

ISBN: 978-65-87582-18-4

2020

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS: DIREITOS HUMANOS E DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO

Liton Lanes Pilau Sobrinho
Paulo Márcio Cruz
Rogério da Silva
(Organizadores)



FAPERGS

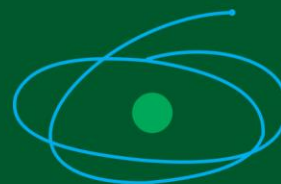
*Fundação de Amparo à Pesquisa
do Estado do Rio Grande do Sul*



UNIVALI



UPF
UNIVERSIDADE
DE PASSO FUNDO



C A P E S

Programa de Excelência Acadêmica - PROEX

ISBN: 978-65-87582-18-4

2020

Liton Lanes Pilau Sobrinho
Paulo Márcio Cruz
Rogério da Silva
(Organizadores)

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS: DIREITOS HUMANOS E DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO

AUTORES

SEÇÃO I - ARTIGOS

Airto Chaves Junior
Alex Junior Alves de Lima
Amadeu Elvies Miguel
Ana Maria D'Ávila Lopes
Ana Paula Barison Diehl
Antonia Espíndola Longoni Klee
Antonio Fernando Schenkel do Amaral e Silva
Bruna Azzari
Bruna de Moraes Santos
Bruna Fabris
Bruno Makowiecky Salles
Cesar Luiz Pasold
Clóvis Gorczewski
Daniela Nicolai de Oliveira Lima
Denise Schmidt Siqueira Garcia
Felipe da Silva Claudino
Fernando Costa de Azevedo
Fernando Rodrigo Busarello
Gianpaolo Poggio Smanio
Gilson Jacobsen
Giovana Beatriz Riehs Lucaora
Giovani da Silva Corralo
James Winter
Jaqueline Moretti Quintero
Jeferson Ricardo da Silva Reis

José Everton da Silva
Karinne Emanuela Goettens dos Santos
Letícia Abati Zanotto
Leonardo Costa de Paula
Liton Lanes Pilau Sobrinho
Maicon Rodrigues
Marcelo Buzaglo Dantas
Márcio Ricardo Staffen
Maria Aparecida Lucca Caovilla
Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza
Micheli Piucco
Nadya Regina Gusella Tonial
Natammy Luana de Aguiar Bonissoni
Norberto Hafermann Neto
Ornella Cristine Amaya
Osvaldo Agripino de Castro Junior
Paulo Márcio Cruz
Pedro Henrique Piazza Noldin
Pedro Manoel Abreu
Ricardo Stanzola Vieira
Thiago Aguiar de Pádua
Tiago do Carmo Martins
Vanderlise Wentz Baú
SEÇÃO II - RELATOS
Fiammetta Salmoni
Mário Frota apDC
Rizzatto Nunes

REGISTRO DE APOIO E FOMENTO

O presente livro é derivado de apoio financeiro advindo da FAPERGS, Edital 02/2020 – AOE, Termo 20/2551-0000239-0. Por meio do fomento de apoio à organização e eventos, foi possível, mesmo de que forma remota por conta da pandemia da Covid-19, realizar o IV Congresso Internacional de Jurisdição Constitucional, Democracia e Relações Sociais, XI.

O livro também é resultado da socialização de pesquisas de alunos oriundos de diversas universidades brasileiras e estrangeiras, vinculados a inúmeros grupos de pesquisa, sempre na busca da difusão do conhecimento científico, possui ainda fomento decorrente da COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR – CAPES – CAPES/MEC, através do Programa de Excelência Acadêmica – PROEX.



Reitor
Valdir Cechinel Filho

Vice-Reitor de Graduação e Desenvolvimento Institucional
Carlos Alberto Tomelin

Vice-Reitor de Extensão e Assuntos Comunitários
José Carlos Machado

Vice-Reitor de Pesquisa, Pós-Graduação e Inovação
Rogério Corrêa

Apresentação
Liton Lanes Pilau Sobrinho

Organizadores
Liton Lanes Pilau Sobrinho
Paulo Márcio Cruz
Rogério da Silva

Autores
SEÇÃO I - ARTIGOS
Airto Chaves Junior
Alex Junior Alves de Lima
Amadeu Elves Miguel
Ana Maria D'Ávila Lopes
Ana Paula Barison Diehl
Antonia Espíndola Longoni Klee
Antonio Fernando Schenkel do Amaral e Silva
Bruna Azzari
Bruna de Moraes Santos
Bruna Fabris
Bruno Makowiecky Salles
Cesar Luiz Pasold
Clóvis Gorczewski
Daniela Nicolai de Oliveira Lima
Denise Schmidt Siqueira Garcia
Felipe da Silva Claudino
Fernando Costa de Azevedo
Fernando Rodrigo Busarello
Gianpaolo Poggio Smanio
Gilson Jacobsen
Giovana Beatriz Riehs Lucaora
Giovani da Silva Corralo
James Winter
Jaqueline Moretti Quintero
Jeferson Ricardo da Silva Reis
José Everton da Silva
Karinne Emanuela Goettems dos Santos
Letícia Abati Zanotto
Leonardo Costa de Paula
Liton Lanes Pilau Sobrinho
Maicon Rodrigues
Marcelo Buzaglo Dantas
Márcio Ricardo Staffen
Maria Aparecida Lucca Caovilla
Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza
Micheli Piucco
Nadya Regina Gusella Tonial
Natammy Luana de Aguiar Bonissoni
Norberto Hafermann Neto
Ornella Cristine Amaya
Osvaldo Agripino de Castro Junior
Paulo Márcio Cruz
Pedro Henrique Piazza Noldin

Pedro Manoel Abreu
Ricardo Stanzola Vieira
Thiago Aguiar de Pádua
Tiago do Carmo Martins
Vanderlise Wentz Baú
SEÇÃO II - RELATOS
Fiammetta Salmoni
Mário Frota apDC
Rizzato Nunes

Diagramação
Alexandre Zarske de Mello

Revisão
Joana Silvia Mattia Debastiani

Capa
Alexandre Zarske de Mello

Comitê Editorial E-books/PPCJ

Presidente
Dr. Alexandre Moraes da Rosa

Diretor Executivo
Alexandre Zarske de Mello

Membros
Dr. Bruno Smolarek (UNIPAR)
Dra. Flávia Novera Loureiro (UMINHO/PORTUGAL)
Dr. Daniele Porena (UNIPG/ITÁLIA)
Dr. Pedro Jose Femenia Lopez (UA/ESPANHA)
Dr. Javier Gonzaga V. Hernandez (UCALDAS/COLÔMBIA)
Dr. Clovis Demarchi (UNIVALI)
Dr. José Everton da Silva (UNIVALI)
Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UNIVALI)
Dr. Márcio Ricardo Staffen (UNIVALI)
Dr. Sérgio Ricardo F. de Aquino (UPF)

Créditos
Este e-book foi possível por conta da Editora da UNIVALI e a Comissão Organizadora E-books/PPCJ composta pelos Professores Doutores: Paulo Márcio Cruz e Alexandre Moraes da Rosa e pelo Editor Executivo Alexandre Zarske de Mello.

Projeto de Fomento
FAPERGS, Edital 02/2020 – AOE, Termo 20/2551-0000239-0, possui ainda fomento decorrente da COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR – CAPES – CAPES/MEC, através do Programa de Excelência Acadêmica – PROEX..

Endereço
Rua Uruguai nº 458 - Centro - CEP: 88302-901, Itajaí - SC – Brasil - Bloco D1 – Sala 419, Telefone: (47) 3341-7880

FICHA CATALOGRÁFICA

J979 Jurisdição constitucional, democracia e relações sociais [recurso eletrônico] : direitos humanos e desenvolvimento tecnológico. / Liton Lanes Pilau Sobrinho, Paulo Márcio Cruz, Rogério da Silva (Orgs); autores Aírto Chaves Junior [et al.] - Dados eletrônicos. - Itajaí : Ed. da Univali; Passo Fundo: Ed da UPF, 2020.

Livro eletrônico.

Modo de acesso: World Wide Web: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>

Incluem referências.

ISBN 978-65-87582-18-4 (e-book)

1. Direito. 2. Jurisdição. 3. Democracia. 4. Direitos humanos. I. Pilau Sobrinho, Liton Lanes. II. Cruz, Paulo Márcio. III. Silva, Rogério da. IV. Chaves Junior, Aírto. V. Título.

CDU: 34

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central Comunitária – UNIVALI

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	10
Liton Lanes Pilau Sobrinho	10
SEÇÃO I - ARTIGOS	11
NEO-KEYNESIANISM, NEO-INTERVENTIONISM AND ULTRALIBERALISM: IMPACTS OF COVID-19 ON NATIONAL LAW	12
Paulo Márcio Cruz.....	12
Márcio Ricardo Staffen.....	12
A PROTEÇÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE NO CASO NUESTRA TIERRA VS. ARGENTINA E O ATIVISMO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	26
Ana Maria D'Ávila Lopes.....	26
A INCOMPETÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS PARA APRECIAR VIOLAÇÕES AOS DIREITOS ECONOMICOS, SOCIAIS, CULTURAIS E AMBIENTAIS	39
Clóvis Gorczewski	39
Micheli Piucco.....	39
SOCIEDADE DE CONSUMO CONTEMPORÂNEA E O PROJETO BALCÃO DO CONSUMIDOR/UFPEL: PROTAGONISMO DA UNIVERSIDADE PÚBLICA BRASILEIRA EM TEMPOS DE ATUALIZAÇÃO DO CDC	51
Fernando Costa de Azevedo.....	51
Antonia Espíndola Longoni Klee	51
Karinne Emanuela Goettems dos Santos	51
CRIANÇAS EM QUARENTENA: PROTEGIDAS DO VÍRUS, SUJEITAS À VIOLÊNCIA SEXUAL DENTRO DE CASA ...	61
Gianpaolo Poggio Smanio.....	61
Bruna Azzari.....	61
AS AÇÕES AFIRMATIVAS, UM ESTUDO A PARTIR DOS PRESSUPOSTOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	80
Tiago do Carmo Martins.....	80
José Everton da Silva	80
O REGISTRO DE IMÓVEIS E AS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO: INTERAÇÕES EM PROL DA SUSTENTABILIDADE.....	95
Antonio Fernando Schenkel do Amaral e Silva.....	95
Marcelo Buzaglo Dantas.....	95
OBSERVATÓRIO DE POLÍTICAS CONSTITUCIONAIS DESCOLONIZADORAS PARA A AMÉRICA LATINA (OPCDAL): UMA REALIDADE DE APROXIMAÇÃO INTERINSTITUCIONAL E INTERNACIONAL	113
Maria Aparecida Lucca Caovilla.....	113
Bruna Fabris.....	113

Alex Junior Alves de Lima	113
SUSTENTABILIDADE E CAPITALISMO NEOLIBERAL: A FALÁCIA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL.....	127
Nadya Regina Gusella Tonial	127
Liton Lanes Pilau Sobrinho	127
A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL EXECUTIVA E O PRAZO PARA PAGAMENTO VOLUNTÁRIO NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA.....	137
Ana Paula Barison Diehl.....	137
Vanderlise Wentz Baú	137
A POSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO DE ÓRGÃO JURISDICIONAL TRANSNACIONAL PARA OS DIREITOS DE MIGRAÇÃO E REFUGIADOS.....	149
Jaqueline Moretti Quintero	149
A EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO COM BASE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.....	164
Norberto Hafermann Neto	164
Ricardo Stanziola Vieira	164
O PREJUÍZO DA “REGRA DO PREJUÍZO”: A NÃO RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 563 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (<i>PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF</i>).	177
Airto Chaves Junior	177
Leonardo Costa de Paula	177
Thiago Aguiar de Pádua	177
PRINCÍPIOS AMBIENTAIS E REGISTRAIS: UMA BASE PRINCIPIOLÓGICA COMUM EM PROL DA SUSTENTABILIDADE	198
Antonio Fernando Schenkel do Amaral e Silva.....	198
Marcelo Buzaglo Dantas.....	198
A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL E A TRANSNACIONALIDADE: UMA VISÃO DE UM DIREITO AO MEIO AMBIENTE TRANSFRONTEIRIÇO	217
Felipe da Silva Claudino	217
Giovana Beatriz Riehs Lucaora	217
Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza.....	217
BENS JURÍDICOS COLETIVOS E A TUTELA PENAL DA SAÚDE PÚBLICA: DUAS CRÍTICAS.....	234
Airto Chaves Junior	234
O GRANDE CONFLITO: A MUDANÇA DE PARADIGMA NA MODERNA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE.....	255
Natammy Luana de Aguiar Bonissoni.....	255
Pedro Henrique Piazza Noldin	255
CONCEPÇÕES E CONCEITO DE ACESSO À JUSTIÇA	269

Bruno Makowiecky Salles	269
Pedro Manoel Abreu	269
ESTADO CONTEMPORÂNEO, GLOBALIZAÇÃO E CRISES: APROXIMAÇÕES E FRICÇÕES	283
Amadeu Elves Miguel	283
Cesar Luiz Pasold	283
O USO MEDICINAL DA CANNABIS E A INDÚSTRIA DE MEDICAMENTOS	293
Daniela Nicolai de Oliveira Lima	293
Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza.....	293
OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA E PSICOLÓGICA E SUAS PRINCIPAIS CONSEQUÊNCIAS	307
Bruna de Moraes Santos	307
Denise Schmidt Siqueira Garcia.....	307
O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO DIANTE DA AGENDA 2030 PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL ...	321
Jeferson Ricardo da Silva Reis.....	321
Gilson Jacobsen	321
DEFESA DA CONCORRÊNCIA E VERTICALIZAÇÃO PORTUÁRIA	337
Osvaldo Agripino de Castro Junior	337
Maicon Rodrigues.....	337
DESAFIOS DO DIREITO EM UMA REALIDADE TRANSNACIONAL.....	359
Fernando Rodrigo Busarello	359
Marcelo Buzaglo Dantas	359
A DOMINAÇÃO ECONÔMICA FRENTE À DEMURRAGE ENTENDIDA COMO FORMA DE PILHAGEM NO ESTADO DE DIREITO BRASILEIRO.....	372
Ornella Cristine Amaya.....	372
James Winter.....	372
O COMBATE À CORRUPÇÃO, A CONFIANÇA E O TESTE DE INTEGRIDADE NAS ADMINISTRAÇÕES MUNICIPAIS	380
Giovani da Silva Corralo.....	380
Letícia Abati Zanotto	380
SEÇÃO II - RELATOS	392
SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS - O REGIME DE “CORTE” EM PORTUGAL	393
Mário Frota apDC	393
A PUBLICIDADE, A LIBERDADE DE EXPRESSÃO, A ÉTICA E O DIREITO DO CONSUMIDOR.....	401
Rizzatto Nunes.....	401

CRISI DELLA RAPPRESENTANZA E DEMOCRAZIA: L'ANTIPARLAMENTARISMO E I CORSI E RICORSI DEI POPULISMI.....	405
Fiammetta Salmoni.....	405

APRESENTAÇÃO

O presente livro é derivado de apoio financeiro advindo da FAPERGS, Edital 02/2020 – AOE, Termo 20/2551-0000239-0, a qual agradeço a concessão. Por meio do fomento de apoio à organização e eventos, foi possível, mesmo de que forma remota por conta da pandemia da Covid-19, realizar o IV Congresso Internacional de Jurisdição Constitucional, Democracia e Relações Sociais, XI.

Seminário Nacional de Defesa do Consumidor, VII Seminário Internacional de Defesa do Consumidor, III Encontro de Balcões do Consumidor, VIII Encontro Regional de Procons, IV Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos, XVII Semana Acadêmica de Direito/Passo Fundo, X Simpósio Jurídico do Campus Sarandi, XVI Encontro Jurídico do Campus Carazinho, XVIII Jornada Jurídica Internacional/Soledade, XVII Semana Acadêmica da Faculdade de Direito/Casca, XXI Simpósio jurídico e XX Encontro Jurídico/Lagoa Vermelha.

O livro “Jurisdição Constitucional, Democracia e Relações Sociais: Direitos Humanos e Desenvolvimento Tecnológico” é o resultado da socialização de pesquisas de professores vinculados em Instituições de ensino nacionais e estrangeiras que palestraram no evento. O livro conta com uma seção especial ao seu final com fragmentos de duas palestras. O intuito da obra é a difusão do conhecimento científico.

Os organizadores agradecem a todos e todas que contribuíram com seus excelentes trabalhos, os quais compõem essa obra por meio de artigos científicos e fragmentos de suas palestras.

Liton Lanes Pilau Sobrinho¹

¹ Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo. Coordenador do PPGDireito da Universidade de Passo Fundo. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Sevilha - US. -Espanha. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2008), Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2000). Possui graduação em Direito pela Universidade de Cruz Alta (1997). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Internacional ambiental, Direito Constitucional. CV: <http://lattes.cnpq.br/2413013286462855>. E-mail: litonlanes@gmail.com

SEÇÃO I - ARTIGOS

NEO-KEYNESIANISM, NEO-INTERVENTIONISM AND ULTRALIBERALISM: IMPACTS OF COVID-19 ON NATIONAL LAW ¹

Paulo Márcio Cruz²

Márcio Ricardo Staffen³

INTRODUCTION

This is a contemporary study with the world scenario of the COVID19 pandemic declared by the World Health Organization. Despite the priority for guaranteeing the conditions of prevention of contagion and safeguarding human lives at risk, this article aims to critically analyse the changes and proposals for changes of the National Law of many countries (resulting from the COVID-19 pandemic), within the theoretical frameworks of Neo-Keynesianism, Neo-interventionism, and Ultraliberalism.

As COVID-19 has advanced very quickly across all continents, except for Antarctica, taking advantage of the globalization flows; on March 11, 2020, the World Health Organization had no option but to declare COVID-19 a Pandemic, thus officialising the concrete situation of a global humanitarian, social, health, economic and legal problem. Synchronously, the crisis since the COVID-19 pandemic has become a vector for global-local strategies for the contention and prevention of viral contagion and, on the other hand, for local-global mechanisms of normative, institutional and economic adjustments effective for times of abnormality, changing relevant national public law structures, but with short, medium and long term consequences in transnational scenarios.

Likewise, the ongoing investigation is justified since in recent periods, notably after the election of Donald Trump for the presidency of the United States of America, the political-ideological agenda of greatest influence has highlighted the prevalence of ultraliberal topics, followed since then, by other States in Europe and America. However, the concrete possibility of social degradation, significant impoverishment, falling tax revenues, and economic recession forced leaders of ultra-liberal and non-interventionist orientations to review their political agendas to increase economic and social planning and use of state intervention mechanisms, reviving the public debate on (Neo-)Keynesian and Neo-interventionist postulations. Thus, for comparison purposes, the actions of the governments of the United States of America, Brazil, Argentina, and Mexico were used due to their ideological proximity (social and ultraliberal) and their participation

¹ Co-production between researchers from the Centro de Estudos sobre Direito e Transnacionalidade (UNIVALI/CNPq), the Dipartimento di Giurisprudenza (Università degli Studi di Perugia), and Facultad de Derecho (Universidad de Alicante).

² Post-doctorate in State Law from the University of Alicante, Spain, PhD in State Law from the Federal University of Santa Catarina (UFSC) and Master in political and legal institutions from UFSC. Coordinator and Professor of the Graduate Program in Legal Sciences at the University of Vale do Itajaí (UNIVALI). Visiting professor at the universities of Alicante, Spain, and Perugia, Italy. E-mail: pcruz@univali.br

³ Doctor in Public Law from the Università degli Studi di Perugia (Italy). PhD and Master in Legal Science from the University of Vale do Itajaí - UNIVALI. Researcher at the National Council of Justice (CNJ). Coordinator of the Stricto Sensu Graduate Program in Law - IMED, Passo Fundo / RS. Honorary Professor at the Faculty of Law and Social Sciences at Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Peru). Lawyer (OAB / SC). E-mail: staffen_sc@univali.br.

in the G20, making their reality closer.

Aware of the dynamics of the moment this article was written, it is imperative to express the existence of theoretical legal premises linked to the bases of National Law that must be included in the context of the current crisis of the coronavirus to promote the required critical understanding of its current state-of-the-art. Ignoring the conjunction of these factors implies the loss of analytical, reflective, and critical thinking on the effectiveness, efficiency, and efficacy of the proposals. For this, the inductive method was used for the development of this research, operationalized by category techniques, operational concept, bibliographic research, and analysis of official national reports, transnational indicators, and normative frameworks.

1. LIBERALISM AND THE LEVEL OF STATE INTERVENTION

Contemporary liberalism emerged after the First World War and sought to preserve broad spheres of freedom, but allowing for state intervention in certain areas of society, as can be seen in the 1917 Mexican Constitution and 1919 Weimar Constitution⁴.

It was mainly after the advent of the Weimar Constitution that the social-liberal theories based on the integrating success of state interventionism caused the 20th century Liberalism to develop, according to parameters very different from those of the previous century, governed by Smith's principles⁵.

The liberal democratic state of the first third of the 20th century was immersed in a profound crisis resulting from the obsolescence of its political structures to adapt to the new social realities. On the other hand, the proletarian movement, which gained momentum with the Russian Revolution, was pressing for individual freedoms and rights to have the company of collective rights. Finally, the unfolding of the greatest crisis that capitalism had suffered, in 1929, implied abandoning policies based on the classic liberal parameters of non-intervention.

Some countries have faced the crisis of the liberal democratic state by replacing it with military or civilian dictatorships, or by totalitarian states, while, from a liberal perspective, other states have embarked on a decided path of expanding political representation, social reformism – taking over the social rights - and redistributive interventionism.

The main creator of this direction was the English economist John Maynard Keynes⁶ (1883-1946) who, *“although liberal in politics, advocated a managed economy, trusting in the benefits of the planning action of state bodies”*⁷. Keynes becomes the most influential Western author, as he

⁴ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado Contemporâneo**. 3 ed. Florianópolis: OAB/SC Editora coedição Editora Diploma Legal, 2003.

⁵ SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**: Uma Investigação sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações. São Paulo: Madras, 2009.

⁶ JOHN MAYNARD KEYNES, an English nobleman and economist, born in Cambridge in 1883, died in Sussex in 1946, was an advisor to the British Treasury during the First World War. After the war, he published the study *The Economic Consequences of the Peace* (1919). Author of *Treatise on Money* (1930) and, later, *The General Theory of Employment Interest and Money* (1936), KEYNES attacked the problem of underemployment that existed in England after the 1930s. He saw, in this situation, a state of permanent under-equilibrium that no automatic market mechanism would correct. KEYNES preached a consequent increase in consumption, low-interest rate, growth of public investments, measures that implied the intervention of the State. He played a very important role at the Bretton Woods Conference in 1944.

⁷ REALE, Miguel. *O estado democrático de direito e o conflito das ideologias*, 3 ed. Editora Saraiva, 2005, p. 30.

proposes a theory of economics that would provide the economic bases for development capable of sustaining redistributive social policies. Keynes was able to convince the Western dominant social groups that the best way to contain the proletarian movement and stabilize the system would be to reform the system possibly and gradually.

