, que garantem o fundamento de legitimidade à iniciativa: aqui se pensam nos guias dados pelos direitos fundamentais - em um contexto de primeiro nível ou interno do ambiente, tal como Canaris (2016) enfatiza os chamados "imperativos de tutela de direitos fundamentais: que podem, muitas vezes, representar simultaneamente as intervenções nos direitos fundamentais de uma parte e garantias de proteção dos direitos fundamentais de outra" (p. 34). A partir da prática do princípio da proporcionalidade - desdobrado em três níveis, a saber: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito - a mediação entre a ausência e o excesso se opera por meio da proibição de condutas, a segurança jurídica e medidas para evitar riscos. Todos esses elementos estruturantes são perfeitamente alinhados com as iniciativas autorregulatórias reguladas das nanotecnologias. O segundo nível da regulação dos modelos autorregulatórios, em uma perspectiva externa, são estruturados nas questões atinentes aos direitos humanos, aqui pensados a partir da doutrina de John Gerard Ruggie (RUGGIE, 2018; ENGELMANN, 2018; SCHWAB, 2018, Capítulo 3 e Suplemento Especial, p. 65-88). A conjugação normativa assim caracterizada pode ser denominada como a "constitucionalização da autorregulação" (BLACK, 2011; BLACK, 2021).

Portanto, no entrelaçamento desses dois degraus da autorregulação regulada se orienta uma governança baseada em metas ou princípios, que é vista como mais flexível, incentivando a experimentação e abordagens alternativas de conformidade (CASHORE; KNUDSEN; MOON; VEN, 2021). Essa estrutura metodológica exige que as partes interessadas na regulação das nanotecnologias se preocupem com o presente e o futuro, especialmente as consequências das ações, a gestão dos riscos, que ainda não estão bem conhecidos (conforme alerta dado por: JELIAZKOVA; BLEEKER;

CROSS *et al*, 2022). A questão relativa aos riscos inerentes às novas tecnologias, e aqui com destaque para as nanotecnologias, exigirá também uma "abordagem regulatória baseada em riscos", como um "ingrediente" adicional a ser considerado nos modelos de autorregulação regulada, merecendo a atenção nas estratégias de governança nos laboratórios reais (BLACK; BALDWIN, 2010; KAAL, 2016).

A mudança na construção das estruturas regulatórias e as possibilidades de se trabalhar em laboratórios reais de testagem desses modelos procura enfrentar algumas das adversidades de regular as nanotecnologias: a) dificuldades para acompanhar o ritmo em que surgem novas ideias, produtos e modelos de negócios (o "problema do ritmo"); b) a capacidade para responder a inovações cujas implicações estão parcialmente fora de sua jurisdição setorial ou geográfica de regulação, exigindo coordenação com outros (o "problema de coordenação"); c) as partes interessadas que estarão operando em um laboratório real de testagem de modelos não legislativos precisarão enfrentar os impasses emergentes, dada a novidade dos movimentos propostos, para atribuir a responsabilidade pelo gerenciamento de riscos a diferentes atores em ambientes dinâmicos e complexos (o "problema da responsabilidade") (WEF, 2020).

As questões acima trazidas apontam fragilidades da regulação legislativa convencional e que deverão servir como guias para propostas normativas mais flexíveis e inovadoras. Os modelos de autorregulação regulada e a estrutura de laboratórios reais para a sua testagem também apresentam pontos de atenção, pois também não são perfeitos: será preciso aprofundar mais a concepção metodológica da arquitetura das regulações não legislativas, como a organização, funcionamento, ou seja, a governança que se deverá aprofundar ao longo do funcionamento de um Sandbox ou de um Living Lab, na sua versão regulatória. Nesse particular, se abrem possibilidades para a utilização do *design* estruturante para cada etapa do laboratório e a metodologia que servirá para conectar os princípios e outras fontes do Direito na concepção dos modelos de autorregulação regulada. O desenho deficiente desses modelos regulatórios experimentais e estruturação dos laboratórios reais poderão gerar os seguintes efeitos adversos: a) a validade interna dos regimes normativos experimentais pode ser limitada, dada a falta de clareza sobre os resultados verificados, ou seja, se eles são o resultado direto da intervenção experimental ou se ele decorre de outras circunstâncias. Será preciso controlar as "variáveis" dessas criações jurídicas; b) a validade externa dos regimes jurídicos experimentais também poderá ser limitada, aspecto que impedirá a generalização do experimento; c) os regimes jurídicos experimentais que não são cientificamente sólidos. Por isso, poderão contribuir de forma limitada para o avanço da regulação baseada em evidências e para a racionalização da regulação em uma perspectiva mais ampla; d) as deficiências metodológicas podem resultar na violação de princípios legais, próprios das regulações experimentais, especialmente pela necessi-