The use of Keynes's theories meant the end of the classic economic liberalism and its replacement by mixed economies, in which the State started to play a decisive economic role in reactivating the economy through public investments, correcting the dysfunctions of capitalism, preventing another "1929 Black Friday" and redistributing income through a progressive tax policy aimed at eliminating extreme inequalities and activating demand⁸.

Keynes synthesized his liberal political reformist thinking by stating that humanity's political problem requires changing three ingredients: Economic Efficiency, Social Justice, and Individual Freedom. The first, economic efficiency, needs criticism, caution, and technical knowledge. The second, generous and enthusiastic spirit that loves the common person. The third requires tolerance, breadth of objectives, valuing the excellence of independence and variety, offering opportunities without any kind of obstacles to those who are exceptional and have aspirations. Social justice is the greatest achievement of the proletariat, but the economic efficiency and individual freedom need the qualities of the party that, due to its tradition and affinities, was the home of Economic Individualism and Social Freedom.

After his election in 1932, Roosevelt and his New Deal policy, which was unquestionably interventionist, aimed to alleviate the enormous social costs of the 1929 crack and to relaunch the United States economy according to premises based on criteria of reformist Liberalism⁹. This was done so intensely that in the United States, "liberal" is synonymous with the left and opposed to conservative, which indicates the right-wing political trend. Being reformist, this view aimed to democratize liberal societies, respecting their basic characteristics, such as the proclamation of individual rights and freedoms, separation of powers, political participation of citizens - constantly expanded - and the principle of legality provided for in the Constitution.

Between the end of the Second World War and the beginning of the seventies, in all Western countries with democratic regimes, there is one consensus called by Dahrendorf¹⁰ the social-liberal pact. This pact is among all major political forces in the application of the so-called welfare state policies, which reached its broadest development in countries where the social democratic parties, which renounced Marxism, were able to govern for more than a decade¹¹.

This welfare state, whose philosophical root remains utilitarian, proposed the greatest happiness for the greatest number of people, nuanced by the social-liberals in the socialist sense. This consensus is broken by the exhaustion, in the late sixties, of the Keynesian model. With the crisis of the Welfare State, from the seventies onwards, there is a return of liberal theses that already seemed to be overcome, proposing a radical questioning of the basic conceptions of state interventionism and the return to Liberalism.

⁸ ANTÓN, Joan et alii. *El liberalismo*. Madrid: Tecnos, 1996. p. 202.

⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. Saraiva, 1985. p. 236.

¹⁰ DAHRENDORF, Ralf. *O conflito social moderno: um ensaio sobre a política da liberdade*. São Paulo: Jorge Zahar Editor/USP, 1992.

¹¹ ANTÓN, Joan et alii. *El liberalismo*. Madrid: Tecnos, 1996. p. 203.

These neoliberal conceptions have caused and cause great academic and political debates. The author who has most radically promoted this questioning is Nozick, who proclaims that only a minimal state is legitimate and moral, one that protects the individual and makes sure that private contracts are fulfilled. Granting greater powers to the State means violating individual rights, and should be avoided¹².

Nozick's greatest opponent is Rawls¹³, who also rejects utilitarianism and defends individual rights by linking them to the common good. Touraine points out that Rawls ceaselessly works with Rousseau's individualism and contractualism, in a position ahead of that of many contemporary liberals¹⁴. So much so that Rawls¹⁵ understands the Constitution as having regulatory capacities far beyond those admitted by less contemporary liberalisms¹⁶. He states that a well-organized constitution includes democratic procedures for dealing with emergencies. Therefore, in terms of constitutional doctrine, the priority of freedom implies that free political expression cannot be restricted, unless it can reasonably be argued, based on the specific nature of the situation at hand, that there is a constitutional crisis in which democratic organizations are unable to operate effectively, and in which their procedures for dealing with emergencies do not work¹⁷.

Neoliberalism would be closely related to neoconservative political trends that provided doctrinal and ideological coverage to the conservative governments of the eighties, whose prototypes were Pinochet's Chile, Thatcher's Great Britain and Reagan's United States. The core of its political proposals was to put an end to social protection by the State and gradually eliminate the mechanisms of income redistribution, in addition to deregulating the labour market, privatizing the public sector and allowing free market laws regulate the economic life of the Society.

In this way, it is said that more wealth would be created, it would be profitable to invest, the subsidy culture would end, individuals would be motivated and more social wealth would be generated. Obviously, regardless of social costs and the increase in inequalities that all this supposes. Inequalities and poverty that increased during the years of Thatcher and Reagan.

At that time, the old liberal-conservative recipes in the face of the problem - and the crisis - of the societies that opted for the Western Welfare State, whose Keynesian model went into crisis or, at least, started to need revision. Revisions were required due to the constant and increasing pressure of the Society demanding for more and better services to the point of exhausting the political and economic capacity of what is, in the opinion of neoliberals, an excessively bureaucratic and ungovernable system, which is sustained by atomization of productive agents, with an inexorable logic of individual action, in contradiction with the guidelines oriented to the Common Good of state policies¹⁸.

¹² NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

¹³ RAWLS, John. **Teoría de la justicia**. Tradução de de María Dolores González. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

¹⁴ TOURAINE, Alain. **O que é a democracia?** Editora Vozes, 1996. p. 170.

¹⁵ RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

¹⁶ STAFFEN, Márcio Ricardo; ZAMBAM, Neuro José. **Direito global e desigualdades**: um estudo a partir do "direito dos povos" de John Rawls. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 10, n. 1, p. 243-258, out. 2015.

¹⁷ RAWLS, John. **O liberalismo político**. p. 411.

¹⁸ ANTÓN, Joan et alii. **El liberalismo**. Madrid: Tecnos, 1996. p. 204.

Contemporary liberal authors belonging to the most advanced trends of Liberalism defend that the objective of freedom is to achieve authentic equality of opportunities or vital chances for each individual, already in a conception that is very close to the Welfare State seen through the neoliberal lens. They are ideas generated from conceptions that the full realization of individuals, which at first do not presuppose or prioritize any conception of Welfare, would meet criteria established by consensus among the various economically active social segments, regarding the social justice.

2. THE REVIVAL OF KEYNES POSTULATES

It can be said that after Smith and Malthus, economists of the classical school, and Marx, no other theorist was as important as Keynes, an influent thinker in the renewal of traditional economic theories and the reformulation of free market economic policy. Keynes, mainly with the publication of his famous *The General Theory of Employment, Interest and Money* overcomes for the first time and decisively the interpretation of the liberalist Economic Policy. The need to leverage economic growth and the extension of greater well-being for the entire Society are considered inseparable principles that are linked to the increasing intervention of the State and that are unequivocally linked to Keynes.

In a systematic reading of Keynes's postulate, it is possible to say that he defended his concept of multiplier effect as being the rule by which the increase in government expenditure increases aggregate demand, which would create an optimization of labour and capital in a such a scale that production would expand at a higher rate than the growth of those expenditures. Considering these analyses, it can be said that the Keynesian model supports the possibility of converging market and social elements through the articulation of redistributive policies

In a historical perspective, it seems evident that Keynes's preaching of a model that sought to promote the combination of resources between the market and the State, became, until the end of the seventies, an economic doctrine that almost nobody questioned, as its defense was closely related to the construction of the Welfare State and allowed it to enjoy a broad consensus. Keynes's work was fully recognized in his later years. In 1944, he headed the UK delegation to the Bretton Woods Conference in the United States.

The Keynesian model, regardless of its theoretical consistency, had several elements that helped to make it unanimous in the most diverse social and ideological sectors. One of the most visible expressions of this fact was the disappearance of disputes between the social classes that convulsed capitalist societies in the periods before World War II. This disappearance can be attributed to two factors: a) the economic growth that Western societies experienced from the fifties; and b) the extension of social welfare to increasingly broad layers of society.

The Welfare State came to enjoy an enormous degree of consensus, as did the Keynesian economic policies. In the two decades following World War II, there was a feeling that, in fact, the consolidation and expansion of the Welfare State actually took place in a period that could mean the end of the ideological confrontation between left and right or between freedom and equality. The course of events, however, showed the misunderstanding of this perception.

Authors such as Blas Guerrero and Pastor Verdú, when addressing the welfare state crisis,

teach that in the early eighties, the phase of economic prosperity that started after World War II came to an end, due to two striking facts. The first of them was the decision of the United States not to maintain the convertibility of the dollar into gold, a decision made due to the amount of the US currency in circulation in other countries. The economic problems caused by this decision lasted from the mid-seventies to the beginning of the eighties. Faced with this new economic reality, Western countries began to have serious difficulties to continue implementing their economic policies based on the Keynesian model.

However, it should be noted that the economic crisis was not the only one responsible for questioning the Keynesian model. The second striking fact was the uncontrolled growth in public spending. It is worth remembering that this fact remains one of the major problems of countries like Brazil, which are debating between assuming a late Social Democracy or controlling public deficit, tax burden and the non-intervention of the State in fundamental sectors, mainly the social one.

Election processes undermined the rationale on which Keynes's proposal was based. The adoption of social policies that would expand public and free care, even with the growth of public spending, would have less political costs than raising taxes, something that would be possible in a context of high and sustainable economic growth, but not in a recession. In addition, there was a depletion of the State's capacity to invest in new productive structures, which, at most, maintained those already in existence.

The criticisms from the more conservative sectors had already highlighted this issue. Neoliberalists started to point out that the Welfare State, instead of contributing to economic growth, would be stagnating the economy by not subjecting public services to stimulating competition. In addition, very high taxes reduce industrial investments. Governments began to have to live with the contradiction of maintaining the high costs of the welfare state and increasing the tax burden or reducing public investments that benefited thousands of people. In any of these situations, unpopularity and possible electoral wear and tear were ever-present ghosts. The strong objections to the "Keynesian consensus", the limitations of the Fordist model and the constant and growing presence of the State in all social spheres are some of the components that explain the emergence of new theories about the ideological organization of the State, still in an incipient way, mainly the emergence of the so-called Neoliberalism.

From the late seventies onwards, these factors caused a simultaneous growth of the economic recession and inflation, creating a radically new situation, baptized by the economists on duty with the neologism "stagflation". This shook the Keynesian theoretical construction as one capable to respond to crises. The combination of inflation and recession was new and not easy to solve using Keynesian formulas.

State intervention to regulate the economy, which had been the typical practice of the Keynesian model to cope with the growth of stagnation or inflation, respectively, proved to be ineffective when faced with the simultaneous increase in both indicators. Tax imbalance and the increase of the recession and unemployment, which were mainly seen during the seventies and eighties, made the proposal of Welfare State even more vulnerable. In the 50s and 60s, during the 20th century, unemployment in England remained low, between 1 and 2%. It began to rise in the 1970s, oscillating between 4 and 6% in the late 1970s. The historic agreement between the Labour

party and the unions, which was intended to reduce unemployment, curb inflation and renew the economy, was broken in 1978-79. The consequence was the conservative electoral successor under Thatcher.

The new orientation was that governments should not keep policies aimed at full employment, as this would create undesirable effects, such as increased inflation and decreased productivity. Even so, the ideological and political basis of the Welfare State survived during the conservative and neoliberal wave that hit Western civilization during the 1980s. The main universal services - income maintenance, health care and education - survived the neo-conservative movement in Western Europe, with relatively small troubles.

At first, the evolution in doctrinal discussions on the relationship between the Rule of Law and the Welfare State was seen in authors who sought to justify the State intervention as a way of updating the Liberal State. The path followed was one that started to defend that State regulation and intervention were adequately provided they represented the provision of essential public services and the maintenance of public investments aimed at moving the capitalist gear and strengthening the market.

Following this reasoning and considering that the individual would be dependent on the benefits of the State, the main problem would be to ensure that the State did not move to an arbitrary position in the management of public social services and its intervention in the economy. Thus, the theses of the legal reserve and the democratic regime became essential to the control of state activity.

From this position came the most advanced one, which considered the Social State of Law - or the Rule of Law Welfare State - an adequate position for the complex societies that were emerging. These societies started to demand an increasing intervention of the State. The idea that a minimum of State would correspond to a maximum of freedom became outdated or old-fashioned. From that point of theoretical inflection, an interventionist Welfare State came to represent the Rule of Law more conveniently, since the concept of freedom was no longer linked to property and individuality at any cost, and became closely linked to the individual's social condition. A person would only be free if he or she had the least social opportunities.

There was a kind of replacement in the concept of freedom, with property being replaced by Welfare as a condition for the individual to be free. In this sense, one can use a concept of State that combines Welfare and Democracy as a synthesis for the thesis of state intervention. This type of state points to a balance between the two concepts - the rule of law and the social state - because freedom is inconceivable without a high degree of solidarity and social equality, and, on the other hand, social progress, economic development and the protection of the most disadvantaged classes must be based on respect for the constitutional rule of law.

3. STATE INTERVENTION THROUGH PUBLIC LAW

Since the emergence of the Constitutional State, the fundamental objectives of constitutional texts have been the regulation of political power and the guarantee of citizens' freedom from this power. The express aim of constitutions was not then, until relatively recently, to provide for State intervention, in detail, according to the economic order established for the

Society. Referring to those political letters, Bonavides adds "their essence will be exhausted in a mission of total alienation and absence of intervention in the economic and social arenas".

It was only at the beginning of the twentieth century that constitutions began to foresee, with some intensity, intervention in relevant aspects of economic life. From 1936 onwards, the theory of the English John Maynard Keynes, exposed in the work *The General Theory of Employment, Interest and Money*, has undergone a doctrinal boost. Keynes's thought introduced the then revolutionary idea of the need for more or less permanent intervention by public authorities in the economy into Economic Science.

However, it should be noted that constitutionalism had consequences for the economic order much earlier, even if it was not some kind of intervention. All of these aspirations led to an economic model that left the individual free to relate economically to others and that allowed him/her to define, without State interference, what his/her interests were.

These aspirations were reflected, in part, in the texts of precursory constitutionalism. The Declaration of Independence of the United States of America has, as one of its arguments, the unjustified action of the King of England cutting off the trade of his colonies in North America with other nations and to establish taxes without the consent of the citizens of these colonies. The 1789 Declaration of the Rights and Duties of Man enshrined property as an inviolable and sacred right, considering it a "natural and imprescriptible right of man".

State intervention in the economic, social and cultural domains foreseen in the constitutions of the 20th century corresponds to a mainly programmatic movement. The economic and social order during the first phase of positive acceptance of the principle of the social state in the constitutions of the 20th century corresponds largely to a programmatic agenda. After World War I, social demands and the strengthening of organizations from the most disadvantaged social sectors, represented by the labour, socialist and communist parties, leveraged the movement for the effective constitutionalisation of state interventions in economic and social life. The path of insisting lies not on defending the "free personality development", anchored in property and against state interventions, but on defining the contours of the "free personality development" based on the state benefits themselves.

It was during this period that the expression Welfare State was forged, inspired by Heller¹⁹ as an indication of a model of public intervention that guaranteed not only freedom, but also an adequate social and economic conditions for citizens²⁰. The constitutions approved in the second post-war started to admit, expressly, a relevant role of the State in the configuration of the economic and social order. The insertion of the Welfare State in the Rule of Law translates a movement that imposed on the contemporary State its interference in the private domain, that is, in the social whole.

From this moment on, the inclusion in the constitutional documents of clauses dedicated to including the State intervention in the most diverse aspects of economic and social life has become a characteristic common to many countries. These clauses focus mainly on the regulation

¹⁹ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

²⁰ CRUZ, Paulo Márcio. _____. **Parlamentarismo em Estados Contemporâneos: os Modelos da Inglaterra, Portugal, França e Alemanha**. 1. ed. Itajaí: Editora da Universidade do Vale do Itajaí, 2000.

of relationships between individuals. The most current example is that of consumer codes, designed to regulate private consumer relations; another example are the regulatory frameworks of the internet.

It is important to note that regulation and intervention are different categories. The intervention of public authorities as economic agents, directly producing or selling products and goods or providing services typical of the private sector is what characterizes State intervention in the economy

4. COVID-19: A SHIFT TOWARDS NEO-INTERVENTIONISM AND NEO-KEYNESIANISM

For various political, ideological, economic, legal and social reasons, the course of the past two decades has marked a strong tension between primacy of liberalism and the need for state intervention through public law in private matters and spheres. However, it was the economic crisis of subprime mortgages, caused by the bankruptcy of Lehman Brothers Holdings Inc., in 2008, that the respective regulatory claims were projected to global spheres²¹. If previously the clashes between defenders and opponents of state intervention were segmented in national nuclei, since then, the mentioned confrontation has gained transnational projections, taking place in both "strong" States and "weak" States²²; both in banking sectors and in commodities. The episode of the 2008 crisis, marked by a clear state intervention in the economy, showed the impotence of the liberal-economic-financial system to dominate the society as a whole. While neoliberalism has revealed fissures and insufficiencies in the entities of social representation, the 2008 crisis shed light on the structural failure of the neoliberal notion that envisioned the society's domination of production, accumulation and conflict around the appropriation of the gains of productivity²³

Such idiosyncrasies influenced the political debate from 2010 onwards. Presidents, prime ministers and namesakes were elected/ chosen in a scenario of strong political tension over liberalism (some with superlative appeal, as in the case of Trump and Bolsonaro), and some others managed to channel agendas of greater dirigism and state intervention (represented by López Obrador and Alberto Fernández), using, for the purpose of a more precise comparative cut, American heads of state that integrate the G20. However, the emergence of the consequences of the planetary contagion of COVID-19, which began in January 2020, and the subsequent declaration of Pandemic by the World Health Organization prompted an abrupt turn in the manifestations of ultraliberalism, neo-interventionism and the revival of Keynes' model.

The COVID-19 Pandemic Declaration served as a catalyst for agendas related to Society, State and Economy to share spaces on governmental, national and/ or transnational agendas, beyond health and epidemiology. If before the emergence of COVID-19 the world was already aware of the slowdown in Chinese growth, with the downturn in commodity prices, US taxation policies, fall in oil prices/ demand and expansion of indices of unemployed and/ or

²¹ CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real. A crise financeira mundial, o estado e a democracia econômica. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 1, p. 46-56, 2009.

²² According to the terminology used in: KHANNA, Parag. **Como governar o mundo: um roteiro para o próximo renascimento**. Tradução de Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2011.

²³ TOURAINE, Alan. Após a crise. A decomposição da vida social e o surgimento de novos atores não sociais. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 20-25.

underemployed, and rise of the dollar, the pandemic combined a scenario of recession and the need for state intervention and proactivity. Thus, part of the policies presented as responsive to the Pandemic, in fact, seek to resolve pre-existing economic and regulatory non-conformities.

Argentina, Brazil, the USA and Mexico, at the same time, published ordinary and/ or emergency normative acts to face the crisis generated by COVID-19. Also within the context of an epidemiological and medical emergency, these governments focused on actions of state neo-interventionism on the economic activity, making use of public law procedures. Thus, by promoting economic intervention, the aforementioned States, whether liberal or not, have implemented Keynes' postulates, seen in mechanisms related to full employment, control of inflation and substantial State intervention in the economy

Argentina, Brazil, the USA and Mexico, using multiple ways, broke with the epistemological basis of economic liberalism and with the neoliberalism created in Bretton Woods and in the Chicago School when, at the start, they ignored their respective public spending limits and public debt limits. In Brazil, in particular, the publication of Legislative Decree no. 06, on March 20, 2020, which recognizes public calamity under the terms of Complementary Law no. 101/2000, imposes a move away from the guidelines of the current government's economic portfolio, abandoning the ongoing notion of ultraliberalism. In the same context, reference should be made to the granting of extraordinary credit to the Ministry of Economy of R\$ 51,641,629,500.00, according to Provisional Measure 935, of April 1, 2020.

At the same time, the said States have introduced permissions to grant extraordinary credit, manage credit risk operations and restructure credit operations, intervening to allow greater fluidity of financial assets to legal entities and individuals, including in the banking system, functions that transcend frame of caution and ballast. Specifically Brazil, through Resolution no. 4,782, of March 16, 2020, from its Central Bank, faced the issue of "problem assets", promoting clear interventionism. Meanwhile, the American Federal Reserve reduced the interest rate to zero to induce the contracting of credit and the circulation of currency in the most diverse social strata, and actually reconfiguring the notion of loan to the idea of transfer of liquidity, similar to that defended by Amartya Sen (2010).

When considering full employment, the central pillar of the Keynesian proposal, the neo-interventionist policies of the abovementioned States to deal with the crisis arising from the COVID-19 Pandemic, focused primarily on the preservation of formal ties, aiming at curbing indicators of unemployment and lack of occupation. In this scenario, the proposals of the Brazilian government that prioritized the preservation of employment contracts at the expense of the maintenance of income standards, are highlighted, as observed by the wording given to Provisional Measures 927 (published on March 22, 2020), 928 (published on March 23, 2020), and 936 (published on April 1, 2020).

All these Provisional Measures entered a clear space of intervention, through Public Law, in private initiative and free initiative, through dirigism and interventionism. However, Brazil opted for more lenient ways than those published by the American and Argentine governments, which demanded the maintenance of formal ties and agreed remunerations. In the case of Argentina, unmotivated dismissals and suspensions of employment contracts were prohibited for a period of sixty days (Decree 329, of March 31, 2020). The American government, on the other hand,

adjusted the sending of a government check in the amount of one thousand dollars to meet the basic needs of the population, which in two weeks ended up reaching more than ten million new unemployed²⁴.

In different ways, the States under consideration sought to preserve employment mechanisms through the maintenance of formal contracts as a strategic economic indicator and, on the other hand, to create minimum income models at the time of crisis and on the eve of economic depression. Thus, in line with neo-interventionism, with a Keynesian bias, they aim to safeguard subsistence, keep the capitalist gears of consumption in operation and signal rationality and clarity to the market.

An identical purpose is observed in dealing with emergency strategies for the preservation of entrepreneurial activities of small businesses and/ or with a differentiated tax regime. With the argument of maintaining activities and jobs, special lines of credit were granted, with more relaxed tax obligations and less bureaucracy (Resolution 152, March 18, 2020 and Provisional Measure 932, March 31, 2020). Argentina, Brazil, the United States and Mexico, each by their own means, have established Keynesian guidelines to distribute economic incentives among self-employed workers, self-employed professionals and individual entrepreneurs, whether through social security or minimum income for the family group.

However, while such measures may flirt with neoliberal precepts, the constraints placed on such protective mechanisms and the counterparts regarding the election of strategic sectors for the State, signal a hypothesis of neo-interventionism. In that sense, President Trump's behaviour is self-explanatory when he imposes on General Motors the duty of production planned by the State of essential products, according to the Defense Production Law, passed in 1950, in contrast to the neoliberal primer. Along similar lines, even after the publication of Provisional Measure no. 881, of April 30, 2019 (Law of Economic Freedom), there is a distancing from the neoliberal guidelines, for example, in the case of the request for intervention in a private hospital network in São Paulo due to the high number of deaths by COVID-19.

In addition to the aforementioned cases, one cannot ignore the broader panorama of neo-Keynesianism and neo-interventionism gathering political-economic models of liberal or social orientation during the COVID-19 Pandemic that go beyond the limits established by the rules of tax responsibility and countries inject extraordinary amounts of their revenues for public health care and economic dynamics. Trump's ultraliberalism injected a \$ 2 trillion dollar economic package, when the 2019 GDP registered \$21.4 trillion (approximately 9.9% of the GDP invested in intervention and public policies). The Brazilian followers of the so-called Chicago School, against interventionism, whose ideas are the majority in the adoption of economic policies in the Bolsonaro government, promise to inject up to R\$ 700 billion, for a GDP of R\$ 7.3 trillion, with the edition of Amendment to the Constitution pending. Argentina announced a budget of approximately \$450 billion Argentine pesos, with a GDP of approximately US\$ 600 billion. Just as a comparison, Peru, also liberally oriented, announced the release of an amount equivalent to 12%

²⁴ LONG, Heather. *Over 10 million Americans applied for unemployment benefits in March as economy collapsed. The Washington Post*. Retrieved from https://www.washingtonpost.com/business/2020/04/02/jobless-march-coronavirus/?hpid=hp_hp-top-table-high_banner-hed%3Ahomepage%2Fstory-ans&itid=hp_hp-top-table-high_banner-hed%3Ahomepage%2Fstory-ans on Apr 2 2020.

of its GDP (US\$ 25 billion) to aid the economy²⁵.

Therefore, due to the widespread allocation of public resources, treasuries that have already been in deficit or recovery, propose legislative measures that aim to re-discuss tax regimes, sources of collection and structural reforms. In Brazil, this is the case of Bill no. 924/2020, which aims to regulate the tax on large fortunes, provided since 1988, in the Federal Constitution. In this way, a new flank of state intervention in the economy opens up, mischaracterizing the political and economic agenda of the minimal state and ultraliberalism previously underway.

FINAL CONSIDERATIONS

The scenario unveiled since the COVID-19 pandemic, especially when it arrived at the Western countries, forced a turn by States and their governments towards emergency and exceptional measures for the contingency of epidemiological, social, economic and legal crises. Thus, regimes where ultraliberalism was increasing had to change assumptions towards patterns of neo-interventionism and the adoption of a new understanding of Keynes's postulates - hence Neo-Keynesianism.

In the span of a week, especially in the scenario of America, the antagonism between ultraliberal governments and governments of greater dirigisme and intervention was overcome to establish mechanisms of direct state action in the private sector and public policies against budget control policies, pro employment and the creation of minimum incomes, the about turn by Trump being emblematic, with measures of a larger scale than the New Deal. It is also noticeable the clear and unequivocal option that these governments have for state intervention mechanisms, invoking attributes of sovereignty to marginalize soft law, self-regulation and or regulation mechanisms. Thus, from health policies to labour relations, they have become central again.

However, while the effectiveness of the measures taken is still under assessment, due to time passing and the highly volatile social dynamics, it is necessary to consider that the return to Keynes, either through Neo-Keynesianism or the more conservative version of his postulates, it is necessary to consider the following variables, especially in the case of Brazil: a) the significant level of deficit of public budget, which might now exceed 200 million Reals; b) the increase in taxes tends to impact on the productive and commercial attractiveness of the country, generating side costs that will harm the competitive environment; c) the present political and ideological polarization that hinders the government's dialogue with its citizens, hindering mutual negotiations and concessions; d) the democratic control of intervention measures, so that they do not become excessive authoritarianism and arbitrariness and; e) transparency in the management of the means of intervention and economic direction by public law institutes.

Finally, in an emblematic way, the condition of the effectiveness of the intervention measures of a Keynesian nature is not based only on the amount of currency put into circulation by the national treasuries herein discussed. It is a *sine qua non* condition that Public Law is properly managed to optimize proactive actions by these Governments, in line with the real demands during and after the COVID-19 Pandemic to maintain income, employment conditions, capitalist production and consumer flows of the country. Otherwise, unmanageable deficits,

²⁵ Data from the government websites mentioned, retrieved in the period from 31/03 to 03/04/2020.

unemployed ranks and staggered bankruptcy successions will be boosted. More than ever, episodes related to COVID-19 demand the duty of states to provide assistance and interventions.

REFERENCES

ANTÓN, Joan et alii. **El liberalismo**. Madrid: Tecnos, 1996.

CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real. A crise financeira mundial, o estado e a democracia econômica. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 1, p. 46-56, 2009.

_____. **Parlamentarismo em Estados Contemporâneos**: os Modelos da Inglaterra, Portugal, França e Alemanha. 1. ed. Itajaí: Editora da Universidade do Vale do Itajaí, 2000.

DAHRENDORF, Ralf. **O conflito social moderno**: um ensaio sobre a política da liberdade. São Paulo: Jorge Zahar Editor/USP, 1992.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. Saraiva, 1985.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

KHANNA, Parag. **Como governar o mundo**: um roteiro para o próximo renascimento. Tradução de Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2011

LONG, Heather. *Over 10 million Americans applied for unemployment benefits in March as economy collapsed. The Washington Post*. Retrieved from https://www.washingtonpost.com/business/2020/04/02/jobless-march-coronavirus/?hpid=hp_hp-top-table-high_banner-hed%3Ahomepage%2Fstory-ans&itid=hp_hp-top-table-high_banner-hed%3Ahomepage%2Fstory-ans on Apr 2 2020.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado Contemporâneo**. 3 ed. Florianópolis: OAB/SC Editora co-edição Editora Diploma Legal, 2003.

RAWLS, John. **Teoría de la justicia**. Tradução de de María Dolores González. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

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

REALE, Miguel. O estado democrático de direito e o conflito das ideologias, 3 ed. Editora Saraiva, 2005.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Trad. Laura Texeira Motta. São Paulo, Companhia das Letras, 2010.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**: Uma Investigação sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações. São Paulo: Madras, 2009.

STAFFEN, Márcio Ricardo; ZAMBAM, Neuro José. **Direito global e desigualdades**: um estudo a partir do “direito dos povos” de John Rawls. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 10, n. 1, p. 243-258, out. 2015.

TOURAINÉ, Alain. **O que é a democracia?** Editora Vozes, 1996.

TOURAINÉ, Alan. Após a crise. A decomposição da vida social e o surgimento de novos atores não sociais. Petrópolis: Vozes, 2011.

A PROTEÇÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE NO CASO NUESTRA TIERRA VS. ARGENTINA E O ATIVISMO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Ana Maria D'Ávila Lopes¹

INTRODUÇÃO

Em 6 de fevereiro de 2020, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) proferiu sentença no caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, por meio da qual condenou o Estado argentino a conceder um título de propriedade coletiva às cinco comunidades membros dessa Associação, além de indenizá-las pela violação aos seus direitos ao meio ambiente sadio, à alimentação adequada, à água e à identidade cultural.

Não foi essa a primeira vez que a CorteIDH condenou um Estado pela violação de direitos dos indígenas, mas em casos anteriores tinha se limitado a reconhecer a violação de direitos individuais, em especial à propriedade privada, prevista no art. 21¹ da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) (OEA, 1969). Nesta oportunidade, no caso Nuestra Tierra vs. Argentina, a CorteIDH inovou ao garantir a proteção de um direito coletivo e por se pronunciar sobre direitos não previstos expressamente na CADH: meio ambiente sadio, alimentação adequada e água, sob o argumento de estarem incluídos no art. 26 dessa Convenção (OEA, 1969), que trata sobre a progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais².

Embora essa ampliação do leque de direitos humanos judicializáveis perante a CorteIDH possa, à primeira vista, ser considerada um importante avanço, verifica-se que revela também um forte ativismo desse Tribunal. Observe-se, por exemplo, que o art. 19.6³ do Protocolo de São

¹ “Artigo 21. Direito à propriedade privada

1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.
2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.
3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei.” (OEA, 1969).

² “CAPÍTULO III

DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Artigo 26. Desenvolvimento progressivo

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados”.

³ “Artigo 19 Meios de proteção

[...]

6. Caso os direitos estabelecidos na alínea a do artigo 8, e no artigo 13, forem violados por ação imputável diretamente a um Estado Parte deste Protocolo, essa situação poderia dar lugar, mediante participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, quando cabível, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à aplicação do sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos” (OEA, 1988, grifo e sublinhado no original).

Salvador (PSS), de 1988⁴, estabelece expressamente que os únicos dois direitos econômicos, sociais e culturais judicializáveis são o direito à liberdade sindical e o direito à educação, portanto, a CorteIDH não poderia ter condenado um Estado pela violação do direito ao meio ambiente.

Nesse contexto, o objetivo do presente trabalho é discutir se a inclusão do direito ao meio ambiente como um direito judicializável constitui manifestação de um ativismo descontrolado da CorteIDH e se isso coloca em risco sua legitimidade. Não há como negar os aspectos positivos da ampliação dos direitos judiciais em qualquer sistema jurídico, mas a questão é se esses aspectos positivos podem ser sobrepor às normas que estruturam e estabelecem as regras de competência dos órgãos desse sistema. Ignorar as normas procedimentais, não seria uma forma de fragilizar a legitimidade do próprio sistema?

Para responder esses questionamentos foi realizada pesquisa bibliográfica e documental na doutrina pátria e comparada, bem como na legislação e jurisprudência nacional e interamericana, cujos dados foram analisados se utilizando do método dedutivo.

Assim, o presente texto inicia explicitando as competências da CorteIDH, conforme previsto na CADH, incluindo uma análise da OC-23/17, por meio da qual a CorteIDH declarou o meio ambiente sadio como um direito judicializável no SIDH. Seguidamente, os principais pontos da sentença do caso *Nuestra Tierra vs. Argentina* são sinteticamente expostos e analisados criticamente. Finalmente, o ativismo da CorteIDH é discutido buscando demonstrar a necessidade de uma autocontenção como forma de evitar a fragilização da sua legitimidade.

1. AS COMPETÊNCIAS DA CORTE INTERAMERICANA E A OPINIÃO CONSULTIVA OC-23/17

Os esforços para evitar a repetição dos horrores cometidos durante a Segunda Guerra Mundial provocaram uma grande mudança no cenário internacional. Assim, a proteção dos direitos humanos deixou de se restringir ao âmbito interno de cada Estado para passar a ser uma tarefa da sociedade internacional. Desse modo, em 1948, a Organização das Nações Unidas (ONU) instituiu um sistema global de proteção de direitos humanos, tendo como principal documento a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.⁵ Inspirados nessa iniciativa global, criaram-se três sistemas regionais nos continentes europeu, americano e africano. O Estado brasileiro é parte do sistema global e do interamericano⁶.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) foi criado em 1948 por meio da Carta de Bogotá que instituiu a Organização dos Estados Americanos (OEA). Dentre seus principais documentos destacam-se a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (DADH), de 1948; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) ou Pacto de San José da Costa Rica,

⁴ OEA – ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Protocolo adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais**, “Protocolo de San Salvador”, de 17 de novembro de 1988. Disponível em: http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm Acesso em: 16 out. 2020.

⁵ ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>. Acesso em: 04 dez. 2020.

⁶ LOPES, Ana Maria D’Ávila. CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**. v. 22, n. 2, p. 82-94, Passo Fundo, jul/dez, 2016. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1367/1004> Acesso em: 13 out. 2020.

de 1969, que prevê direitos individuais e políticos; e o Protocolo Adicional à CADH ou Protocolo de San Salvador (PSS), de 1988, que estabelece direitos econômicos, sociais e culturais. O SIDH possui dois órgãos principais: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH). A estrutura e competências desses órgãos encontram-se estabelecidas na CADH.⁷

A CIDH, criada em 1959, possui sede em Washington D.C e está composta por sete membros, eleitos pela Assembleia Geral da OEA, de uma lista proposta pelos Estados-membros (art. 34). Tais membros atuam de forma pessoal, isto é, apesar de serem de algum desses Estados, não os representam. O mandato é de 4 anos, renovável uma vez (art. 37). Dentre as principais competências da CIDH, podem citar-se as de receber, analisar e investigar, inclusive *in locu*, petições individuais de violações aos direitos humanos (art. 41). Compete também à CIDH, remeter os casos à jurisdição da Corte IDH, emitir relatórios sobre o cumprimento dos direitos humanos na região e recomendar aos Estados-membros a adoção de medidas para a melhor proteção desses direitos.

A CorteIDH, criada pela CADH de 1969, está formada por sete juízes naturais dos Estados-membros da OEA, com mandato de 6 anos, renovável uma vez, cuja sede localiza-se na cidade de São José da Costa Rica (arts. 51 a 54). A Corte IDH possui dois tipos de competência: contenciosa e consultiva.

A competência contenciosa da CorteIDH, regulada na CADH⁸, exercer-se a partir da propositura de petição ou comunicação de qualquer pessoa, grupo de pessoas, ONG ou qualquer Estado parte da OEA perante a CIDH, diante da violação de algum direito previsto na CADH por um Estado parte, conforme estabelecido no artigo 44. A petição dirigida à CIDH deve ser escrita e atender os requisitos de admissibilidade dispostos no artigo 46. Uma vez admitida a petição, a CIDH solicita ao Governo do Estado denunciado o envio, dentro de um prazo razoável, de informações (artigo 48,1, “a”). Recebidas essas informações, a CIDH verifica se ainda persistem os motivos da denúncia. Em caso negativo arquiva o expediente (artigo 48,1, “b”), mas se subsistirem, analisa, com o conhecimento das partes, a petição, procedendo, caso necessário, a uma investigação, podendo solicitar às partes qualquer informação (artigo 48,1, “d” e “e”). Em todo momento, a CIDH coloca-se à disposição das partes para chegar a uma solução amistosa (artigo 48,1, “f”). Se não houver solução amistosa, a CIDH redige relatório, que pode conter recomendações, e o encaminha ao Estado denunciado (artigo 50). Se após três meses do relatório ter sido encaminhado o problema não for solucionado, a CIDH faz “as recomendações pertinentes e fixa[rá] um prazo dentro do qual o Estado deve tomar as medidas que lhe competirem para remediar a situação examinada” (artigo 51). Transcorrido esse prazo, a CIDH analisa se o Estado atendeu ou não as recomendações indicadas. Caso não tenham sido atendidas, se o Estado reconhecer a competência contenciosa desse tribunal, poderá ser denunciado pela CIDH perante a CorteIDH⁹, que profere sentença judicial fundamentada, definitiva e inapelável. Contudo, se o

⁷ OEA – ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em: 16 out. 2020.

⁸ OEA – ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em: 16 out. 2020.

⁹ O Estado brasileiro reconheceu a jurisdição contenciosa da CorteIDH por meio do Decreto nº 4.463, de 08 de novembro de 2002, para o julgamento de fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998 (BRASIL, 1998), dando prosseguimento ao processo de abertura à proteção internacional dos direitos humanos, iniciado com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Estado não reconhecer a competência contenciosa da CortelDH, a CIDH deverá enviar o relatório à Assembleia Geral da OEA (artigo 62)¹⁰.

A competência consultiva da CortelDH, prevista no art. 64 da CADH¹¹, pode ser solicitada por qualquer Estado-membro da OEA, ou órgão enumerado no Capítulo X da Carta da OEA¹², em duas situações: a) em relação à interpretação da CADH e a legislação interna de algum Estado-membro da OEA; ou, b) a respeito de qualquer outro tratado de direito humano e a legislação interna de algum Estado-membro da OEA.

Em relação ao primeiro tipo de consulta, Correia¹³ entende que a CortelDH pode emitir parecer sobre a compatibilidade da CADH e qualquer norma jurídica interna do Estado-membro, inclusive a respeito de normas constitucionais e de projetos de lei. Em relação ao segundo tipo, Correia¹⁴ afirma possuir aplicação ampla, na medida em que pode abranger tratados internacionais bilaterais ou multilaterais, envolvendo não somente os Estados-membros do SIDH, mas também alheios a esse Sistema. Neste último caso, a Corte IDH pronunciar-se-á apenas em relação às obrigações dos Estados-membros¹⁵.

No procedimento de solicitação de opiniões consultivas (OCs), diferentemente do contencioso, não há demandantes nem demandados, bem como também não há nenhum mecanismo de reparação, tendo em vista se tratar de um processo de consulta¹⁶. Depois de recebida e admitida a solicitação de consulta, o Secretário da CortelDH deve remeter uma cópia desta aos Estados-membros, à CIDH, ao Secretário-Geral da OEA e aos órgãos da OEA interessados no tema, conforme estabelecido no art. 73 do Regulamento da CortelDH¹⁷, para que, no prazo fixado, possam enviar as observações que acharem oportunas.

Por meio das OCs, a CortelDH determina se o Estado-membro tem ou não efetivamente adequado suas normas internas às obrigações contraídas na CADH ou em outro tratado de direitos humanos. Nesse sentido, pode-se afirmar que as OCs atuam de forma preventiva, tendo em vista alertarem os Estados sobre a incompatibilidade das suas normas internas e os documentos internacionais de proteção aos direitos humanos, considerados um *corpus juris*¹⁸. Até outubro de

¹⁰ LOPES, Ana Maria D'Ávila. DAMASCENO, Mara Livia. Procedimento de solução amistosa perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos: casos brasileiros. **Pensar**, Fortaleza, v. 25, n. 2, p. 1-18, abr./jun, 2020. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/10162/pdf> Acesso em: 13 out. 2020.

¹¹ OEA – ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em: 16 out. 2020

¹² OEA – ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Carta da Organização dos Estados Americanos**, de 30 de abril de 1948. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/decreto-30544-1952-carta-da-organizacao-dos-estados-americanos> Acesso em: 16 out. 2020.

¹³ CORREIA, Theresa Rachel Couto. **Corte interamericana de direitos humanos: repercussões jurídicas das opiniões consultivas**. Curitiba, Juruá, 2008.

¹⁴ CORREIA, Theresa Rachel Couto. **Corte interamericana de direitos humanos: repercussões jurídicas das opiniões consultivas**.

¹⁵ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: pacto de san José da Costa Rica**. 3. ed. São Paulo, Revista Dos Tribunais, 2010.

¹⁶ CORREIA, Theresa Rachel Couto. **Corte interamericana de direitos humanos: repercussões jurídicas das opiniões consultivas**. Curitiba, Juruá, 2008. p. 149.

¹⁷ CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos**, aprovado pela Corte no seu LXXXV Período Ordinário de Sessões celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf Acesso em: 29 out. 2020.

¹⁸ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: pacto de san José da Costa Rica**. 3. ed. São Paulo, Revista Dos Tribunais, 2010, p. 308.

2020, a CorteIDH tinha emitido 25 OCs¹⁹.

Uma das OCs mais relevantes por seu caráter inovador é a Opinião Consultiva nº 23, de 15 de novembro de 2017 (OC-23/2017), sobre o direito ao meio ambiente sadio. A consulta foi solicitada pelo Estado da Colômbia, em 14 de março de 2016, em relação a como interpretar sua obrigação de proteger os direitos à vida e à integridade pessoal, previstos na CADH, diante dos riscos que a construção e uso de grandes obras de infraestrutura poderiam provocar no ambiente marinho da Região do Grande Caribe e, conseqüentemente, nos direitos dos habitantes das costas e ilhas próximas²⁰.

No parágrafo 43 da OC-23/2017, a CorteIDH reiterou sua posição a respeito dos tratados de direitos humanos, considerados “instrumentos vivos, cuja interpretação deve acompanhar a evolução do tempo e as condições dos dias atuais”²¹. Acrescentou, ainda, que essa forma de interpretar a CADH encontra base legal no art. 29²² da própria Convenção Americana, bem como os arts. 31 e 32²³ da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969²⁴.

¹⁹ CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina**, julgado em 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_400_esp.pdf Acesso em: 16 out. 2020.

²⁰ CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-23/17**, de 15 de novembro de 2017a. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh/OpinioConsultiva23versofinal.pdf> Acesso em: 16 out. 2020.

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Lagos del Campo vs. Perú**, julgado em 31 de agosto de 2017b. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf Acesso em: 16 out. 2020.

²¹ CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-23/17**, de 15 de novembro de 2017a. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh/OpinioConsultiva23versofinal.pdf> Acesso em: 16 out. 2020.

²² “Artigo 29. Normas de interpretação

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;
- c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e
- d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza” (OEA, 1969, grifo e sublinhado no original).

²³ “Artigo 31

Regra Geral de Interpretação

1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.
2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos:
 - a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado;
 - b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado.
3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto:
 - a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições;
 - b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação;
 - c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes.
4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes.

No parágrafo 44 dessa mesma OC, a CorteIDH manifestou existir “um extenso *corpus juris* de direito ambiental internacional”, e que “embora não lhe corresponde emitir uma interpretação direta dos diferentes instrumentos de direito ambiental, indubitavelmente os princípios, direitos e obrigações ali contidos, contribuem em forma decisiva a fixar o alcance da Convenção Americana”²⁵.

Todavia, é nos parágrafos 56 e 57 que a CorteIDH é mais enfática ao determinar que o direito ao meio ambiente, previsto no art. 11 do Protocolo de San Salvador²⁶, deve ser considerado incluído entre os direitos econômicos, sociais e culturais protegidos pelo art. 26 da CADH. Reiterando, ainda

a interdependência e indivisibilidade existente entre os direitos civis e políticos, e os econômicos, sociais e culturais, já que devem ser entendidos integralmente e de forma conglobada como direitos humanos, sem hierarquia entre si e exigíveis em todos os casos ante aquelas autoridades que resultem competentes para isso (CORTEIDH, 2017a, par. 57).

Foi, dessa maneira, que o direito a um meio ambiente sadio passou a ser judicializável perante a CorteIDH, sendo *Nuestra Tierra vs. Argentina* o primeiro caso no qual um Estado foi condenado pela violação desse direito.

Impende, entretanto, observar que no caso *Lagos del Campo vs. Perú* de 2017 (CORTEIDH, 2017b), a Corte IDH já tinha declarado ser competente para julgar os direitos previstos no art. 26 da CADH, contrariando o disposto no art. 19.6 do PSS (OEA, 1988) que, como linhas acima mencionada, expressamente confere esse caráter de judiciabilidade aos direitos à liberdade sindical e educação.

2. O CASO NUESTRA TIERRA VS. ARGENTINA

No dia 6 de fevereiro de 2020, a CorteIDH proferiu sentença no caso *Nuestra Tierra vs. Argentina*, na qual ratificou os parâmetros que antes tinha fixado sobre a propriedade coletiva da terra dos povos indígenas, considerada única e indivisível.

O caso trata da reivindicação do título de propriedade coletiva das terras ancestralmente ocupadas pelas comunidades indígenas membros da Associação Lahka Hohnat, de modo a conseguir a expulsão de pessoas não indígenas que realizam atividades de pastoreio, corte ilegal

Artigo 32

Meios Suplementares de Interpretação

Pode-se recorrer a meios suplementares de interpretação, inclusive aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou de determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com o artigo 31:

a) deixa o sentido ambíguo ou obscuro; ou

b) conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado” (ONU, 1969, sublinhado no original).

²⁴ ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23 de maio de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm Acesso em: 16 out. 2020

²⁵ CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-23/17**, de 15 de novembro de 2017a.