dade de seguirem padrões objetivos, transparentes e previsíveis (RANCHORDÁS, 2021; BLACK, 2008). De qualquer modo, e essa é a vantagem que os modelos experimentais apresentam sobre o modelo regulatório-legislativo estatal, pois aqueles representam "o tipo de experiência científica em que alguma mudança é deliberadamente provocada, e seu resultado observado, registrado e interpretado com um objetivo cognitivo" (DOMÉNECH-PASCUAL, 2021, p.1). Os experimentos são o melhor método disponível para fazer inferências causais, exigindo, ainda, uma ferramenta metodológica a ser desenvolvida. A mera observação geralmente fornece apenas correlações. Como o observador não controla a realidade em estudo, ele nunca pode ter certeza de que os fenômenos observados foram causados por algumas variáveis e não por outras que escapam ao seu controle (DOMÉNECH-PASCUAL, 2021). Portanto, aqui se apresentam alguns elementos do futuro percurso da pesquisa, que se direcionará para a arquitetura normativa e também à modelagem do laboratório real de testagem.

Referências

ATIENZA, Manuel. *Una apología del derecho y otros ensayos*. Madrid: Editorial Trotta, 2020.

ATIENZA, Manuel. *Comentarios e incitaciones*: una defensa del postpositivismo jurídico. Madrid: Editorial Trotta, 2019.

BAR-SIMAN-TOV, Ittai. Temporary legislation, better regulation, and experimentalist governance: an empirical study. *Regulation & Governance*, v. 12, p. 192-219, 2018.

BLACK, Julia; BALDWIN, Robert. Really responsive risk-based regulation. *Law & Policy,* v. 32, n. 2, April 2010.

BLACK, Julia. Constitutionalising regulatory governance systems. *LSE Law, Society and Economy Working Papers 02/2021*. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=3813812. Acesso em 29 jun. 2022.

BLACK, Julia. Constitutionalising self-regulation. *The Modern Law Review*, v. 59, p. 24-55, January 2011.

BLACK, Julia. Forms and paradoxes of Principles Basead Regulation. *LSE Law, Society and Economy Working Papers 13/2008*. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=1267722. Acesso em 29 jun. 2022.

BRASIL. Lei Complementar n. 182, de 01 de junho de021. Institui o marco legal das startups e do empreendedorismo inovador; e altera a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em: http:/www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp182.htm. Acesso em 23 jun. 2022.

BRASIL. 2022. Projeto de Lei n. 880, de 2019. Institui o Marco Legal da Nanotecnologia e Materiais Avançados; dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação nanotecnológica; altera as Leis nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, e nº 8.666, de 21 de junho de 1993; e dá outras providências. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135353. Acesso em 28 jun. 2022.

BRASIL. 2019. Projeto de Lei Complementar n. 23, de 2019. Altera a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 a fim de incentivar a pesquisa e desenvolvimento da Nanotecnologia no Brasil. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135203. Acesso em 28 jun. 2022.

BROWNSWORD, Roger. *Law, technology and society*: re-imagining the regulatory environment. London: Routledge, 2019.

BROWNSWORD, Roger; SOMSEN, Han. Law, innovation and technology: fast forward to 2021. *Law, Innovation and Technology*, v. 13, n. 1, p. 1-28, 2021.

BROWNSWORD, Roger. Law, authority, and respect: three waves of technological disruption. *Law, Innovation and Technology*, v. 14, n. 1, p. 5-40, 2022.