²⁶ OEA – ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Protocolo adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais**, “Protocolo de San Salvador”, de 17 de novembro de 1988. Disponível em: http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm Acesso em: 16 out. 2020.

de madeira e aramado perimetral. Essas comunidades são os povos Iyjawja (Chorote), Komlek (Toba), Niwackle (Chulupí), Tapy'y (Tapiete) e Wichí (Mataco), localizados na fronteira com Bolívia e Paraguai, da província de Salta, no norte argentino.

A controvérsia que deu lugar à demanda contra a Argentina perante a Corte IDH não girava em torno da propriedade dessas terras em si, pois já tinham sido declaradas indígenas pelo governo desse país, mas pela sua omissão em expedir o respectivo título de propriedade e garantir o seu uso sem interferência de terceiros, que estavam explorando as riquezas do lugar. A problemática é complexa porque alguns desses invasores não indígenas eram também pessoas em situação de vulnerabilidade.

Na sentença, a Corte IDH iniciou reforçando a obrigação dos Estados de delimitar e conceder às comunidades indígenas os títulos de propriedade sobre suas terras. Seguidamente, a Corte IDH, de forma inédita, determinou a obrigação da Argentina de conceder um único título de propriedade, sem subdivisões internas, a todas as comunidades da Associação Lhaka Hohnat.

Após isso, em relação aos danos provocados ao meio ambiente pelos terceiros não indígenas nessas terras, a Corte IDH, com base no art. 26 da CADH (OEA, 1969), considerou judicializáveis o direito ao meio ambiente sadio, à alimentação adequada, à água²⁷ e à identidade cultural, condenando o Estado argentino por não ter adotado as medidas necessárias para evitar esses danos e garantir adequadamente aos indígenas o exercício desses direitos.

Face esse panorama, a Corte IDH estabeleceu diversas medidas de reparação, incluindo indenizações econômicas e a restituição dos direitos violados, além da obrigação de transladar os terceiros não indígenas a outras terras no prazo de 6 anos, sendo os 3 primeiros de forma voluntária, podendo, após isso, recorrer ao despejo, assegurando-se, entretanto, nas duas situações, a realocação em terras produtivas e com acesso a serviços públicos adequados.

Angel Cabrera, Daniel Cerqueira e Salvador Herencia (2020) apontam quatro importantes contribuições dessa sentença:

- a) Fixaram-se standards gerais sobre o princípio da prevenção em matéria ambiental;
- b) Reforçou-se o protagonismo dos povos indígenas na proteção do meio ambiente e no desenvolvimento tendo em vista seus conhecimentos e práticas tradicionais;
- c) Avaliou-se a complexidade de realocar as centenas de pessoas não indígenas que teriam de deixar os territórios indígenas, estabelecendo diversas obrigações sobre como o Estado argentino deveria agir de forma a minimizar o impacto da remoção, haja vista serem também pessoas em situação de vulnerabilidade;
- d) Estabeleceu-se um fundo de desenvolvimento comunitário a favor da Associação Lhaka Hohnat com a finalidade de reparar o dano à identidade cultural sofrido, o que constitui uma novidade, na medida em que em anteriores oportunidades os fundos eram para compensar genericamente os danos materiais e imateriais.

Desde a exclusiva perspectiva da proteção de direitos humanos, as contribuições da sentença *Nuestra Tierra vs. Argentina* são inegáveis, entretanto, a questão que se levanta no

²⁷ Impende observar que a Corte IDH se pronunciou sobre o direito à água das comunidades indígenas sem que tivesse sido invocado pelos peticionários, sendo incluído na sentença com base no princípio *iura novit curiae*, ao considerá-lo parte dos direitos ao meio ambiente e à alimentação adequada e, portanto, também judicializável.

presente texto é se essas contribuições podem se sobrepor às normas previstas na CADH e no PSS que expressamente não autorizam à CorteIDH a julgar um país pela violação desses direitos.

3. ATIVISMO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O caso *Nuestra Tierra vs. Argentina* constitui a mais recente manifestação de ativismo da CorteIDH, na medida em que ela mesma, contrariando a CADH e o PSS, ampliou a lista de direitos judicializáveis para poder condenar um Estado, levantando, mais uma vez, questionamentos sobre a legitimidade da sua atuação.

Lembre-se que, em abril de 2019, Argentina, Brasil, Chile, Paraguai e Peru enviaram uma carta ao secretário executivo da CIDH, Paulo Abrão, manifestando sua preocupação com os excessos da CorteIDH e da CIDH:

Desde esta perspectiva, la declaración considera que los Estados gozan de un razonable margen de autonomía para resolver acerca de las formas más adecuadas de asegurar derechos y garantías, como forma de dar vigor a sus propios procesos democráticos. La declaración plantea que dicho margen de apreciación debe ser respetado por los órganos del sistema interamericano.

También la declaración hace hincapié en la necesidad de que tanto la Comisión como la Corte apliquen de forma estricta las fuentes de derecho internacional en la resolución de los casos sujetos a su conocimiento. En este caso, dichas fuentes se identifican, principalmente, con el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

A su vez, la declaración enfatiza la importancia del debido conocimiento y consideración de las realidades de los Estados por parte del sistema interamericano y la necesidad de que las formas de reparación guarden una debida proporcionalidad y respeten los ordenamientos constitucionales y jurídicos de esos Estados (BRASIL, 2019, grifo nosso).

Esse forte ativismo da CorteIDH vem se manifestando já há vários anos, configurando, junto com os fenômenos da punitivização e da nacionalização, um processo que Malarino denomina *metamorfose*:

A través de toda esta jurisprudencia, la Corte interamericana extendió en gran medida, por un lado, su poder de control (ampliación de la base jurídica y temporal –y con ello fáctica- sobre la cual puede pronunciarse) y, por el otro, su poder de imposición (ampliación de lo que puede ordenar como reparación y de los casos en que puede hacerlo). Estos cambios, y principalmente el último, alteraron en tal medida su fisonomía como tribunal judicial que hoy es posible constatar una suerte de metamorfosis de la Corte interamericana²⁸

Esses três fenômenos vêm, segundo Malarino²⁹, conferindo um conteúdo antiliberal e antidemocrático à atuação da CorteIDH, conforme sintetizado nas seguintes linhas:

a) Ativismo: refere-se à alteração da CADH que a CorteIDH realiza sob a alegação da

²⁸ MALARINO, Ezequiel. Activismo judicial, punitivización y nacionalización: Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: EISNER, Gisela; AMBOS, Kal; MALARINO, Ezequiel. **Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional**. Madri: Fundación Konrad-Adenauer, p. 25-82, 2010, p. 5. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=444576> Acesso em: 25 out. 2020.

²⁹ MALARINO, Ezequiel. Activismo judicial, punitivización y nacionalización: Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

necessidade da sua atualização O ativismo se manifesta de diferentes formas. Uma delas, por exemplo, foi quando a CorteIDH, no caso *Barrios Altos vs. Peru*, de 2001, afirmou que a proibição de leis de anistia de delitos graves tinha como base a interpretação literal da CADH, sendo que não há norma expressa nesse documento que vede esse tipo de lei,

43. [...] Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles **con la letra** y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.³⁰ (grifo nosso).

b) Punitivização: consubstancia-se no reconhecimento, por parte da CorteIDH, de novos direitos das vítimas, os quais terminam por neutralizar os direitos da pessoa submetida a processo, cujos direitos sim estão expressamente previstos na CADH. Exemplo foi a decisão no caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, de 2006, na qual a CorteIDH flexibilizou o princípio *ne bis in idem* estabelecido no artigo 8.4 da CADH, alegando que, no caso de surgirem novos fatos ou provas, seria possível um novo julgamento em se tratando de crimes contra a humanidade,

154. En lo que toca al principio *ne bis in idem*, aún cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto [...] Por otro lado, esta Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe un sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*.³¹

c) Nacionalização: consiste na intromissão da CorteIDH nas funções judiciais, legislativas e executivas do Estado condenado, por meio da criação e imposição de novas medidas sancionatórias, além das previstas no artigo 63 da CADH (OEA, 1969). Exemplo disso foi a decisão no caso *La Cantuta vs. Peru*, de 2006 (CorteIDH, 2006), na qual a CorteIDH, além de indenização, fixou outras medidas a serem cumpridas pelo Estado.

Atualmente, no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) é possível identificar cinco tipos de medidas sancionatórias (CIDH, 2013) que podem ser aplicadas contra os Estados, sendo que apenas a primeira e a segunda estão previstas na CADH, mais precisamente no artigo 63 (OEA, 1969).

a) Medidas de compensação econômica, ou seja, o pagamento de uma indenização às vítimas e/ou seus familiares pelos danos morais e patrimônios sofridos;

b) Medidas de restituição, referem-se, por exemplo, à devolução de terras de propriedade individual ou coletiva, liberação de pessoas que possam ter sido aprisionadas arbitrariamente ou até mesmo o retorno ao emprego;

c) Medidas de satisfação, compreendem, dentre outras, o reconhecimento público e o pedido de desculpas do Estado pelos atos de violação de direitos contra as vítimas, incluindo atos

³⁰ CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Barrios Altos vs. Peru*.

³¹ CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Cantuta vs. Peru*

de dignificação das vítimas, a busca de corpos e entrega aos seus familiares, investigações eficazes, julgamentos efetivos e aplicação de sanções penais ou administrativas, construções de monumentos e edificações em nome e honra das vítimas;

d) Medidas de não repetição, referem-se a mudanças legislativas ou implementação de políticas públicas, a exemplo da capacitação de servidores públicos e profissionais que atuam no assunto em controvérsia;

e) Medidas de reabilitação médica, psicológica e social direcionadas às vítimas e/ou seus familiares, ou seja, cobertura dos gastos médicos, atendimento médico prioritário e gratuito, bem como plano de saúde permanente.

Observa-se, portanto, e sem desconsiderar os inúmeros acertos do SIDH na proteção e promoção dos direitos humanos no continente, que há uma crescente preocupação na região em relação aos rumos que esse Sistema vem tomando, haja vista a auto-ampliação das competências dos seus órgãos, com repercussões diretas na soberania dos Estados membros, levantando questionamentos sobre a sua legitimidade.

No caso *Nuestra Tierra vs. Argentina* objeto de análise do presente trabalho, a CorteIDH afirmou serem os tratados internacionais documentos vivos “cuja interpretação deve acompanhar a evolução do tempo e as condições dos dias atuais”³², com o que se concorda, mas acrescentar novos direitos aos formulados expressamente no CADH e contra o estabelecido expressamente no PSS não é questão de interpretação, mas de claro ativismo. Se a CADH e o PSS ficaram ultrapassados diante da “evolução do tempo e as condições dos dias atuais”, é a Assembleia Geral da OEA a quem cabe atualizar esses documentos, conforme previsto nos arts. 76 e 77³³ da CADH e no art. 22³⁴ do PSS.

Ignorar essas normas constitui séria afronta ao procedimento de formulação e reforma

³² CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-23/17**

³³ “Artigo 76

1. Qualquer Estado Parte, diretamente, e a Comissão ou a Corte, por intermédio do Secretário-Geral, podem submeter à Assembléia Geral, para o que julgarem conveniente, proposta de emenda a esta Convenção.
2. As emendas entrarão em vigor para os Estados que ratificarem as mesmas na data em que houver sido depositado o respectivo instrumento de ratificação que corresponda ao número de dois terços dos Estados Partes nesta Convenção. Quanto aos outros Estados Partes, entrarão em vigor na data em que depositarem eles os seus respectivos instrumentos de ratificação.

Artigo 77

1. De acordo com a faculdade estabelecida no artigo 31, qualquer Estado Parte e a Comissão podem submeter à consideração dos Estados Partes reunidos por ocasião da Assembléia Geral, projetos de protocolos adicionais a esta Convenção, com a finalidade de incluir progressivamente no regime de proteção da mesma outros direitos e liberdades.
2. Cada protocolo deve estabelecer as modalidades de sua entrada em vigor e será aplicado somente entre os Estados Partes no mesmo” (OEA, 1969, grifo e sublinhado no original).

³⁴ “Artigo 22

Incorporação de outros direitos e

ampliação dos reconhecidos

1. Qualquer Estado Parte e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos poderão submeter à consideração dos Estados Partes, reunidos por ocasião da Assembléia Geral, propostas de emendas com o fim de incluir o reconhecimento de outros direitos e liberdades, ou outras destinadas a estender ou ampliar os direitos e liberdades reconhecidos neste Protocolo². As emendas entrarão em vigor para os Estados ratificantes das mesmas na data em que tiverem depositado o respectivo instrumento de ratificação que corresponda a dois terços do número de Estados Partes neste Protocolo. Quanto aos demais Estados Partes, entrarão em vigor na data em que depositarem seus respectivos instrumentos de ratificação” (OEA, 1988 grifo e sublinhado no original).

desses documentos internacionais, podendo, portanto, justificar o seu descumprimento pelos Estados partes que considerem serem claras manifestações de ilegalidade e, consequentemente, de ilegitimidade na atuação da CorteIDH, o que deve firmemente ser evitado.

Nesse sentido, e sem desconhecer o papel essencial do SIDH para a proteção dos direitos humanos no nosso continente, bem como as valiosas contribuições já realizadas pela CorteIDH e pela CIDH, objetiva-se demonstrar a necessidade de uma autocontenção desses dois órgãos em prol da manutenção do próprio Sistema.

A CADH e o PSS precisam serem atualizados, tanto no que se refere aos direitos judicializáveis como as medidas sancionatórias que podem ser impostas aos Estados violadores desses direitos. Precisam, também, serem atualizadas as competências dos órgãos do SIDH para ampliarem seus mecanismos de prevenção, controle, julgamento e sanção dessas violações. Essa é uma tarefa que compete à Assembleia Geral da OEA, cabendo a todos nós exigir das autoridades internas a adoção das medidas necessárias para que isso realizado, conforme as normas previstas para esse feito, e não por outras vias que possam colocar em risco a própria legitimidade do SIDH e irremediavelmente prejudicando a proteção dos direitos humanos no nosso continente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em 6 de fevereiro de 2020, a CorteIDH condenou o Estado argentino pela violação aos direitos ao meio ambiente sadio, à alimentação adequada, à água e à identidade cultural, das cinco comunidades indígenas integrantes da Associação Lhaka Honhat, no caso mais conhecido como *Nuestra Tierra vs. Argentina*.

Trata-se de um caso polemicamente relevante na medida em que, por um lado, foi a primeira vez em que a CorteIDH condenou um Estado pela violação direta ao direito ao meio ambiente sadio, mas, por outro lado, constitui também uma clara confirmação do ativismo da CorteIDH, tendo em vista não ter competência para julgar a violação desse direito.

A CorteIDH só tem competência para julgar a violação dos direitos e garantias previstas na CADH, além dos direitos à liberdade sindical e à educação previstos no PSS (art. 19.6), sendo que o direito ao meio ambiente sadio está estabelecido no art. 11 do PSS.

Não há dúvida da necessidade de proteger o meio ambiente, mas pode a CorteIDH ir contra a CADH e o PSS que estabelecem claramente suas competências? Embora os documentos jurídicos sejam instrumentos vivos que devam acompanhar as mudanças da realidade, essas mudanças devem respeitar a legalidade instituída no próprio sistema, sob o risco de se perder a legitimidade. O Direito não é só forma, mas também não é só conteúdo.

Se a CADH e o PSS precisam de reformas, deve ser a Assembleia Geral da OEA quem deve assumir essa tarefa, conforme estabelecido nos arts. 76 e 77 da CADH e no art. 22 do PSS, e não a CorteIDH. Trata-se de uma situação que, com base no Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, poderia justificar, inclusive, a saída de um Estado do SIDH, conforme foi indiretamente alertado por cinco países em 2019, diante o forte ativismo da CIDH e da CorteIDH.

Esse ativismo da CorteIDH não é novo, mas se tem instaurado já há um bom tempo, tendo sido estudado por autores como Malarino, que afirma que esse Tribunal vem passando por um processo de metamorfose que está comprometendo sua própria legitimidade e a do SIDH.

Face essa realidade, o objetivo de nosso trabalho foi propor uma urgente autocontenção da CorteIDH, de modo a que exerça suas competências dentro dos contornos normativos fixados nos documentos do SIDH, sem, entretanto, desconhecer a também urgente necessidade de atualizar esses instrumentos, no intuito de aprimorar os mecanismos de proteção dos direitos humanos no nosso continente, que deve ser o maior interesse de todos nós

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. Comunicado de prensa Ministerio de Relaciones Exteriores – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos sobre Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 11 de abril de 2019. Disponível em: <https://minrel.gob.cl/comunicado-de-prensa-ministerio-de-relaciones-exteriores-ministerio-de/minrel/2019-04-23/105105.html> Acesso em: 10 nov. 2020.

CABRERA, Angel; CERQUEIRA, Daniel; HERENCIA, Salvador. Comentários a la sentencia de las Corte Interamericana sobre el caso Lhaka Honhat vs. Argentina. **Justicia en las Américas**, n. 30 abril 2020. Disponível em: <https://dplfblog.com/2020/04/30/comentarios-a-la-sentencia-de-la-corte-interamericana-sobre-el-caso-lhaka-honhat-vs-argentina/> Acesso em: 28 out. 2020.

CORREIA, Theresa Rachel Couto. **Corte interamericana de direitos humanos: repercussões jurídicas das opiniões consultivas**. Curitiba, Juruá, 2008.

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opiniões Consultivas**. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/solicitud_opiniones_consultivas.cfm Acesso em: 29 out. 2020.

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina**, julgado em 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_400_esp.pdf Acesso em: 16 out. 2020.

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-23/17**, de 15 de novembro de 2017a. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh/OpiniaaoConsultiva23versofinal.pdf> Acesso em: 16 out. 2020.

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Lagos del Campo vs. Perú**, julgado em 31 de agosto de 2017b. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf Acesso em: 16 out. 2020.

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Almonacid Arellano y Otros vs. Chile**, julgado em 26 de setembro de 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf Acesso em: 10 nov. 2020.

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Cantuta vs. Peru**, julgado em 29 de novembro de 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf Acesso em: 10 nov. 2020.

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Barrios Altos vs. Peru**, julgado em 14 de março de 2001. Disponível em:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf Acesso em: 10 nov. 2020.

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos**, aprovado pela Corte no seu LXXXV Período Ordinário de Sessões celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf Acesso em: 29 out. 2020.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: pacto de san josé da costa rica**. 3. ed. São Paulo, Revista Dos Tribunais, 2010.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. DAMASCENO, Mara Livia. Procedimento de solução amistosa perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos: casos brasileiros. **Pensar**, Fortaleza, v. 25, n. 2, p. 1-18, abr./jun, 2020. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/10162/pdf> Acesso em: 13 out. 2020.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**. v. 22, n. 2, p. 82-94, Passo Fundo, jul/dez, 2016. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1367/1004> Acesso em: 13 out. 2020.

MALARINO, Ezequiel. Activismo judicial, punitivización y nacionalización: Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. IN: EISNER, Gisela; AMBOS, Kal; MALARINO, Ezequiel. **Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional**. Madri: Fundación Konrad-Adenauer, 2010, p. 25-82. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=444576> Acesso em: 25 out. 2020.

OEA – ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em: 16 out. 2020.

OEA – ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Protocolo adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais**, “Protocolo de San Salvador”, de 17 de novembro de 1988. Disponível em: http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm Acesso em: 16 out. 2020.

OEA – ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Carta da Organização dos Estados Americanos**, de 30 de abril de 1948. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/decreto-30544-1952-carta-da-organizacao-dos-estados-americanos> Acesso em: 16 out. 2020.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23 de maio de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm Acesso em: 16 out. 2020

A INCOMPETÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS PARA APRECIAR VIOLAÇÕES AOS DIREITOS ECONOMICOS, SOCIAIS, CULTURAIS E AMBIENTAIS

Clóvis Gorczewski¹

Micheli Piucco²

INTRODUÇÃO

Desde o aparecimento do Estado seus elementos constitutivos sofreram diversas mudanças. Quando abordamos a temática soberania, observa-se que após o nascimento do direito internacional e, principalmente, o direito internacional dos direitos humanos, o conceito clássico de soberania proposto por Jean Bodin é flexibilizado.

Principalmente após o período da Segunda Guerra Mundial, em decorrência dos horrores cometidos contra a humanidade, o direito internacional dos direitos humanos passou por uma evolução significativa. A partir de então há a criação da Organização das Nações Unidas e dos Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos, com especial enfoque ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que é objeto de estudo no presente trabalho.

Com a evolução da comunidade internacional na edição e ratificação de tratados de direitos humanos, exercendo atos de soberania, não podemos deixar de observar que passam os Estados a partir do momento em que ratificam e se submetem a um tribunal internacional, o qual pode responsabilizá-los por violação dos tratados ratificados, por uma flexibilização de sua soberania. Assim, já não podemos mais falar em uma soberania clássica, que nos remonta a época de Bodin.

Entretanto, é imperioso observar que os tratados internacionais também possuem limitações. Estas podem decorrer do próprio tratado ou mesmo dos instrumentos de ratificação dos Estados que vão dispor sobre os limites de competência dos tribunais, quando, entretanto, os próprios tratados assim permitirem.

No caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, da qual o Brasil reconhece sua jurisdição consultiva e contenciosa, a limitação realizada pela própria Convenção, ademais, do instrumento de declaração de submissão ao tribunal pelo Brasil, declaram que possui ela competência em se pronunciar sobre a Convenção Americana e tão somente quanto a ela.

Nos últimos anos, a Corte IDH vem se pronunciando e inovando em suas decisões aplicando de maneira extensiva o disposto no art. 26 da CADH, possibilitando a partir de sua interpretação

¹ Doutor em Direito pela *Universidad de Burgos* (2001), pós-doutorado pela *Universidad de Sevilla* (CAPES – 2007) e pela *Universidad de La Laguna* (CAPES – *Fundación Carolina* – 2010). Professor da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. E-mail: clovisg@unisc.br.

² Doutoranda pelo Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Mestra e Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Professora da Universidade de Passo Fundo-RS. E-mail: micheli.piucco@hotmail.com.

que sejam os Estados responsabilizados pela não observância dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, principalmente, considerando, ademais da CADH, o Pacto de San Salvador.

Conforme salientado, a Corte IDH somente possui competência em responsabilizar Estados pela violação de direitos consagrados pela CADH e não pelos demais instrumentos internacionais que são parte de seu *corpo iure*. Ademais, é importante salientar, que o tribunal interamericano possui opiniões divergentes entre o tema, demonstrando que mesmo internamente não há consenso sobre o assunto.

Dessa forma, o presente trabalho busca demonstrar a incompetência da Corte IDH em responsabilizar os Estados pela violação dos DESCAs e da insegurança que esse modelo de julgamentos pode trazer a todo o Sistema Interamericano. O presente trabalho utiliza o método dedutivo de procedimento e análise e a técnica de pesquisa legal-bibliográfica.