CAMPOS, Ricardo; GRINGS, Maria Gabriela. Sandbox e autorregulação regulada: uma análise comparativa Europa-Brasil. *In* VAINZOF, Rony; SERAFINO, Danielle; STEINWASCHER, Aline (Coord.). *Legal Innovation*: o futuro do Direito e o Direito do futuro. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2022, p. 465-478.

CASHORE, Benjamin; KNUDSEN, Jette Steen; MOON, Jeremy; VEN, Hamish van der. Private authority and public policy interactions in global context: Governance spheres for problem solving. *Regulation & Governance*, v. 15, p. 1166-1182, 2021.

COMISSÃO EUROPEIA. *COMMISSION RECOMMENDATION of 10.6.2022 on the definition of nanomaterial.* Disponível em: https://ec.europa.eu/environment/chemicals/nanotech/pdf/C_2022_3689_1_EN_ACT-_part1_v6.pdf. Acesso em 22 jun. 2022.

DOMÉNECH-PASCUAL, Gabriel. Thought experiments in Law. *In* Special issue experimental legislation in times of crisis. Sofia Ranchordás & Bart van Klink (eds.). *Law and Method*, 2021. Doi: 10.5553/REM/.000053.

ENGELMANN, Wilson; HOHENDORFF, Raquel von. Buscando un marco legal ágil y adaptativo para conjugar el ODS 12 con los avances nanotecnológicos. Propuesta de um Sandbox Jurídico. *In* CASADO GONZÁLEZ, María *et al* (Coord.). *Libro Blanco de las nanotecnologías*: una visión ético-social ante los avances de la nanociencia y la nanotecnología. Navarra: Editorial Aranzadi, S.A.U., 2021, p. 171-196.

ENGELMANN, Wilson. O papel do Living Lab Regulatório no cenário da Inteligência Artificial. *In* VEIGA, Fábio da Silva (org.). *Derecho Iberoamericano en análisis*. Navarra, Espanha: Editorial Aranzadi, S.A.U., v. 1, 2021, p. 1-20.

ENGELMANN, Wilson; SILVA, Silvio Bitencourt da. O *Living Lab* regulatório como alternativa para testar modelos normativos à inteligência artificial. *In* ARRABAL, Alejandro Knaesel; CARVALHO, Luciano Castro de; CARDOSO, Rodrigo dos Santos (Org.). *Cultura da inovação e propriedade intelectual*. Curitiba: Bagai, 2021, p. 145-164.

ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico*: princípios, regras e o conceito de Direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

ENGELMANN, Wilson. A (re)leitura da Teoria do Fato Jurídico à luz do "Diálogo entre as Fontes do Direito": abrindo espaços no Direito Privado constitucionalizado para o ingresso de novos direitos provenientes das nanotecnologias. *In* STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; CALLEGARI, André Luís. (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2010, v. 7.

ENGELMANN, Wilson. Nanotecnologia e direitos humanos. *Cadernos de Dereito Actual*, Santiago de Compostela, Espanha, n. 9. Núm. Ordinario, 2018, p. 441-487. Disponível em http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/325/201. Acesso em 28 jun. 2022.

FARIA COSTA, José de; OLIVEIRA MORA, Bruno de. *Filosofia do Direito*. Livro primeiro: Bases para uma concepção onto-antropológica do Direito; Livro segundo: Sobre as bases para uma concepção onto-antropológica do Direito. Lisboa: Ancora Editora, 2021.

FARIA COSTA, José de. *Linhas de direito penal e de filosofia*: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

FDA. Advancing regulatory Science at FDA: focus areas of regulatory science (FARS), 2021. Disponível em: https://www.fda.gov/media/145001/download. Acesso em 30 jun. 2022.

GOTTARDO, Stefania; MECH, Agnieszka; DRBOHLAVOVÁ, Jana *et al*. Towards safe and sustainable innovation in nanotechnology: state-of-play for smart nanomaterials. *NanoImpact*, v. 21, 2021.

HALAMODA-KENZAOUI, Blanka; GEERTSMA, Robert; POUW, Joost *et al.* Future perspectives for advancing regulatory science of nanotechnology-enabled health products. *Drug Delivery and Translational Research*, 2022. https://doi.org/10.1007/s13346-022-01165-y.