1. SOBERANIA ESTATAL E OS DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO INTERNACIONAL

Desde Bodin - para quem a soberania estatal era concebida como o poder supremo, absoluto, ilimitado e perpétuo sobre os cidadãos e súditos, independente das leis positivas³ – que a questão da soberania dos Estados tem sido um dos pontos mais delicados da filosofia e das ciências políticas e consequentemente dos direitos, em especial da questão dos direitos humanos. No direito internacional é um dos princípios mais fortes e que, em termos práticos, impede a intervenção de qualquer poder nos atos praticados por um Estado, mesmo que estes sejam de violações aos direitos humanos. A violação do princípio da soberania dos Estados significa a violação de outros, como a ingerência em assuntos de outros Estados e a autodeterminação dos povos. Os Estados, portanto, deveriam apenas observar, sem qualquer intervenção, fatos que ocorrem em outros Estados.

Julgando-se imunes, amparados neste princípio, muitos Estados têm sistematicamente praticado violações aos direitos humanos. E como bem lembra Belli este infame conceito, revestido com as mais diversas roupagens, continua a imperar em muitos Estados, seja por puro conservadorismo, seja por razões inconfessáveis.⁴

Por isso, a ideia de uma tutela internacional aos direitos humanos, encontrou, no princípio, tanta resistência. No campo político, pelos antigos e anacrônicos conceitos da soberania nacional absoluta; ideias que ainda hoje são comuns de se encontrar.

Contudo, modernamente, a comunidade internacional não tem aceito que o problema de violação dos direitos humanos seja uma questão de competência exclusiva dos Estados. A necessidade social e moral de uma defesa realmente efetiva dos direitos humanos, unida a uma crescente abertura da doutrina política e jurídica sobre a matéria, tornaram possível a realização, no século XX deste grande avanço da humanidade: o reconhecimento e a proteção dos direitos humanos pela ordem internacional. Assim, a tutela destes direitos não é mais uma questão de competência exclusiva dos Estados, mas sim um problema de toda a comunidade internacional.

Esta nova visão, de proteção internacional dos direitos humanos, é algo extremamente

³ BODIN Jean. *Les Six Livres de la République*. Paris: Jacques du Puis, 1576.

⁴ BELLÍ, Benoni. “O sistema interamericano de Proteção aos Direitos Humanos”. In *Direitos Humanos como Educação para a Justiça*. SILVA. Reinaldo Pereira e. (organizador) São Paulo: RTr. 1998. p. 152.

recente na história da humanidade e inicia com o término da Segunda Guerra Mundial. Com a liberdade de imprensa e o desenvolvimento de modernos meios de comunicação, a comunidade internacional tomou conhecimento das barbáries e atrocidades cometidas. Atitudes que envergonhavam a própria raça humana. Isto veio a demonstrar a necessidade de uma proteção mais efetiva aos direitos humanos; o que nos levou ao processo de internacionalização desses direitos e resultou na criação de sistemas de proteção internacional, em que é possível a responsabilização de um Estado. O aspecto mais positivo destas ações foi à reformulação do conceito clássico de soberania como um poder ilimitado que não admite restrições ou exceções.

Embora se possam citar várias manifestações importantes quanto à proteção aos direitos humanos (*Magna Carta*, 1215, o *Bill of Rights*, a Declaração Norte-Americana de Independência e a Declaração Francesa de 1789) o marco histórico e definitivo para a proteção internacional dos direitos humanos foi o fim da Segunda Guerra Mundial, como uma resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo.

Para Piovesan⁵ a internacionalização dos direitos humanos foi uma resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Se a Segunda Guerra significou a ruptura dos direitos humanos, o pós-guerra deveria significar sua reconstrução. Alves vê ainda a garantia internacional dos direitos humanos como medida preventiva: “A afirmação dos direitos humanos como tema internacional prioritário, fundamenta-se, pois, do ponto de vista estratégico, pela percepção de que violações maciças podem levar à guerra”.⁶ E, deve-se destacar ainda, sob esse mesmo prisma, as preocupações preventivas e autodefensivas dos Estados afluentes atemorizados com a possibilidade de serem “invadidos” por levas de refugiados.

Com a construção da ONU, em 1945, imediatamente se inicia um processo de reconstrução e proteção universal destes direitos, o que culmina com a aprovação, em 10 de dezembro de 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas da Declaração Universal dos Direitos Humanos.⁷

Não é nosso objetivo neste trabalho analisarmos a Declaração, mas sabemos que esta, ainda que aprovada sem nenhum voto contrário, desde logo recebeu todas as críticas a que estão sujeitas as obras humanas: que não tinha sentido revolucionário – bradaram os socialistas do leste; que direitos econômicos e sociais não são fundamentais – clamaram os liberais do oeste. Cada setor ideológico, filosófico, religioso e político manifestou seu particular descontentamento.⁸ Entretanto, a mais séria discussão deu-se sobre a natureza jurídica ou o valor jurídico da Declaração. Na verdade a Declaração, por si só, não tem força cogente, pois adotada através de uma Resolução da Assembleia Geral, que nos termos do artigo 13 da Carta das Nações Unidas, possui competência para fazer recomendações.⁹ Portanto a Declaração Universal dos Direitos do Homem não é um tratado, e por isso seus dispositivos não constituem exatamente

⁵ PIOVESAN, Flávia. “Direitos Humanos e Globalização” In: **Direito Global**. SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (coordenadores) São Paulo: Max Limonad. 1999, p. 196.

⁶ ALVES, J.A. Lindgren. **Os Direitos Humanos como Tema Global**. São Paulo: Perspectiva; Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão. 1994, p. 3.

⁷ O texto foi aprovado por 48 votos favoráveis - incluindo o Brasil – e 08 abstenções (Arábia Saudita, Bielorrússia, Polônia, Checoslováquia, União Sul Africana, União Soviética, Ucrânia e Iugoslávia) havendo duas ausências (Honduras e Lêmen). Vê-se, portanto, que não houve nenhum voto contrário.

⁸ OLIVEIRA. Almir de. **Curso de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 220/221.

⁹ Nos termos do artigo 13, inciso 1 da Carta da ONU, a Assembleia Geral tem competência para “iniciar estudos e fazer recomendações destinados a: b) (...) favorecer o pleno gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais (...)”.

uma obrigação jurídica para cada um dos Estados representados na Assembleia Geral.

Neste sentido Rezek é taxativo:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem não é um tratado, e por isso seus dispositivos não constituem exatamente uma obrigação jurídica para cada um dos Estados representados na Assembleia Geral quando, sem qualquer voto contrário, adotou-se o respectivo texto sob a forma de uma resolução da Assembleia.¹⁰

Igual é o entendimento de Castillo, para o qual “do ponto de vista formal, enquanto resolução da Assembleia Geral, a Declaração não é um instrumento juridicamente vinculante”.¹¹ Verdross também lembra que a Assembleia Geral das Nações Unidas “não possui, a princípio, competência legislativa”.¹²

Assim, com assevera Comparato, tecnicamente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos é uma recomendação que a Assembleia Geral das Nações Unidas faz aos seus membros. Nestas condições, costuma-se sustentar que o documento não tem força vinculante.¹³ Vale ainda lembrar que a Declaração não foi aprovada nem ratificada como tratado internacional pelos distintos Estados de acordo com seus mecanismos constitucionais, pelo qual se obrigariam legalmente.

Buscou-se então novos instrumentos de proteção, especialmente a construção dos Pactos Internacionais de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e de Direitos Civis e Políticos, aprovados pela Assembleia Geral em 16 de dezembro de 1966 através da Resolução 2.200A e, em decorrência, vão surgindo uma gama enorme de documentos internacionais de proteção.¹⁴

Na América, a questão é discutida desde o Congresso do Panamá (1826). Bradava Simon Bolívar que a América tem como destino e missão histórica ser uma terra de liberdade e oferecer ao homem um ambiente favorável a seu pleno desenvolvimento e a realização de suas justas aspirações.

Sofremos muitos percalços e superamos muitos desafios até que finalmente, em abril de 1948, foi criada a Organização dos Estados Americanos. Junto com ela promulgamos também a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.¹⁵ Atentem-se: sete meses antes que a Assembleia Geral das Nações Unidas proclamasse, a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Contudo, a exemplo da Declaração Universal da ONU, a Declaração Americana, do ponto de

¹⁰ REZEK, José Francisco. **Curso elementar de direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 224.

¹¹ CASTILLO, Mireya. **Derecho Internacional de los Derechos Humanos**. Valencia: Tirant lo blanch, 2003, p. 54.

¹² VERDROSS, Alfred. **Derecho Internacional Público**, Madrid: Aguilar. 1961. p. 443.

¹³ O próprio autor declara que reconhece-se hoje, em toda parte que a vigência dos Direitos Humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito a dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não. COMPARATO. Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 223/224.

¹⁴ BRASIL. **Decreto Nº. 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 17 nov. 2020; BRASIL. **Decreto Nº. 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 17 nov. 2020.

¹⁵ CIDH. **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**. IX Conferencia Internacional Americana. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

vista formal, não é um instrumento juridicamente vinculante.

Novos desafios, obstáculos, entraves e barreiras surgiram, mas finalmente, em novembro de 1969 os Estados Americanos aprovam a Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁶, conhecida como o Pacto de São José da Costa Rica.

Ao aprovar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, para Accioly e Silva, os Estados Americanos demonstraram haver “superado a fase de elaboração de princípios teóricos e das meras declarações de intenções”.¹⁷

Na Convenção, já em seu preâmbulo¹⁸, os Estados reafirmam seu propósito de consolidar um regime fundado nos direitos humanos e reconhecem que os direitos essenciais do homem derivam do fato de terem como fundamento os atributos da pessoa humana, o que justifica uma proteção internacional. Embora os Estados possam (em raras e excepcionais situações) suspender algumas garantias, expressamente obrigam-se a respeitar os direitos e as liberdades previstas na Convenção, sem quaisquer discriminações.

Os direitos e garantias referidos pela Convenção são basicamente aqueles denominados direitos de primeira geração: vida, honra, dignidade e integridade pessoal, proibição da escravidão e da servidão, liberdade pessoal, as garantias judiciais, o princípio da legalidade e da irretroatividade, liberdade de consciência e de religião, de pensamento e de expressão, direito de resposta, direito de reunião, de associação, de constituir família, enfim, todos aqueles direitos básicos da pessoa humana denominados de direitos individuais ou de primeira geração.

Quanto aos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da OEA (basicamente do art. 30 ao 52)¹⁹, os Estados comprometem-se a adotar todas as providências necessárias, por via legislativa ou por outros meios apropriados, a fim de conseguir progressivamente, sua plena efetivação. Tratam-se, portanto, de normas programáticas, onde os Estados unicamente se comprometem a empreender esforços para assegurar tais direitos.

Após a enumeração dos direitos e deveres, em sua segunda parte, a Convenção estabelece os meios de proteção. Passa então a determinar, a organização, a estrutura, as funções, a competência e os procedimentos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH.

2. A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: COMPETÊNCIA E APLICAÇÃO DOS DESCA

A ideia de criar um tribunal para proteger os direitos humanos na América remonta a 9ª Conferência Internacional Americana realizada em Bogotá, 1948 - quando a União Pan-Americana passa a denominar-se Organização dos Estados Americanos – OEA. Tal pretensão foi alcançada em

¹⁶ OAS. *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>. Acesso em 17 nov. 2020.

¹⁷ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Manual de direito internacional público*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 372.

¹⁸ OAS. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

¹⁹ OAS. *Carta de la Organización de los Estados Americanos*. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/cartaOEA.asp>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

São José²⁰ quando então se aprovou a criação Corte Interamericana de Direitos Humanos, com competência consultiva e contenciosa, para conhecer sobre qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Os Estatutos da Corte Interamericana de Direitos Humanos foram aprovados na Assembleia Geral da OEA em La Paz, em 1979 sendo definida em seu artigo 1º como **“uma instituição judiciária autônoma, cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos”**.²¹

A competência consultiva é ampla, prevê que qualquer Estado membro da OEA, parte ou não da Convenção, poderá consultar a Corte sobre a interpretação da Convenção Americana ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos. Também, por solicitação de qualquer Estado membro a OEA, a Corte emitirá parecer sobre a compatibilidade de qualquer de suas leis internas e os instrumentos jurídicos internacionais.²²

Quanto ao contencioso, a Corte tem competência limitada aos Estados-partes que tenham reconhecido ou que reconheçam sua competência. Conforme expressa o art. 62.3, da CADH.²³

O processo inicia²⁴ com a distribuição da demanda junto à Secretaria da Corte. A produção de provas e audiências ocorre da mesma forma que na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Entretanto, enquanto na CIDH indivíduos ou grupo de indivíduos podem denunciar violações de direitos humanos, na Corte IDH apenas os Estados Partes e a CIDH podem submeter um caso para apreciação, art. 61.1, CADH.²⁵

Quando a Corte decidir que houve violação a um direito ou liberdade protegido pela Convenção, determinará que se garanta ao prejudicado o gozo de seu direito ou liberdade violados. Poderá também, determinar que sejam reparadas as consequências da medida, mediante o pagamento de indenização à parte lesada. É importante ter-se claro de que a Corte não é um tribunal penal e não substitui as ações penais relativas às violações cometidas nos Estados, ela apenas julga se o Estado é ou não responsável por violação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.²⁶

As sentenças devem ser fundamentadas, admitindo-se a juntada de voto dissidente. São definitivas e inapeláveis, contudo, havendo divergência quanto ao seu alcance, podem as partes pedir, no prazo de 90 dias, interpretação (análogo a embargos declaratórios). A sentença será lida em audiência pública depois de notificadas as partes, e será dado conhecimento a todos Estado-Partes da Convenção. Havendo indenização compensatória, a parte interessada poderá executar a sentença no seu respectivo país, pelo processo vigente para a execução de sentenças contra o

²⁰ OAS. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pecto de San José).

²¹ CORTE IDH. *Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Aprobado mediante Resolución N°. 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979. Disponível em: <<https://corteidh.or.cr/estatuto.cfm>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

²² OAS. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pecto de San José).

²³ OAS. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pecto de San José).

²⁴ Iniciativa da CIDH ou dos Estados Partes.

²⁵ OAS. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pecto de San José).

²⁶ OAS. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pecto de San José).

Estado.²⁷

No caso do um Estado não dar cumprimento às decisões da Corte esta, “de maneira especial e com as recomendações pertinentes”, em seu relatório anual, indicará o caso, e submeterá a consideração da Assembleia Geral da OEA, órgão político.²⁸

Como se vê, malgrado os inúmeros horrores cometidos, o século XX nos legou um direito internacional mais humanista, na medida em que foi concedendo uma maior proteção aos indivíduos e conseqüentemente um posicionamento mais central em suas preocupações e tutelas. Essa mudança foi vital para a afirmação dos Direitos Humanos, pois o indivíduo que sofre violação de algum desses direitos e liberdades e que tenha dificuldades de obter tutela de proteção ou reparação do seu próprio Estado, conta agora com sistemas internacionais de justiça, sendo um deles o sistema interamericano de direitos humanos, e aqui nos referimos especificamente a uma corte internacional.

É, sem dúvida, a evolução da humanidade, um grande avanço e uma garantia extra na proteção e na afirmação dos direitos humanos. Contudo, justamente por sua fenomenal importância, por entender que a existência, a atuação da Corte IDH é vital para a proteção dos direitos humanos, algumas angústias e preocupações, são expostas.

O Pacto de São José, expressa em seus artigos 61 a 65 a competência da Corte, isto é quais os casos em que ela poderá dizer o direito. No item 3 do artigo 62 está claro e expresso que:

La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.²⁹ (grifo nosso)

É a Convenção, portanto, quem dá o norte da matéria que poderá ser apreciada pela Corte, ou seja, sua competência está atrelada aos direitos e liberdades previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Pois, bem, ao ratificar a Convenção, e reconhecer a competência da Corte, os Estados assumiram o compromisso de submeter-se a sua jurisdição para estes casos, (violações de direitos e liberdades estabelecidas no Pacto de São José).

Vejamos o caso do Brasil: em 03 de Dezembro de 1998, o Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo número 89, aprovou o reconhecimento de competência obrigatória da Corte Interamericana “(...) em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento (...)”.³⁰

A seguir, em 08 de novembro de 2002, o Poder Executivo, promulga o Decreto número

²⁷ OAS. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pecto de San José).

²⁸ CORTE IDH. Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Acesso em: 17 nov. 2020; OAS. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pecto de San José)..

²⁹ OAS. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pecto de San José).

³⁰ BRASIL. **Decreto Legislativo nº. 89, de 1998.** Aprova a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 *daquele instrumento internacional*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1998/decretolegislativo-89-3-dezembro-1998-369634-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

4.463, onde expressa que em decorrência do Decreto Legislativo número 89, de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana em “todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção” decreta-se que:

É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998³¹. (grifo nosso).

O Brasil, assim como os demais Estados ao ratificarem a Convenção e reconhecerem a competência da Corte, o fizeram seguindo o disposto no artigo 61.3 da Convenção, isto é, reconheceram a competência do tribunal interamericano para julgar violações de direitos e liberdades previstos na Convenção.

Atualmente – levando em consideração alguns dos últimos casos que foram julgados pela Corte – é visível um movimento no sentido de alargar sua competência para matérias que, *a priori*, não estavam previstas quando da ratificação da mesma pelos Estados-Partes.

Ao acessar o site oficial da Corte Interamericana, pode ser observado que está descrito: A Corte Interamericana de Direitos Humanos é um órgão judicial autônomo que tem sede em San José, Costa Rica, cujo propósito é aplicar e interpretar a Convenção Americana de Direitos Humanos e outros tratados de Direitos Humanos. A pergunta que nos fazemos é: quais outros tratados, se sua competência se restringe aos casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos?

E mesmo na aplicação da Convenção a Corte vem estendendo o rol de direitos justiciáveis perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. E esta ampliação de sua competência passa a permitir a condenação dos Estados Partes pela violação dos Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais, com aplicação expansiva do art. 26 da CADH.³²

Ocorre que estes direitos, previstos no Capítulo III da Convenção, referem-se a Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (não há referência sobre questões ambientais). Ali se projeta um desenvolvimento progressivo – aliás é o que diz expressamente o artigo 26 da Convenção:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.³³

Trata-se, portanto de normas programáticas. A ampliação inicia com caso *Lagos Del Campo Vs. Peru* (2017). Neste julgamento a Corte responsabilizou a República do Peru pela violação dos

³¹ Quando foi publicado o Decreto Legislativo. Brasil. Decreto nº. 4.463, de 8 de novembro de 2002. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2002/decreto-4463-8-novembro-2002-485986-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

³² OAS. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pecto de San José).

³³ OAS. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pecto de San José).

direitos relativos à estabilidade laboral, a partir de uma construção interpretativa do art. 26.³⁴

Agora, em 2020, a Corte IDH divulgou a sentença do caso *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nossa Terra) Vs. Argentina*³⁵. A corrente majoritária do tribunal reiterou as interpretações anteriores, como no caso Lagos Del Campo, para responsabilizar a Argentina pela violação dos direitos ao meio ambiente equilibrado, a alimentação adequada, a água e ao direito de participar na vida cultural.

Ademais, também neste ano, a Corte Interamericana condenou o Brasil no caso *Empleados de la Fábrica de Fogos em Santo Antônio de Jesus e seus familiares*, pela violação do direito à vida; à integridade pessoal; ao direito a ter condições equitativas e satisfatórias que garantam a segurança, saúde e higiene no trabalho; direito das crianças; direito à igualdade e proibição de discriminação; direito às garantias judiciais e à proteção judicial, ademais, dos direitos a integridade dos familiares das pessoas falecidas e dos sobreviventes da explosão.³⁶ Aplicando, mais uma vez, a justiciabilidade do art. 26, da Convenção Americana.

A Corte por sua corrente majoritária reiterou a importância da proteção dos Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais e a necessidade de incluí-los como direitos que podem ser violados e que o Sistema Interamericano deve proteger, tendo como fundamento a tese da interdependência e da indivisibilidade dos direitos humanos.

Existe uma posição contrária na própria Corte. Uma corrente minoritária posiciona-se contrária à ampliação dos direitos justiciáveis. Defende que os Estados não ratificaram a Convenção nos termos que a Corte os está condenando, portanto não teria a Corte competência para se pronunciar sobre tais direitos.

Não podemos deixar de lembrar e ratificar a importância do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Decorreram da Comissão Interamericana inúmeras e excelentes Políticas Públicas e da Corte Interamericana brilhantes sentenças para a afirmação e concretização destes direitos.

É justamente por defender arduamente os Direitos humanos, por acreditar neles, por entender que não poderá haver justiça, cidadania, paz, sem direitos humanos é que há esta preocupação com este posicionamento da Corte. Claro que o tribunal interamericano deve evoluir, os direitos devem ser ampliados, ‘todos’ os direitos devem ser protegidos, são indivisíveis e não há hierarquia entre eles.

Entretanto, estamos tratando de um tema muito delicado. Estamos julgando atos, ações de Estados, num momento de grande transformação. Desde o 11 de setembro surgiu uma nova ordem mundial. Os próprios direitos humanos são questionados e relativizados.

Nos últimos anos, na Europa, Estados Unidos e no Brasil, surgem governos liberais, a

³⁴ CORTE IDH. **Caso Lagos Del Campo Vs. Perú**. Sentencia de 31 de agosto de 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2020.

³⁵ Corte IDH. **Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina**. Sentencia de 6 de febrero de 2020. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 6 de febrero de 2020. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2020.

³⁶ CORTE IDH. **Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_407_esp.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020.

xenofobia e o nacionalismo ressurgem, com ideias liberais, economia, lucro e desenvolvimento acima de tudo. A “soberania” dos Estados ganha novamente relevância. Está muito claro que estamos em um período de retrocesso político-social.

Este posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos pode pôr em risco todo o Sistema. De maneira absolutamente objetiva. O problema reside no fato de que este movimento poderá levar a uma negação por parte desses Estados-Partes em acatar as decisões da Corte – tendo como fundamento a ausência de competência da mesma para julgar tais casos. Isso poderia acarretar em enorme descrédito sobre a eficácia do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos.

Um Estado condenado por violação de direitos sociais poderá invocar a incompetência da Corte para julgar tal fato. Advertir da sua estrita competência, da insegurança jurídica que tal decisão impõe, invocar sua soberania na execução de políticas públicas e assim desacreditar todo um sistema. É o grande risco que corremos, neste laudável avanço no posicionamento da Corte.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os avanços no direito internacional, principalmente, no direito internacional dos tratados são visíveis após os horrores cometidos na Segunda Guerra Mundial. A comunidade internacional une-se com o objetivo comum de que violações de direitos humanos não mais ocorram.

Como consequência, com o pós-guerra, diversos tratados de direitos humanos foram editados e ratificados pelos Estados. Salienta-se que é também neste momento em que os Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos passam por uma reestruturação significativa e são criadas Comissões e Cortes em prol dos direitos humanos.

Com destaque ao Sistema Interamericano, objeto de estudo do presente texto, salienta-se que possui uma Comissão de Direitos Humanos (Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH) e uma Corte de Direitos Humanos (Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH). A Corte IDH somente pode responsabilizar Estados que reconheçam sua jurisdição.