HAMBURG, Margaret A. Advancing regulatory science. *Science*, v. 331, n. 6020, p. 987, 25 Feb. 2011.

JELIAZKOVA, Nina; BLEEKER, Eric; CROSS, Richard *et al*. How can we justify grouping of nanoforms for hazard assessment? Concepts and tools to quantify similarity. *NanoImpact*, v. 25, 2022.

KAAL, Wulf A. Dynamic regulation for innovation. *In Perspectives in Law, Business & Innovation*. Mark Fenwick, Wulf A. Kaal, Toshiyuki Kono & Erik P.M. Vermeulen (eds.). New York: Springer, 2016.

LEMINEN, Seppo; NYSTRÖM, Anna-Greta; WESTERLUND, Mika; KORTELAINEN, Mika J. The effect of network structure on radical innovation in living labs. *Journal of Business and Industrial Marketing*, v. 31, n. 6, July 2016, p. 743-757.

OECD. *Recommendation of the Council for Agile Regulatory Governance to harness innovation*, 2021. Disponível em: https://www.oecd.org/mcm/Recommendation-for-Agile-Regulatory-Governance-to-Harness-Innovation.pdf. Acesso em 28 jun. 2022.

PEIJNENBURG, Willie; OOMEN, A.G.; SOETEMAN-HERNÁNDEZ, L.G. *et al*. Identification of emerging safety and sustainability issues of advanced materials: Proposal for a systematic approach. *NanoImpact*, v. 23, 2021.

RANCHORDÁS, Sofia. Experimental regulations and regulatory sandboxes - Law without order? *In* Special issue experimental legislation in times of crisis. Sofia Ranchordás & Bart van Klink (eds.). *Law and Method*, 2021. Doi: 10.5553/REM/.000064.

RUGGIE, John Gerard. Multinationals as global institution: power, authority and relative autonomy. *Regulation & Governance*, v. 12, p. 317-333, 2018.

SCHWAB, Klaus; DAVIS, Nicholas. *Aplicando a quarta revolução industrial*. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: EDIPRO, 2018.

SOETEMAN-HERNÁNDEZ, Lya G.; SUTCLIFFE, Hilary R.; SLUIJTERS, Teun *et al*. Modernizing innovation governance to meet policy ambitions through trusted environments. *NanoImpact*, v. 21, 2021.

VISSER, Maaike; GOSENS, Ilse; BARD, Delphine *et al*. Towards health-based nano reference values (HNRVs) for occupational exposure: Recommendations from an expert panel. *NanoImpact*, v. 26, 2022.

WORLD ECONOMIC FORUM - WEF. *Agile regulation for the Fourth Industrial Revolution*: a toolkit for regulators. December 2020. Disponível em: https://www3.weforum.org/docs/WEF_Agile_Regulation_for_the_Fourth_Industrial_Revolution_2020.pdf. Acesso em 28 jun. 2022.

ARTE-FINAL E DIAGRAMAÇÃO:

ARKLOM

IMAGINAR É DESPERTAR IDEIAS

Novo Hamburgo - RS - E-mail: imagine@arklom.com

www.arklom.com

O Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, chega a sua décima oitava edição em plenas condições de seguir apresentando à comunidade acadêmica brasileira a produção cientifica de suas linhas de pesquisa, marcando a tradição de excelência da pesquisa realizada pelos professores deste Programa.

O trabalho que aqui se apresenta está inserido em uma trajetória de 25 anos marcada pelo esforço de um grupo de professores organizados no ano de 1997, que criou um Programa de Pós-Graduação com a pretensão de se tornar um polo irradiador de práticas e pensadores inovadores na área do Direito, abrigados em uma Universidade de forte orientação humanista. Um quarto de século depois, verifica-se que esse Programa se afirmou com a contribuição de inúmeros outros pesquisadores que se somaram a essa iniciativa e que, juntos, vêm produzindo trabalhos de altíssima qualidade teórica e de repercussão nacional e internacional, refletindo na consolidação de sua nota 6 nas avaliações da CAPES.



EDITORA
DOM
MODESTO