Entretanto, é importante salientar que em decorrência da soberania dos Estados, não mais ilimitada como nos tempos de Bodin, dos limites traçados pelos tratados e pelos documentos de reconhecimento dos Estados, possui a Corte IDH limites em sua atuação. Nos atos de reconhecimento de submissão à jurisdição, na Convenção Americana e em seu Regulamento, a Corte pode se manifestar, somente, sobre a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Com o passar dos anos, a Corte foi expandindo sua competência, sendo que atualmente responsabiliza Estados pela violação de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, que não possuem previsão na Convenção Americana.

Essa atuação deve ser visualizada com cuidado. A partir do momento em que o tribunal interamericano expande sua competência de forma “voluntária”, possibilita que dúvidas surjam à sua competência. Ademais, abre a possibilidade de que os Estados condenados, já que não possui meios de coerção efetiva, não sigam sua condenação simplesmente por reconhecerem ser ela incompetente, colocando todo o sistema em risco.

Dessa forma, para que condenações possam ocorrer considerando a violação dos direitos

econômicos, sociais, culturais e ambientais ou outros direitos não reconhecidos no texto da Convenção Americana, os Estados devem realizar uma expansão no ato de reconhecimento da Corte Interamericana ou deve-se realizar um novo protocolo facultativo com esta previsão.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Manual de direito internacional público**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ALVES, J.A. Lindgren. **Os Direitos Humanos como Tema Global**. São Paulo: Perspectiva; Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão. 1994.

BELLI, Benoni. O sistema interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. SILVA. Reinaldo Pereira e. (org.) *In. Direitos Humanos como Educação para a Justiça*. São Paulo: RTr. 1998.

BODIN, Jean. **Les Six Livres de la République**. Paris: Jacques du Puis, 1576.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº. 89, de 1998**. Aprova a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1998/decretolegislativo-89-3-dezembro-1998-369634-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto nº. 4.463, de 8 de novembro de 2002**. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2002/decreto-4463-8-novembro-2002-485986-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 17 nov. 2020.

CASTILLO, Mireya. **Derecho Internacional de los Derechos Humanos**. Valencia: Tirant lo blanch, 2003.

CIDH. **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**. IX Conferencia Internacional Americana. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

COMPARATO. Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CORTE IDH. **Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina**. Sentencia de 6 de febrero de 2020. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 6 de febrero de 2020. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2020.

CORTE IDH. **Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_407_esp.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020.

CORTE IDH. **Caso Lagos Del Campo Vs. Perú**. Sentencia de 31 de agosto de 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2020.

CORTE IDH. **Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Aprobado mediante Resolución N^o. 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979. Disponível em: <<https://corteidh.or.cr/estatuto.cfm>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

OAS. **Carta de la Organización de los Estados Americanos**. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/cartaOEA.asp>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

OAS. **Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pecto de San José)**. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>. Acesso e 17 nov. 2020.

OLIVEIRA. Almir de. **Curso de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Globalização. In SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (coord.). **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad. 1999.

REZEK, José Francisco. **Curso elementar de direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 1995

VERDROSS, Alfred. **Derecho Internacional Público**, Madrid: Aguilar. 1961.

SOCIEDADE DE CONSUMO CONTEMPORÂNEA E O PROJETO BALCÃO DO CONSUMIDOR/UFPEL: PROTAGONISMO DA UNIVERSIDADE PÚBLICA BRASILEIRA EM TEMPOS DE ATUALIZAÇÃO DO CDC

Fernando Costa de Azevedo¹

Antonia Espíndola Longoni Klee²

Karinne Emanuela Goettems dos Santos³

INTRODUÇÃO

O presente trabalho, além de retratar os esforços da academia atenta à realidade da sociedade de consumo, representa uma contribuição em defesa dos vulneráveis e, em se tratando dos cidadãos consumidores, dos hipervulneráveis.

A partir da caracterização da sociedade do consumo contemporânea, com todas as circunstâncias e particularidades em torno dos conflitos de consumo, o estudo ressalta a importância de políticas públicas voltadas para o atendimento do consumidor hipervulnerável, sobretudo em momentos de crise pandêmica, em que os conflitos são potencializados em decorrência do superendividamento e do comércio eletrônico.

É nesse contexto que o presente trabalho destaca a importância do projeto Balcão do Consumidor, idealizado no ambiente do Serviço de Assistência Jurídica da Faculdade de Direito da UFPEL, para executar ações de orientação e atendimento ao consumidor por alunos e professores.

Na busca da solução dos conflitos sem judicialização, as ações aqui destacadas pelo Projeto Balcão do Consumidor representam, além do respeito à condição de hipervulnerabilidade do consumidor, a cooperação das instituições em prol da efetivação dos direitos fundamentais

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). Professor Associado I na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPEL), nas áreas de Direito Civil e Direito do Consumidor. Professor Permanente no Programa de Pós-Graduação (Mestrado em Direito) da FD/UFPEL. Professor convidado no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS (Curso de Especialização em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais). Coordenador Geral (Líder) do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito do Consumidor (GECON/FD/UFPEL/CNPq). Desenvolve pesquisa na temática geral "Consumo e vulnerabilidade"; com ênfase nos seguintes desdobramentos: a proteção jurídica dos grupos hipervulneráveis; os serviços públicos e a proteção jurídica dos consumidores; a proteção jurídica dos consumidores e a questão ambiental; informação e responsabilidade por danos e; acesso à justiça e modos alternativos de solução de conflitos de consumo.

² Mãe, professora e advogada. Doutora em Direito e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista em Direito Internacional pela UFRGS. Professora Adjunta de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). Professora convidada do Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais da UFRGS. Membro da Comissão Especial de Defesa do Consumidor da OAB/RS, triênio 2019-2021. Membro da Diretoria Nacional do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon).

³ Mãe, professora, pesquisadora e advogada com dedicação exclusiva no Serviço de Assistência Jurídica da UFPEL. Doutora em Direito pela UNISINOS (2015). Graduada em Direito pela FURG/Rio Grande (1999), Especialização em Direito Processual Civil pela PUCRS (2001) e Mestrado em Direito pela UNISINOS (2006). É Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). Coordenadora do Serviço de Assistência Jurídica SAJ/UFPEL. Colaboradora da Unidade Cuidativa da UFPEL, integrando o Projeto Direito Cuidativo executado junto ao SAJ/UFPEL. Professora da Graduação e da Pós-Graduação em Direito - Mestrado. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Acesso à Justiça no século XXI – o tratamento dos conflitos na contemporaneidade. Estuda e pesquisa o Acesso à Justiça a partir do resgate da dimensão histórica, cultural e humanitária do direito processual civil.

correlatos à proteção do consumidor e do acesso à justiça.

1. SOCIEDADE DE CONSUMO CONTEMPORÂNEA E A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS CONSUMIDORES

O projeto de extensão Balcão do Consumidor, recentemente criado na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPel), pretende ser um instrumento de auxílio da comunidade pelotense no enfrentamento de questões próprias das relações de consumo que, sabemos todos, é regulada no Brasil por um sistema jurídico de Direito do Consumidor.

O Direito do Consumidor é seguramente um dos campos jurídicos de maior interesse social no direito brasileiro, muito embora as relações de consumo, enquanto relações de trocas econômicas, aparentem estar apenas no mundo dos interesses particulares de consumidores e fornecedores. Ocorre que o modelo de sociedade para o qual o Direito do Consumidor é chamado a regular – e que podemos chamar de sociedade de consumo contemporânea – possui características gerais⁴ que evidenciam a posição social de vulnerabilidade dos consumidores diante do poderio econômico, técnico, jurídico e político dos fornecedores de produtos e serviços, razão pela qual se deve iniciar o estudo do Direito do Consumidor não pelo aspecto normativo, mas pelo sociológico, acolhendo a precisa reflexão de Pontes de Miranda, segundo o qual “o jurista pressupõe o sociólogo e não pode ser senão o sociólogo que se especializa”⁵. Enfim, para se tratar de Direito do Consumidor, é necessário que antes se compreenda a sociedade de consumo contemporânea.

A sociedade contemporânea de consumo, sociedade do nosso tempo presente, mantém-se tão massificada quanto o modelo de origem dessa sociedade entre os séculos XVIII e XIX na Europa e Estados Unidos, resultado das transformações próprias da Revolução Industrial: a sociedade *moderna* de consumo⁶. A massificação, como característica fundamental da sociedade de consumo, pode ser compreendida como a *padronização* de todo o processo econômico e do consumo, sendo responsável, por exemplo, pela existência dos sistemas de mensagens publicitárias ao público em geral e dos modelos padronizados de contratação (os contratos de adesão). Além disso, resulta na *despersonalização* dos sujeitos envolvidos nas relações de consumo, de modo que os consumidores passam a ser apenas um número de CPF ou uma informação registrada pelo sistema de algoritmos, ao passo que os fornecedores são identificados pela ideia ou símbolo que os representam (a “confiança na marca”)⁷.

Mas, para além da massificação, a sociedade contemporânea de consumo também se apresenta como sociedade pluralista. O pluralismo é cultural, isto é, na sociedade contemporânea e pós-moderna convivem variados grupos sociais com seus valores, necessidades e visões de

⁴ A respeito das características gerais da sociedade de consumo contemporânea, v. AZEVEDO, Fernando Costa de. O desequilíbrio excessivo da relação jurídica de consumo e sua correção por meio da cláusula geral de proibição de vantagem excessiva no Código de Defesa do Consumidor. Tese. Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). 2014. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufrgs.br/da.php?nrb=000921409&loc=2018&l=34343f6371da36cb>. Acesso em: 12 nov. 2020.

⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Systema de Sciencia Positiva do Direito**. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1922. v. 2. p. 593.

⁶ AZEVEDO, Fernando Costa de. O desequilíbrio excessivo da relação jurídica de consumo e sua correção por meio da cláusula geral de proibição de vantagem excessiva no Código de Defesa do Consumidor. p. 28.

⁷ AZEVEDO, Fernando Costa de. O desequilíbrio excessivo da relação jurídica de consumo e sua correção por meio da cláusula geral de proibição de vantagem excessiva no Código de Defesa do Consumidor. p. 28-33.

mundo distintos, de modo que o “ser consumidor” significa o pertencimento a uma categoria social heterogênea⁸, dentro da qual há, inclusive, níveis mais agravados de vulnerabilidade para certos grupos sociais, a chamada “hipervulnerabilidade”⁹. Os grupos hipervulneráveis, segundo a doutrina jurídica vem reconhecendo juntamente com a jurisprudência de nossos tribunais, são os de pessoas idosas ou superendividadas, pessoas portadoras de deficiências, as crianças e adolescentes, entre outras¹⁰.

Há também a característica da informação, isto é, a sociedade contemporânea apresenta-se como sociedade *da informação*¹¹, uma sociedade na qual a informação é o grande fator de poder econômico, político e social e na qual os consumidores a recebem como produto, como bem culturalmente significativo. Em nenhuma outra época da história, o “ter informação” representou (ou ao menos passou a sensação de) tamanho poder. Ao mesmo tempo, os consumidores nunca estiveram tão vulneráveis em meio a um mundo minado de informações¹².

Por fim, é inegável que essas características se difundem hoje em escala global, isto é, que a sociedade contemporânea é uma sociedade *globalizada*, de modo que os efeitos da massificação, do pluralismo e da informação são perceptíveis em todos os cantos do planeta, já que atualmente se vive em um contexto de “mundialização das economias e do próprio consumo”¹³. Nesse sentido, pode-se considerar, também, a “mundialização dos danos ao consumidor”, sobretudo pelos que são produzidos a partir de produtos ou serviços oferecidos por fornecedores transnacionais, e na necessidade de uma proteção jurídica para além da legislação interna dos Estados¹⁴. Em que pese haver, na sociedade contemporânea, a enorme dificuldade de regular e de impor limites às liberdades de um mercado global¹⁵, questões como as do comércio eletrônico entre consumidores e fornecedores pertencentes a Estados distintos reclamam soluções jurídicas próprias de uma legislação comunitária ou internacional¹⁶.

Essa é a sociedade para a qual o Direito do Consumidor está destinado. É a ela que os juristas e operadores dos sistemas de proteção ao consumidor precisam estar atentos, inclusive para reconhecer a necessidade de mudanças, como a que se promove atualmente no Brasil em relação ao texto atual da Lei nº 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor, desatualizado em relação a temas como o superendividamento e o comércio eletrônico, considerados fundamentais

⁸ AZEVEDO, Fernando Costa de. O desequilíbrio excessivo da relação jurídica de consumo e sua correção por meio da cláusula geral de proibição de vantagem excessiva no Código de Defesa do Consumidor. p. 33-36.

⁹ Sobre o tema da hipervulnerabilidade, v. MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. p. 184-195.

¹⁰ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. p. 179.

¹¹ Sobre o tema, v. LISBOA, Roberto Senise. O consumidor na sociedade da informação. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 61, p. 203-229, jan./mar. 2007.

¹² AZEVEDO, Fernando Costa de. O desequilíbrio excessivo da relação jurídica de consumo e sua correção por meio da cláusula geral de proibição de vantagem excessiva no Código de Defesa do Consumidor. p. 36-40.

¹³ FARIAS, Cristiano Chaves de. A proteção do consumidor na era da globalização. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 41, p. 88, jan./mar. 2002.

¹⁴ AZEVEDO, Fernando Costa de. O desequilíbrio excessivo da relação jurídica de consumo e sua correção por meio da cláusula geral de proibição de vantagem excessiva no Código de Defesa do Consumidor. p. 40-43.

¹⁵ IRTI, Natalino. Le categorie giuridiche della globalizzazione. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, n. 5 (Anno XLVIII), sett./otto. 2002, p. 631.

¹⁶ AZEVEDO, Fernando Costa de. O desequilíbrio excessivo da relação jurídica de consumo e sua correção por meio da cláusula geral de proibição de vantagem excessiva no Código de Defesa do Consumidor. p. 42-43.

para os consumidores brasileiros e que, por isso mesmo, serão um desafio também para o Projeto Balcão do Consumidor/UFPEL, sobretudo no período “pós-pandemia”.

A proteção jurídica dos consumidores, no Brasil, é direito fundamental da pessoa humana (CF, art. 5º, XXXII) e princípio estruturante da ordem econômica brasileira, limitador do exercício da livre iniciativa econômica (CF, art. 170, V), de modo que a regulação do mercado de consumo, pertencente a essa mesma ordem econômica capitalista, não deve sucumbir ao exercício de uma liberdade desmedida dos fornecedores, mas ao contrário, deve observar a necessidade de atender às necessidades e interesses, patrimoniais e existenciais, da pessoa humana consumidora.

2. A NECESSÁRIA ATUALIZAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NOS TEMAS DO COMÉRCIO ELETRÔNICO E DO SUPERENDIVIDAMENTO

A aprovação do Código de Defesa do Consumidor, no início da década de 1990, com certeza representou um extraordinário avanço para a proteção dos interesses dos consumidores. Na medida em que privilegiou o aspecto preventivo e estabeleceu medidas de grande alcance prático para os diversos setores das relações de consumo, o Código inovou ao consagrar soluções flexíveis para a tutela dos interesses dos consumidores. Do mesmo modo, a entrada em vigor do novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), ocorrida em 2003, provou não ser um retrocesso do nível de proteção alcançado para os consumidores. O Código Civil constitui instrumento fundamental para uma melhor e maior proteção da parte mais fraca na relação de consumo, visando à garantia da dignidade da pessoa humana.

Passados quase trinta anos de vigência, o Código de Defesa do Consumidor necessita ser atualizado em questões pontuais decorrentes do desenvolvimento e do aumento da sociedade de consumo brasileira. Por isso, foi de extrema importância o trabalho de atualização do Código de Defesa do Consumidor realizado pela Comissão de Juristas instituída pela Presidência do Senado Federal¹⁷, com o objetivo de oferecer subsídios para a atualização do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, principalmente nos temas de acesso ao crédito (superendividamento) e comércio eletrônico.

Em 14 de março de 2012, na véspera do Dia Mundial do Consumidor, o Ministro do STJ Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin entregou ao Presidente do Senado, Senador José Sarney, o Relatório-Geral da Comissão de Juristas de Atualização do Código de Defesa do Consumidor, contendo as proposições aprovadas pelos membros da Comissão de Juristas para serem analisadas pela Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (CMA). Os principais temas abordados pelos juristas nos anteprojetos foram o comércio eletrônico, as ações coletivas e o crédito ao consumidor (superendividamento). Na ocasião, o Ministro Benjamin afirmou: “A atualização que se propõe é cirúrgica. O CDC é um marco da

¹⁷ A Comissão de Juristas foi criada em 2 de dezembro de 2010 pelo Ato do Presidente nº 305 e teve seu mandato renovado até 31 de março de 2012, pelos Atos do Presidente 308, de 2010, nº 115, de 2011, e 206, de 2011. Nesse período, a Comissão de Juristas foi presidida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin e teve como membros a Professora Doutora Cláudia Lima Marques (Relatora-Geral), Ada Pellegrini Grinover, Leonardo Roscoe Bessa, Roberto Augusto Castellanos Pefieffer e Kazuo Watanabe, e foi assessorada no plano técnico-jurídico por Wellerson Miranda Pereira. O Relatório-Geral da Comissão pode ser lido em BRASIL. Senado Federal. **Atualização do Código de Defesa do Consumidor**: anteprojetos: relatório. Brasília, DF, [2012]. Veja, em especial, p. 27 e seguintes.

cidadania, mas passados 20 anos, precisa de atualização”¹⁸.

A Comissão de Juristas elaborou Minutas de Projeto de Lei que, no dia 2 de agosto de 2012, passaram a tramitar no Senado Federal com a identificação Projetos de Lei do Senado nº 281¹⁹, 282²⁰ e 283²¹, de 2012.

Depois de mais de três anos de tramitação, desde a data de seu protocolo legislativo, em 2 de agosto de 2012, os Projetos de Lei do Senado nº 281/2012 e 283/2012 foram aprovados pelo Senado Federal e remetidos à Câmara dos Deputados, em 4 de novembro de 2015. Os textos oficiais foram identificados como Projetos de Lei nº 3.514/2015²² e 3.515/2015²³.

Até o presente momento, o Projeto de Lei que atualiza o CDC com relação ao comércio eletrônico (PL 3.514/2015) está na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. O texto do projeto de lei sobre comércio eletrônico sofreu inúmeras emendas e muitas alterações; está bastante diferente do anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas em 2012. Ainda assim, a sua aprovação é necessária, para incluir no texto do CDC disposições expressas sobre a proteção do consumidor no comércio eletrônico.

A imposição do distanciamento social decorrente da pandemia de coronavírus no Brasil, em 2020, aumentou significativamente o número de contratações a distância feitas principalmente pelos celulares com acesso à internet (*smartphones*)²⁴. Acredita-se que esse incremento no número de relações de consumo celebradas virtualmente não irá retroceder, passado o período de isolamento, pois há muitos aspectos positivos com relação a esse modo de contratação. Por isso, é imprescindível que o CDC regule detalhadamente os direitos e garantias do consumidor no meio eletrônico.

Da mesma forma, a pandemia do coronavírus e suas consequências negativas (morte, adoecimento, desemprego, por exemplo) também mostraram a urgência na aprovação do PL

¹⁸ BRASIL. Senado Federal. **Comissão de Juristas apresenta relatório sobre atualização do CDC**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2012/03/14/comissao-de-juristas-encerra-primeira-etapa-do-cdc>. Acesso em: 15 nov. 2020.

¹⁹ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 281/2012**. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106768>. Acesso em: 15 nov. 2020.

²⁰ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 282/2012**. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar a disciplina das ações coletivas. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106771>. Acesso em: 15 nov. 2020. Esse Projeto de Lei foi arquivado em 2014 e não foi enviado para a Câmara dos Deputados.

²¹ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 283/2012**. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção do superendividamento. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106773>. Acesso em: 15 nov. 2020.

²² BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.514/2015**. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico, e o art. 9º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), para aperfeiçoar a disciplina dos contratos internacionais comerciais e de consumo e dispor sobre as obrigações extracontratuais. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052488>. Acesso em: 15 nov. 2020.

²³ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.515/2015**. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e o art. 96 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052490>. Acesso em: 15 nov. 2020.

²⁴ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE COMÉRCIO ELETRÔNICO (ABComm). **Comércio eletrônico deve crescer 18% em 2020 e movimentar R\$ 106 bilhões**. Disponível em: <https://abcomm.org/noticias/comercio-eletronico-deve-crescer-18-em-2020-e-movimentar-r-106-bilhoes/>. Acesso em: 15 nov. 2020.

3.515/2015, que trata do acesso ao crédito ao consumidor e dispõe sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Em 26 de agosto de 2020, foi aprovado o requerimento de urgência na sua tramitação legislativa.

A aprovação do PL 3.515/2015 é urgente e necessária, para preparar o sistema de proteção do consumidor brasileiro no pós-pandemia e fomentar a educação financeira dos cidadãos brasileiros, baseada na prevenção e no tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor. Isto porque, com a aprovação do PL 3.515/2015 e a necessária atualização do CDC, o poder público contará com instrumentos para a instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa natural para executar a Política Nacional das Relações de Consumo.

Marques, Bertoncetto e Lima explicaram muito bem os motivos pelos quais é urgente a aprovação da atualização do CDC no tema do comércio eletrônico e do superendividamento:

O Projeto de Lei 3.515/2015 representa um reforço da dimensão ético-inclusiva e solidarista do CDC, pois cria instrumentos e normas novas para prevenir o superendividamento da pessoa física de boa-fé, seja no sentido de promover o acesso ao crédito responsável e à educação financeira do consumidor, seja no sentido de reforçar as iniciativas pioneiras de tratamento global das audiências conciliatórias com todos os credores para elaborar e aprovar planos de pagamento das dívidas dos consumidores superendividados. O projeto procura facilitar remédios judiciais, em caso de impossibilidade de acordo, seja ao estabelecer limites à publicidade de crédito, práticas comerciais e assédio de consumo em geral, protegendo em especial consumidores idosos, jovens, crianças e analfabetos, mantendo e expandindo a lista de práticas e cláusulas abusivas, sem mudança na sistemática do microcódigo, seja protegendo o consumidor nas suas contratações a distância, nacionais e internacionais, de forma a garantir não somente sua liberdade de escolha de produtos e serviços, mas sua igualdade nestas contratações, cada vez mais importantes e simbólicas da inclusão dos brasileiros na sociedade globalizada de consumo do século XXI²⁵.

Aguardamos a aprovação dos Projetos de Lei nº 3.514/2015 e 3.515/2015, que atualizam o Código de Defesa do Consumidor, para que o Balcão do Consumidor da UFPel possa bem auxiliar os consumidores que procurarem o serviço, passado o distanciamento social imposto pela pandemia do coronavírus, com o objetivo de solucionar extrajudicialmente as suas demandas de consumo tanto no tema do comércio eletrônico, como no tema do acesso ao crédito e superendividamento.

3. A EXPERIÊNCIA E AS PERSPECTIVAS DO PROJETO BALCÃO DO CONSUMIDOR/UFPEL

A importância da proteção do consumidor, bem destacada anteriormente, também se revela no âmbito do Poder Judiciário, ambiente que tem cada vez mais recepcionado processos judiciais relativos às controvérsias entre consumidores e fornecedores de bens e serviços.

De acordo com o Relatório Justiça em Números do CNJ, de 2015 a 2020, os litígios relativos aos direitos do consumidor têm ocupado o *ranking* dos cinco litígios de maior frequência, sendo que, no âmbito dos Juizados Especiais, tais controvérsias têm mantido a posição de primeiro lugar

²⁵ MARQUES, Claudia Lima; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz; LIMA, Clarissa Costa de. Exceção dilatória para os consumidores frente à força maior da Pandemia de COVID-19: pela urgente aprovação do PL 3.515/2015 de atualização do CDC e por uma moratória aos consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 29, v. 129, p. 47-71, maio-jun. 2020. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1312/1231>. Acesso em: 15 nov. 2020.

ao longo do período em análise²⁶.

É diante desse cenário que os Projetos de Lei 3.514/2015 e 3.515/2015 foram idealizados, uma vez que os rituais tradicionais de solução de conflito não têm sido suficientes ou adequados no que se refere ao tratamento dos conflitos decorrentes das relações de consumo, dadas as suas especificidades e abrangência de sua afetação, sobretudo porque tais controvérsias não afetam tão somente a pessoa do consumidor, mas também sua família, e não só sua vida pessoal, mas também sua vida social²⁷.

É por essa razão que o ensino jurídico tem sua parcela de responsabilidade, não só com o propósito de aproximar o acadêmico de Direito dessa realidade conflituosa e da litigiosidade dela decorrente, mas também pelo dever da academia em proporcionar ao aluno e futuro profissional uma perspectiva de atuação mais atenta ao tratamento adequado dos conflitos na área do consumo, o que, diga-se, nem sempre está na direção do Poder Judiciário.

Nessa perspectiva, o Projeto de Extensão Balcão do Consumidor da Faculdade de Direito da UFPel, inspirado na experiência de outros modelos de Balcão do Consumidor, como o da Universidade de Passo Fundo (UPF), visa implementar ações que, no atendimento do consumidor, executem práticas de mediação, conciliação e negociação, com vistas à solução extrajudicial dos conflitos, sempre que a situação concreta assim permitir.

Esse ambiente distinto do Poder Judiciário já era cogitado por Mauro Cappelletti e Bryan Garth, inclusive para a proteção dos direitos do consumidor, a exemplo do Ombudsman sueco, como procedimento simplificado no âmbito administrativo²⁸.

E, para que tais objetivos sejam atendidos, o Projeto contará com a parceria do PROCON, a fim de que o programa SINDEC seja utilizado como plataforma de registro e encaminhamento das atividades, quando do atendimento do consumidor, proporcionando, assim, a comunicação direta com o fornecedor de bens serviços. A plataforma, desse modo, proporcionará um ambiente que buscará a satisfação dos direitos do consumidor sem a judicialização do conflito, evitando, assim, o custo e o desgaste do processo contencioso.

O trabalho será realizado no Serviço de Assistência Jurídica da Faculdade de Direito da UFPel e contará com a atuação de alunos voluntários da graduação e da pós-graduação, bolsistas e professores pesquisadores.

É importante destacar que as ações propostas pelo Projeto Balcão do Consumidor estão ainda alinhadas com os projetos de pesquisas já desenvolvidos no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da UFPel: “Consumo e Vulnerabilidade na Sociedade Contemporânea” e “Acesso à Justiça no Século XXI: o tratamento dos conflitos na contemporaneidade”. A partir desse alinhamento, extensão e pesquisa mostram-se fortalecidas com a reciprocidade de ações e informações, aprimorando o estudo de casos e

²⁶ Para o período de 2015 a 2018, ver em SANTOS, Karinne Goettems dos; BRINGUENTE, Ana Carla. Superendividamento e acesso à justiça: expectativas sobre a autocomposição para o tratamento dos conflitos decorrentes das relações de consumo. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/816>. Acesso em: 15 nov. 2020. Para o período de 2018 a 2020, consultar os Relatórios Justiça em Números 2019 e 2020, disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 15 nov. 2020.

²⁷ SANTOS, Karinne Goettems dos; BRINGUENTE, Ana Carla. Superendividamento e acesso à justiça: expectativas sobre a autocomposição para o tratamento dos conflitos decorrentes das relações de consumo.

²⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 158.

qualificando ainda mais a prestação de serviço que se pretende realizar à população de Pelotas e região.

Nesse sentido, ao tempo em que a comunidade é acolhida, a prática de orientação do cidadão e de encaminhamento da solução do conflito de consumo na via administrativa proporciona aos alunos do Curso de Direito a experiência da prática do consenso, solidificando o conhecimento no âmbito dos direitos fundamentais relacionados à defesa do consumidor e ao acesso à justiça.

Da mesma forma, além de atender o consumidor, o Projeto Balcão do Consumidor executa ações voltadas para a educação para o consumo, organizando eventos de caráter informativo e preventivo de conflitos, direcionados tanto para a comunidade acadêmica como para toda a comunidade.

Por fim, considerando que a pandemia impede o atendimento presencial no ambiente do Serviço de Assistência Jurídica, o Projeto tem desenvolvido palestras voltadas para o esclarecimento da população acerca dos direitos fundamentais e proteção do consumidor, com o apoio da Pró-Reitoria de Extensão e Cultura da UFPel, bem como palestras voltadas para o ambiente acadêmico, já em preparação para os atendimentos presenciais do momento pós-pandemia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade contemporânea de consumo, com suas características gerais (massificação, pluralismo, informação e globalização), justifica a necessidade de promover, no campo das relações de consumo, o que Josserand, no início da segunda metade do Século XX, denominou de “política jurídica mundial de proteção aos fracos”²⁹. E de fato se pode afirmar que os atuais sistemas jurídicos de proteção aos consumidores – notadamente o nosso, de matriz constitucional (CF, art. 5º, XXXII) – representam um enorme avanço nesse sentido, em que pese a importância da atualização em temas como o superendividamento e o comércio eletrônico, situações cuja regulação jurídica já era fundamental antes da pandemia e tornou-se urgente a partir desta.

O Projeto Balcão do Consumidor, com sua natureza extensionista e articulado com atividades de pesquisa junto à Faculdade de Direito da UFPel, surgiu em meio a esse contexto pandêmico e na perspectiva de que possa contribuir na promoção dos direitos do consumidor junto à comunidade pelotense não apenas nas questões destacadas neste trabalho, de superendividamento e de comércio eletrônico, mas também na orientação de outras questões que se apresentam e que digam respeito aos consumidores de modo geral, e sobretudo, aos que se encontrem em estado de vulnerabilidade agravada (“hipervulnerabilidade”).

Neste sentido, e inspirado na experiência de outros modelos de Balcão do Consumidor, como o da Universidade de Passo Fundo (UPF), o Balcão do Consumidor da UFPel seguirá firme em seu propósito de aproximar a comunidade pelotense e da região da Faculdade de Direito da UFPel e de seu Serviço de Assistência Jurídica, de modo a que preste a sua contribuição junto aos órgãos judiciais e administrativos de proteção aos consumidores no Município de Pelotas. A Universidade

²⁹ JOSSERAND, Louis. A proteção aos fracos pelo Direito. Trad. Francisco de Assis Andrade. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 128, p. 363, mar. 1950.

também deve ser protagonista na promoção e na defesa dos direitos e interesses, patrimoniais e existenciais, dos consumidores de Pelotas e região.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE COMÉRCIO ELETRÔNICO (ABComm). **Comércio eletrônico deve crescer 18% em 2020 e movimentar R\$ 106 bilhões.** Disponível em: <https://abcomm.org/noticias/comercio-eletronico-deve-crescer-18-em-2020-e-movimentar-r-106-bilhoes/>. Acesso em: 15 nov. 2020.

AZEVEDO, Fernando Costa de. O desequilíbrio excessivo da relação jurídica de consumo e sua correção por meio da cláusula geral de proibição de vantagem excessiva no Código de Defesa do Consumidor. Tese. Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). 2014. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufrgs.br/da.php?nrb=000921409&loc=2018&l=34343f6371da36cb>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em Números. Disponível em: [\[https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/\]](https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/). Acesso em: 15 Nov.2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.514/2015.** Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico, e o art. 9º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), para aperfeiçoar a disciplina dos contratos internacionais comerciais e de consumo e dispor sobre as obrigações extracontratuais. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052488>. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.515/2015.** Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e o art. 96 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052490>. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Atualização do Código de Defesa do Consumidor:** anteprojetos: relatório. Brasília, DF, [2012].

BRASIL. Senado Federal. **Comissão de Juristas apresenta relatório sobre atualização do CDC.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2012/03/14/comissao-de-juristas-encerra-primeira-etapa-do-cdc>. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 281/2012.** Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico. Disponível em:

<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106768>. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 282/2012**. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar a disciplina das ações coletivas. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106771>. Acesso em: 15 nov. 2020. Esse Projeto de Lei foi arquivado em 2014 e não foi enviado para a Câmara dos Deputados.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 283/2012**. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção do superendividamento. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106773>. Acesso em: 15 nov. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A proteção do consumidor na era da globalização. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 41, p. 81-95, jan./mar. 2002.

IRTI, Natalino. Le categorie giuridiche della globalizzazione. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, n. 5 (Anno XLVIII), p. 625-635, sett./otto. 2002.

JOSSERAND, Louis. A proteção dos fracos pelo Direito. **Revista Forense**, v. 128, p. 363-368, mar. 1950.

LISBOA, Roberto Senise. O consumidor na sociedade da informação. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 61, p. 203-229, jan./mar. 2007.

MARQUES, Claudia Lima; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz; LIMA, Clarissa Costa de. Exceção dilatória para os consumidores frente à força maior da Pandemia de COVID-19: pela urgente aprovação do PL 3.515/2015 de atualização do CDC e por uma moratória aos consumidores. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 29, v. 129, p. 47-71, maio-jun. 2020. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1312/1231>. Acesso em: 15 nov. 2020.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Systema de Sciencia Positiva do Direito**. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1922. v. 2.

SANTOS, Karinne Goettems dos; BRINGUENTE, Ana Carla. **Superendividamento e acesso à justiça: expectativas sobre a autocomposição para o tratamento dos conflitos decorrentes das relações de consumo**. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/816>. Acesso em: 15 nov. 2020.

CRIANÇAS EM QUARENTENA: PROTEGIDAS DO VÍRUS, SUJEITAS À VIOLÊNCIA SEXUAL DENTRO DE CASA

Gianpaolo Poggio Smanio¹

Bruna Azzari²

INTRODUÇÃO

A pandemia da Covid-19 e todas as mudanças que o mundo vive em decorrência dela, fazem de 2020 um ano emblemático, que será lembrado por toda a história pelos desafios que foram enfrentados, mas também pelas transformações em todas as relações sociais, profissionais, pessoais e inclusive as digitais.

No que diz respeito às crianças e adolescentes, 2020 já prometia ser um ano de enorme importância, com a comemoração dos 30 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente. Talvez menos conhecida por juristas, mas mais divulgada socialmente, também se comemoraria os 20 anos do Dia Nacional de Enfrentamento à Violência Sexual de Crianças e Adolescentes. Não apenas as celebrações destas importantes datas foram prejudicadas pela pandemia, mas principalmente a garantia dos direitos destes pequenos cidadãos.

Com o intuito de promover a importante discussão no país sobre os direitos e a proteção das crianças e adolescentes, o presente trabalho busca dar visibilidade a esta grave forma de violência contra estes indivíduos e conscientizar a sociedade e os poderes executivo, legislativo e judiciário da magnitude deste problema, e da urgente necessidade de se combater de uma vez por todas a violência sexual contra crianças e adolescentes, proteger e garantir com absoluta prioridade todos os seus direitos fundamentais. Não se trata de um crime excepcional, mas uma realidade séria, naturalizada e silenciosa, que somente quando for vista como o problema crítico que é, que poderá ser combatida e encontrada uma real solução.

Estruturou-se a análise aqui apresentada em três eixos: primeiro, foi descrito o arcabouço legal que protege e garantiu direitos às crianças e adolescentes, e as principais medidas que foram implementadas pelo Estado a fim de efetivar tais direitos e a sua proteção contra a violência sexual. Em um segundo momento, foi definido o conceito desta violência, caracterizada a sua ocorrência no Brasil, e apresentados dados estatísticos de instituições de saúde e segurança pública a fim de se dimensionar a sua gravidade. Por fim, se esmiuçou a incidência da violência sexual contra crianças e adolescentes no período da pandemia da Covid-19.

Foi utilizado o método hipotético dedutivo, sob a abordagem bibliográfica qualitativa.

¹ Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). É Diretor e Professor Titular da Faculdade de Direito e do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Foi Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM) (2013-2020) e Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo (2016-2018 e 2018-2020). É Professor colaborador na Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, Coordenador Adjunto da Comissão Solidariedade e Integração Regional e Membro da Comissão APCN da Área do Direito da CAPES.

² Doutoranda e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2018/2020). Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2012/2016). Membro do Grupo de Pesquisa Estado e Economia no Brasil ligado ao Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

1. A CIDADANIA QUE ABRANGE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: EFETIVAÇÃO DE DIREITOS E ENFRENTAMENTO NACIONAL À VIOLÊNCIA SEXUAL

Representando uma ruptura jurídico-política com o regime instaurado no país desde 1964, o Brasil viu na promulgação da Constituição Federal de 1988 a construção do principal alicerce nacional na luta pela proteção dos direitos humanos. Efetivou-se em seu artigo 1º, II, uma mudança na conceituação de cidadania, sendo inserida dentre os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. Até então, ser cidadão no país estava relacionado à nacionalidade brasileira.

Esta desvinculação da cidadania e da nacionalidade permitiu que se conferisse maior amplitude ao seu significado, “compatível com a nova dimensão da cidadania, como expressão de direitos fundamentais e solidariedade”³, para além da nacionalidade e da concessão de direitos políticos de votar e ser votado.

Os direitos humanos e os direitos da cidadania são desta forma duas manifestações dos direitos fundamentais que devem ser assegurados pelo Estado Constitucional [...]. A cidadania pressupõe a liberdade para o exercício dos direitos fundamentais. A cidadania é uma condição da pessoa que vive em uma sociedade livre. [...] A cidadania pressupõe a igualdade entre todos os membros da sociedade, para que inexistam privilégios de classes ou grupos sociais no exercício de direitos.⁴

Na concepção de cidadania destacada, os direitos fundamentais constituem o conceito que engloba tanto direitos humanos universais quanto direitos dos cidadãos nacionais⁵. Nota-se a importância da ampliação da cidadania especialmente ao considerar-se a sua abrangência também à crianças e adolescentes a partir de 1988.

A chamada “Constituição Cidadã” inaugurou uma série de direitos sociais para todos os cidadãos brasileiros, em especial, para crianças e adolescentes, que pela primeira vez em um texto constitucional foram reconhecidos como sujeitos de direitos. Deixavam, então, de ser mero patrimônio do Estado e da família, em um cenário construído sob uma concepção punitivo-repressiva do Código de Menores:

As narrativas sociais e jurídicas partiam do conceito de “menor em situação irregular”. A expressão menor – vocábulo de múltiplas acepções – guardava em si a noção de somenos importância, sinônimo de infância em perigo ou perigosa, marginalização e diminuição. A identidade do “menor” se construía – apenas e tão somente – a partir do desvio, da anomia e da necessidade de vigilância pelo Estado.⁶

Essa importante transformação no ordenamento jurídico brasileiro pautava-se em mecanismos internacionais já existentes, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948,

³ SMANIO, Gianpaolo Poggio. A conceituação da cidadania brasileira e a Constituição Federal de 1988. In: Alexandre de Moraes. (Org.). **Os 20 Anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009a, v. 1, p. 333-346, p. 340.

⁴ SMANIO, Gianpaolo Poggio. As dimensões da cidadania. **Revista da ESMP**. V. 2, p. 13-23, 2009b. p. 19-20.

⁵ SMANIO, Gianpaolo Poggio. **As dimensões da cidadania**. p. 19.

⁶ PINTO, Felipe Chiarello de Souza; JUNQUEIRA, Michelle Asato; ANDREUCCI, Ana Claudia P. Torezan. O Papel Inspirador da Declaração Universal dos Direitos Humanos na Construção Histórica dos Direitos das Crianças e Adolescentes. In: ARRUDA, Eloisa de Sousa; PEREIRA, Flavio de Leão Bastos (Org.). **70 Anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, p. 152-172. 2018. p. 156.

mas, especialmente, a Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 1959:

A criança passa a ser considerada, pela primeira vez na história, prioridade absoluta e sujeito de Direito, o que por si só é uma profunda revolução. A Declaração enfatiza a importância de se intensificar esforços nacionais para a promoção do respeito dos direitos da criança à sobrevivência, proteção, desenvolvimento e participação. A exploração e o abuso de crianças deveriam ser ativamente combatidos, atacando-se suas causas.⁷

Cidadãos também as crianças e adolescentes não por simplesmente possuírem a nacionalidade brasileira, considerando-se ainda a impossibilidade de votarem e serem votados, mas cidadãos na medida que possuidores de direitos fundamentais próprios, que devem ser garantidos pelo Estado Democrático de Direito. A mudança desta perspectiva pode ser percebida na obra de Marshall, segundo o qual “o direito à educação é um direito social de cidadania genuíno porque o objetivo da educação durante a infância é moldar o adulto em perspectiva” (MARSHALL, 2002, p.20). É fato que a maneira com que se dá o desenvolvimento da criança influencia em como ela será no futuro. Entretanto, não se pode olhar para a criança apenas na perspectiva do adulto que se almeja que seja, mas como cidadã, sujeito de direito enquanto criança. E é nessa ótica que devem se dar as políticas para a primeira infância, já que a vida adulta é apenas consequência, e não o objetivo de uma infância justa e plena.

Nesse sentido, ao se adequar ao contexto internacional, a Constituição Federal de 1988 foi um instituto inovador no direito brasileiro ao eleger a “Doutrina da Proteção Integral”, explicitada no artigo 227, que prevê que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade” todos os seus direitos, colocando-os “a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Visando-se efetivar esta proteção, em 1990, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069, cujo artigo 1º sublinha que a lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. Destarte, toda a sociedade deve agir em prol desses indivíduos, a fim de buscar atender aos seus melhores interesses: a efetivação dessa proteção integral à criança, demanda, como afirmam Gianpaolo Poggio Smanio e Patrícia Tuma Martins Bertolin, não só a criação de diretrizes e metas, mas uma atuação da coletividade para a conscientização das necessidades e fragilidades nesse sistema, e investimento para a sua superação.⁸

Completando seus 30 anos em meio à pandemia do coronavírus no Brasil, em 13 de julho de 2020, refletir sobre o papel fundamental do ECA na garantia dos direitos destes indivíduos em desenvolvimento é especialmente importante. De forma minuciosa, o Estatuto desenha a estrutura nacional de garantia de direitos e deveres adequados à condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, reiterando os princípios constitucionais da prioridade absoluta e proteção integral. Quanto à garantia de prioridade, a norma explicita em seu art.4º, parágrafo único, que ela compreende a primazia de receber proteção e socorro em

⁷ MARCÍLIO, Maria Luiza. A lenta construção dos direitos da criança brasileira. Século XX. **Revista USP (Dossiê Direitos Humanos no Limiar do Século XXI)**. 1998. [s/p]. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Obras-recentemente-publicadas/a-lenta-construcao-dos-direitos-da-crianca-brasileira-seculo-xx-1998.html>. Acesso em: 30 jul. 2020.

⁸ SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. A doutrina da proteção integral e seus ainda restritos efeitos sobre as políticas públicas voltadas à criança e ao adolescente. In: ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan; CARACIOLA, Andrea Boari; JUNQUEIRA, Michele Asato (org.). **Estatuto da criança e do adolescente: 25 anos**. São Paulo: Ltr, 2015. p. 71.

quaisquer circunstâncias, atendimento preferencial nos serviços públicos ou de relevância pública, a prioridade na formulação e na execução de políticas públicas, e inclusive a destinação privilegiada de recursos nas áreas relacionadas à proteção de crianças e adolescentes.

Seguindo a previsão constitucional do compartilhamento de responsabilidades sobre crianças e adolescentes de todos, família, sociedade e Estado, o ECA destaca em seu art. 70 o dever de todos na prevenção à ameaça ou violação dos seus direitos, amplamente descritos em cinco capítulos do Estatuto. Dentre tantos direitos que deveriam ser protegidos, mas percebe-se serem constantemente violados no nosso país, conforme introduzido previamente, iremos tratar da violência sexual contra crianças e adolescentes.

O enfrentamento à violência sexual contra estes indivíduos ganha impulso no Brasil com a criação e implantação do Sistema Nacional de Combate ao Abuso e à Exploração Sexual Infanto-juvenil, em 1997, através de uma parceria da Associação Brasileira Multiprofissional de Proteção à Infância e à Adolescência (Abrapia)⁹ com o poder público. Com o objetivo de ampliar denúncias de abuso e exploração sexual infanto-juvenil, operacionalizou-se um serviço telefônico nacional gratuito (0800-99-500). No período de 1997 a 1999, o serviço estava voltado para o combate à exploração sexual, especialmente na modalidade do “turismo sexual”, que se acreditava ser a principal forma de exploração sexual de crianças e adolescentes. Com o funcionamento do Sistema Nacional, percebeu-se que este não era o caso, e em 2000 iniciaram o registro de denúncias também de abuso sexual.¹⁰

Entendendo-se tratar de uma questão nacional na luta pelos direitos humanos de crianças e adolescentes, previstos na Constituição e no ECA, em 2003 o Governo Federal transferiu a coordenação do Sistema Nacional para a Secretaria Especial de Direitos Humanos (Sedh), diretamente ligada à Presidência da República, tornando-se uma política pública de âmbito federal. Foi então que se implementou o Disque-Denúncia Nacional, disque-100, que funciona ainda hoje, substituindo o 0800.

Vale salientar que a preocupação com a erradicação da exploração sexual infanto-juvenil somente foi incorporada ao orçamento federal recentemente, a partir do Plano Plurianual (PPA 2000-2003), transformando-se então em política nacional. Tal inclusão buscou responder ao movimento que na época se formava no país e que culminou na elaboração do Plano Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual Infanto-juvenil, aprovado no ano 2000, buscando a integração de iniciativas existentes e a elaboração de novas e eficientes estratégias de ação.¹¹

Reforçando o comprometimento nacional com esta questão, em 2000 foi criado o Plano Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual Infanto-Juvenil, homologado pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA). O objetivo geral do plano era

⁹ Organização não-governamental, fundada em 1988, que trabalhava na promoção e defesa dos direitos da criança e do adolescente. (VERAS, 2010, p.410) Foi encerrada em 2008, após 20 anos em funcionamento. Ver: <https://www.childhood.org.br/disque-denuncia-necessita-de-maior-capacitacao-de-profissionais>

¹⁰ VERAS, Thaísa. O Sistema Nacional de Combate ao Abuso e à Exploração Sexual Infantojuvenil e o Plano Nacional: um exemplo de política pública aplicada. **Cad. EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 404-421, set. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-395120100003000003&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 30 jul. 2020.

¹¹ VERAS, Thaísa. O Sistema Nacional de Combate ao Abuso e à Exploração Sexual Infantojuvenil e o Plano Nacional: um exemplo de política pública aplicada. **Cad. EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 404-421, set. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-395120100003000003&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 30 jul. 2020, p. 409.

“estabelecer um conjunto de ações articuladas que permitam intervenção técnica, política e financeira para o enfrentamento da violência sexual contra crianças e adolescentes”¹². Em 2003, iniciou-se um processo de atualização do Plano Nacional, com o objetivo de introduzir indicadores de monitoramento e avaliar o impacto na formulação de políticas públicas, que culminou na publicação de um Relatório do Monitoramento, em 2007. Finalmente, em 2013, após amplas discussões entre a sociedade civil e o poder público, foi publicado o Plano Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes, definindo-se que as suas ações deveriam ser implementadas até 2020.

Ao longo dos anos, foram implementadas diversas políticas e ações para combater esta violência, existem processos de articulação de redes de enfrentamento que atuam no atendimento, na defesa, na responsabilização e na sua prevenção, esforços da sociedade civil e do estado brasileiro. Contudo, sua ocorrência ainda é assustadoramente elevada no país, com números que crescem a cada ano, e que refletem ser esta uma realidade séria muitas vezes naturalizada no país, que ainda sofre com altos índices de subnotificação, conforme será analisado no tópico a seguir.

2. A VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES: O QUE ESTAMOS ENFRENTANDO?

Para a compreensão da dimensão do problema da violência sexual contra crianças e adolescentes e, mais ainda, a sua dinâmica preocupante durante o período da pandemia da Covid-19 em 2020, é preciso definir que violência é esta, e como ela se caracteriza no país. São, basicamente, duas as suas formas de ocorrência: o abuso sexual e a exploração sexual. A primeira hipótese, é aquela mais comumente conhecida, que envolve principalmente a ocorrência de estupro e estupro de vulnerável, “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”; no caso do menor de 14 anos, o estupro é presumido, isto é, mesmo que haja o suposto consentimento da criança ou adolescente, qualquer ato será sempre crime. Contudo, diferente do que está frequentemente no imaginário coletivo da sociedade, o abuso sexual pode acontecer de diversas formas, com ou sem o contato físico:

Toda forma de relação ou jogo sexual envolvendo uma criança ou adolescente, com o objetivo de satisfação própria e/ou de outros. Pode acontecer por meio de ameaça física e/ou verbal, ou por sedução. Na maioria dos casos, é cometido por uma pessoa conhecida da criança ou adolescente, em geral, um familiar. O abuso sexual pode acontecer com ou sem contato físico, não se limitando a relações sexuais com penetração.¹³

A segunda hipótese, por sua vez, é ainda pouco discutida socialmente, especialmente no caso de adolescentes, quando muitas vezes é visto como uma opção da jovem por se prostituir¹⁴; a exploração sexual ocorre quando há qualquer tipo de troca mercantil para a prática de

¹² ROCHA, Genylton Odilon Rêgo da; LEMOS, Flávia Cristina; LIRIO, Flávio Corsini. Enfrentamento da Violência Sexual Contra Crianças e Adolescentes no Brasil: políticas públicas e o papel da escola. **Cadernos de Educação**, Pelotas, n. 38, p. 259 - 287, jan./abril 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/caduc/article/view/1550>. Acesso em: 30 jul. 2020. p.267-268.

¹³ CHILDHOOD BRASIL. **Glossário da violência sexual contra crianças e adolescentes**. Conheça os principais termos e expressões relacionados à causa e seus significados. 19 jun. 2020. Disponível em: <https://www.childhood.org.br/glossario-da-causa>. Acesso em: 12 ago. 2020.

¹⁴ **UM CRIME ENTRE NÓS**. S.L: Maria Farinha Filmes, 2020. (59 min.).

conjunção carnal, ou outra forma de exploração sexual, sendo punidos tanto os “exploradores sexuais (mercadores)”, quanto os “consumidores de serviços sexuais pagos (demanda)”¹⁵, além do estabelecimento em que possa ter ocorrido.

Em todas as suas esferas, é uma violência brutal para estes indivíduos, que ignora todo e qualquer direito humano e de cidadania que possuem:

[...] a violência sexual tem uma dimensão de tornar crianças e adolescentes objetos de uso para alguém que se coloca de maneira coercitiva em uma prática que não configura uma relação, mas uma utilização do outro em nome da venda de prazeres sem limites, que extrapolam qualquer fronteira ética e do campo de direitos humanos. De um lado, corpos explorados, violentados e com sua cidadania negada e silenciada; de outro, uma rede composta de grupos que negociam tudo e a todos fora de qualquer princípio de dignidade e valor democrático.¹⁶

Desde a criação do Disque Denúncia Nacional, foi cada vez mais dando-se visibilidade à ocorrência de casos de violência sexual contra crianças e adolescentes no país. Segundo o “relatório da SEDH relativo ao Serviço do Disk Denúncia Nacional há o registro de mais de cento e trinta mil denúncias de violência sexual contra crianças e adolescentes em todo o território nacional, no período que vai de maio de 2003 a agosto de 2010.”¹⁷

O Estatuto da Criança e do Adolescente foi também fundamental neste sentido, uma vez que tornou obrigatória a comunicação de qualquer tipo de violência ao Conselho Tutelar (art.13), estabelecendo inclusive como infração administrativa a hipótese da inércia do médico, professor ou responsável por estabelecimento de saúde ou ensino, de comunicar a autoridade competente casos de suspeita ou confirmação de maus tratos (art.245). Ainda, em 2011, o Ministério da Saúde desenvolver o Sistema de Vigilância de Violências e Acidentes, determinando a compulsoriedade da notificação imediata de violências no âmbito da saúde pública ou privada à Secretaria Municipal de Saúde, devendo ocorrer em até 24 horas após o atendimento da vítima.¹⁸

Com o objetivo de dar visibilidade à violência, “revelando a sua magnitude, tipologia, gravidade”, foi lançado em junho de 2018, pela Secretaria de Vigilância em Saúde, do Ministério da Saúde, um Boletim Epidemiológico contendo os dados colhidos de 2011 a 2017 sobre violência sexual contra crianças e adolescentes no Brasil.¹⁹ Os principais dados de referência para este estudo são estarrecedores: 184.524 casos de violência sexual, sendo 58.037 (31,5%) contra crianças e 83.068 (45,0%) contra adolescentes (76,5% de todos os casos notificados de violência sexual).

¹⁵ TAQUETTE, Stella R. (org) **Mulher Adolescente/Jovem em situação de Violência**. Propostas de intervenção para o setor saúde: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2007. Disponível em: <http://www.observatoriodegenero.gov.br/>. Acesso em: 13 ago. 2020, p. 59.

¹⁶ ROCHA, Genylton Odilon Rêgo da; LEMOS, Flávia Cristina; LIRIO, Flávio Corsini. Enfrentamento da Violência Sexual Contra Crianças e Adolescentes no Brasil: políticas públicas e o papel da escola. p.264.

¹⁷ ROCHA, Genylton Odilon Rêgo da; LEMOS, Flávia Cristina; LIRIO, Flávio Corsini. Enfrentamento da Violência Sexual Contra Crianças e Adolescentes no Brasil: políticas públicas e o papel da escola. p.267.

¹⁸ Ministério da Saúde (BR). Secretaria de Vigilância em Saúde. Análise epidemiológica da violência sexual contra crianças e adolescentes no Brasil, 2011 a 2017. **Boletim Epidemiológico**, v. 49, n.27, jun. 2018. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/boletins-epidemiologicos>. Acesso em: 02 ago. 2020.

¹⁹ Importante destacar que o estudo realizado “delimita como crianças os indivíduos com idade entre zero e 9 anos e como adolescentes aqueles entre 10 e 19 anos, conforme a convenção elaborada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e adotada pelo Ministério da Saúde” e que seus dados “foram extraídos do Sistema de Informação de Agravos de Notificação (Sinan), a partir das fichas de notificação individual de violência interpessoal/autoprovocada”. Ministério da Saúde (BR). Secretaria de Vigilância em Saúde. Análise epidemiológica da violência sexual contra crianças e adolescentes no Brasil, 2011 a 2017. p. 1-3.

Ao se observar as características da violência contra crianças, 51,2% estavam na faixa etária entre 1 e 5 anos, 69,2% dos eventos ocorreram na residência (40.154) e 4,6% ocorreram na escola, e 62,0% foram notificados como estupro²⁰.

O perfil das notificações de violência sexual contra adolescentes revelou que, do total, 67,8% estavam na faixa etária entre 10 e 14 anos. 58,2% dos eventos ocorreram em suas residências (48.363) e 13,9% em via pública, sendo 70,4% notificados como estupro.

A análise dos dados retrata que o problema aconteceu com maior frequência entre crianças e adolescentes do sexo feminino (74,2% e 92,4%, respectivamente).

Uma avaliação importante que foi feita pelo estudo é o volume de notificações nas regiões do país: o maior volume ocorreu no Sudeste (40,4%) e Sul (21,7%), contra crianças, e no Sudeste (32,1%), Norte (21,9%) e Sul (18,8%), contra adolescentes. Tais dados levaram à conclusão do estudo de que: “Apesar do elevado número de casos de violência sexual registrados no Sinan, estima-se que haja subnotificação, tendo em vista que o processo de implementação do Viva não ocorreu de modo homogêneo em todo o território brasileiro.”²¹

Nota-se que quase não há notificação de exploração sexual de crianças e adolescentes no Boletim publicado pelo Ministério da Saúde, o que não significa que ela não ocorra, mas retoma o aspecto tratado acima da naturalização de adolescentes nesta situação pela sociedade.

Antes de nos voltarmos à subnotificação, contudo, devemos analisar os números da violência por outro viés: o da notificação à polícia. Isso porque,

Apesar da baixa notificação à polícia, os dados disponíveis indicam que as polícias têm, em média, 3 vezes mais registros de estupro em suas bases de dados do que o Sistema de Notificação de Agravos do Ministério da Saúde, fazendo dos registros policiais fonte mais fidedigna para a análise do perfil das vítimas e de seus agressores.

[...]

Segundo o Atlas da Violência, edição de 2018, a base do Sinan registrava 22.918 vítimas de estupro. No mesmo ano as Polícias registraram 55.070 vítimas de acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública.²²

Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2019, que reuniu bases de dados dos registros policiais de estupro e estupro de vulnerável de todo o país, o ano de 2018 alcançou o maior número já registrado de violência sexual no país²³: 66.041 registros, o que significa 180 estupros por dia; destes, 53,8% são de vulneráveis, ou seja, suas vítimas tinham até 13 anos. São 4 meninas, de até 13 anos, estupradas por hora no país.²⁴

²⁰ Nas fichas de notificação, poderia a violência ser caracterizada como assédio sexual, estupro, pornografia infantil, exploração sexual, e outros.

²¹ Ministério da Saúde (BR). Secretaria de Vigilância em Saúde. Análise epidemiológica da violência sexual contra crianças e adolescentes no Brasil, 2011 a 2017. p. 13.

²² BUENO, Samira; PEREIRA, Carolina; NEME, Cristina. A invisibilidade da violência sexual no Brasil. In.: Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. 2019. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/>. Acesso em: 12 ago. 2020. p. 117.

²³ Em 2000, esse número era de 26.969 (considerando vítimas de estupro e de atentado violento ao pudor, que com a alteração na lei em 2009 deixou de existir, sendo incorporado ao crime de estupro) (SOUZA, ADESSE, 2005, p. 29).

²⁴ Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. 2019. Disponível em:

Ao observar os dados sobre estupro de 2017 e 2018 conjuntamente, percebe-se que 63,8% são cometidos contra vulneráveis. Todavia, o próprio estudo, aponta um possível equívoco na distribuição, que foi realizada segundo o tipo criminal registrado nos boletins de ocorrência, uma vez que a partir da análise da idade informada da vítima, foram observados mais 5.636 casos que compreendem a faixa etária de 0 a 13 anos, registrados como estupro, quando deveriam ser estupro de vulnerável (considerando-se a hipótese de que a idade informada estaria correta, sendo o equívoco na classificação da natureza criminal). Ampliando a análise para a faixa etária abordada neste artigo, temos que 71,8% de todos os registros de estupro se deu até os 17 anos²⁵. Ainda, ao desagregar os dados por sexo, verificou-se que o ápice da violência sexual contra meninas se dá aos 13 anos, enquanto com vítimas do sexo masculino o auge da vitimização se deu ainda mais cedo, aos 7 anos²⁶.

Outro aspecto fundamental que foi abordado no documento da Secretaria de Segurança Pública, foi a questão do vínculo com o abusador, identificando-se que 75,9% das vítimas possuíam algum tipo de vínculo com o agressor, entre parentes, companheiros, amigos e outros.²⁷ Trata-se de um fator que influencia e muito na subnotificação dos casos, especialmente no que diz respeito às crianças e adolescentes. Os crimes sexuais foram descritos pelo Anuário como dentre aqueles com as menores taxas de notificação à polícia, percentual este que é ainda dificilmente estimado, especialmente tratando-se de crianças e adolescentes, já que a maior parte das pesquisas são realizadas com adultos ou a partir dos 16 anos. Segundo a última Pesquisa Nacional de Vitimização²⁸, publicada em 2013, estima-se que 7,5% das vítimas de violência sexual notificam a polícia. Em 2018, em uma pesquisa realizada com mulheres de 16 anos ou mais, verificou-se que, frente à violência sexual, 52% das mulheres não tomaram nenhuma atitude e, dentre as que buscaram algum tipo de ajuda, apenas 22,2% procuraram órgãos oficiais²⁹.

Os motivos para a baixa notificação são inúmeros, desde o medo de retaliação do agressor, que é na maior parte das vezes conhecido, medo do julgamento da sociedade após a denúncia, ao próprio descrédito nas instituições de justiça e segurança pública. Essas razões se aplicam a todos os casos de violência sexual, contudo, quando tratamos de vítimas crianças e adolescentes existem dois aspectos de fundamental atenção, a consciência da agressão e o padrão intrafamiliar da violência.

O primeiro aspecto é exatamente o que torna importante o convívio da criança com outros adultos fora do seu círculo familiar, o que costuma ocorrer na escola. Isso porque, muitas vezes a

<https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/>. Acesso em: 12 ago. 2020.

²⁵ Sobre a baixa idade das vítimas, é importante lançar luz sobre a questão do casamento e da maternidade entre meninas no Brasil. De acordo com a UNICEF, meninas até dezesseis anos, em especial em classes mais baixas, associam o casamento à possibilidade de mudança de status social, de alguma forma de emancipação e de serem mais valorizadas. A gravidez autoriza o casamento infantil no Brasil, inclusive com meninas com menos de catorze anos, sendo que, a princípio, pelas definições do Código Penal Brasileiro, qualquer relação sexual com menina dessa idade pode ser criminalizada como um estupro de vulnerável. (BUENO; PEREIRA; NEME, 2019, p. 118-120)

²⁶ BUENO, Samira; PEREIRA, Carolina; NEME, Cristina. A invisibilidade da violência sexual no Brasil. In.: Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. 2019. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/>. Acesso em: 12 ago. 2020.

²⁷ BUENO, Samira; PEREIRA, Carolina; NEME, Cristina. **A invisibilidade da violência sexual no Brasil**. p. 120.

²⁸ Realizada com homens e mulheres com idade igual ou superior a 16 anos, moradores de municípios com mais de 15 mil habitantes na área urbana.

²⁹ Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. 2019, p. 18.

criança não tem consciência de que o que está acontecendo com ela é uma violência que não deveria acontecer, e que o seu familiar ou conhecido não tem aquele direito. As crianças são amplamente ensinadas a respeitar os adultos, contudo, é tênue esta linha quando consideramos que o que o adulto pode estar pedindo da criança não é correto e não deveria ser respeitado nem mantido em segredo. A criança pode, muitas vezes, expressar o abuso sem saber o que está retratando, ocorrendo a suspeita de outros adultos por outros motivos, ainda, como a mudança de comportamento, ou machucados que podem ser observados em seu corpo.

Segundo Faleiros, a violência intrafamiliar ocorre dentro de uma dinâmica complexa de relações, pois o agressor é um parente ou alguém muito próximo da vítima e de seus familiares. Isso tem como resultado muitas vezes, quando descoberta uma agressão, na criação de uma cumplicidade e silêncio familiar, com o objetivo de proteger a “honra” do abusador e da família, ou mesmo preservar o provedor da família, que se fosse acusado deixaria de prover a subsistência de todos. Faleiros descreve esta como uma relação dividida, pois há ao mesmo tempo a cumplicidade, e um contrato de sobrevivência e proteção.

Assim, diante de tamanhas dicotomias, “ao mesmo tempo em que as mães, muitas vezes, se tornam cúmplices, são também, por outro lado, de acordo com as pesquisas, denunciante do abuso sexual”.

Esta preservação da família é, inclusive, valorizada fora do seio familiar. A cultura brasileira tende a valorizar a privacidade da família³⁰, a autoridade paterna, vide que até o 2002, com o Código Civil, existia a previsão do “pátrio poder”, isto é, o poder paterno; assim, a sociedade brasileira evita qualquer intervenção ou confronto ao discurso dos pais, que são aqueles que sabem o que é o melhor para a criança.

Considerando-se que a rede primária, da família e até mesmo vizinhos, se apresenta dividida, é fundamental, conforme apontado acima, que a criança esteja em contato com outros adultos com os quais estabeleça uma relação de confiança, sendo a escola o melhor espaço para esta relação e para que a denúncia e proteção da criança possam ocorrer:

A escola, para além de um lugar de aprendizagem e convivência, é, muitas vezes, o único local no qual a criança ou adolescente encontra um adulto não ligado à sua família, para quem pode pedir socorro em uma situação de violência familiar. Às vezes, nem é um pedido explícito, mas o professor, convivendo cotidianamente, percebe sinais desta violência (nem sempre físicos ou visíveis) e conversa com o aluno, que se sente encorajado a falar.³¹

O papel primordial da escola na defesa das crianças sujeitas à violência intrafamiliar foi verificado em um estudo da Universidade de Wisconsin, que constatou que, nos Estados Unidos, 47% das vítimas de casos graves de violência infantil intrafamiliar haviam sido retiradas da escola para serem ensinadas em casa (uma possibilidade do ensino norte americano), e 29% delas nunca haviam frequentado a escola “A pesquisa sugere que as crianças educadas em casa correm maior

³⁰ GONCALVES, Hebe Signorini; FERREIRA, Ana Lúcia. A notificação da violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes por profissionais de saúde. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 1, p. 315-319, fev. 2002. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2002000100032&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 05 ago. 2020, p. 317.

³¹ LULIA, Luciana de Toledo Temer. Direito à educação: educação domiciliar frente à realidade da violência. **REVISTA DO ADVOGADO**, v. 143, p. 112-118, 2019. p. 116.

risco de abuso infantil do que as crianças matriculadas no sistema regular de ensino”³².

No Brasil, onde o ensino domiciliar, o “*homeschooling*”, não é uma alternativa³³, todas as crianças possuem este importante canal para a denúncia e o fim da violência que possam estar sofrendo. Contudo, 2020 trouxe para o mundo muitos desafios em meio à pandemia do coronavírus, um deles é lidar com a violência sexual contra crianças e adolescentes, que já apresentava índices graves de ocorrência e subnotificação, e tornou ainda mais difícil identificar e proteger estas vítimas, que em sua grande maioria estão trancadas em suas casas junto aos seus agressores.

3. CORONAVÍRUS: QUANDO FICAR EM CASA TAMBÉM É UM PERIGO

Os primeiros casos de coronavírus no país começaram a ser confirmados no final de fevereiro de 2020³⁴, se intensificando progressivamente ao longo dos primeiros dias e meses. A pandemia da Covid-19 foi declarada pela Organização Mundial de Saúde em 11 de março, quando poucos casos haviam sido confirmados no Brasil, mas motivou a medida de suspensão de aulas presenciais de estabelecimentos de ensino por todo o país, com alunos e pais apreensivos com a nova doença. A recomendação de isolamento social foi global, e é sem dúvidas a primeira medida mais eficaz na tentativa de conter a proliferação de um vírus sobre o qual pouco se sabia. No Brasil, o fechamento foi total, e somente da Educação Básica (educação infantil, ensino fundamental e ensino médio) 47,9 milhões de alunos foram impactados.³⁵

Não obstante a quarentena ser a medida mais segura e necessária para conter o contágio e minimizar os efeitos devastadores da contaminação acelerada da Covid-19 no país, para aqueles que já viviam situações de violência dentro de casa, o isolamento têm consequências dramáticas. Obrigados a permanecer constantemente ao lado de seu agressor, vítimas de violência doméstica não têm para onde fugir, e crianças e adolescentes encontram uma dificuldade ainda maior de denunciar ou ter identificada a violência a que foram sujeitos.

No Brasil, deve-se considerar ainda, que não foi decretado nacionalmente um *lockdown*, o isolamento social obrigatório com limitação de circulação da população e fechamento de vias públicas, como em muitos outros países³⁶. Com isso, muitos trabalhadores que não têm a possibilidade de exercer suas funções em casa, sem mencionar aqueles de serviços essenciais,

³² LULIA, Luciana de Toledo Temer. Direito à educação: educação domiciliar frente à realidade da violência. p. 116.

³³ Em setembro de 2018, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) negou provimento ao Recurso Extraordinário 888.815. De repercussão geral, o recurso discutia a possibilidade constitucional ou não do ensino domiciliar (*homeschooling*). Negado provimento ao recurso, o STF afirmou que a Constituição Federal não proíbe tal modalidade de ensino, mas que sua implementação depende de lei editada pelo Congresso Nacional regulamentando-a. A decisão colocou a pauta em evidência, tendo sido encaminhado ao Congresso o Projeto de Lei 2.401/2019 em abril de 2019, apensado ao Projeto de Lei 3.179/2012, que tramitava desde 2012 no Congresso, mas, pouco mais de um ano depois, ainda não teve andamento. Com a pandemia, a discussão tomou fôlego, sendo apresentada uma emenda à MP 934 que regulamenta a educação domiciliar durante a pandemia.

³⁴ Ministério da Saúde. **Brasil confirma primeiro caso da doença**. 26 fev. 2020. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46435-brasil-confirma-primeiro-caso-de-novo-coronavirus>. Acesso em: 14 ago. 2020.

³⁵ Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). **Censo da Educação Básica 2019**: Resumo Técnico. Brasília, 2020.

³⁶ Algumas cidades adotaram o *lockdown* ou medidas de isolamento rígidas, notadamente nos estados do Maranhão, Pará e Amapá e em cidades dos estados do Amazonas, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraná, Rio de Janeiro e Rio Grande do Norte. Capitais importantes do país, como São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Porto Alegre não adotaram o *lockdown*.

continuaram trabalhando e precisando deixar suas casas todos os dias. Tal fato pode ser responsável por agravar a vulnerabilidade de crianças e adolescentes que não tenham com quem ficar em suas casas, ou que ficarão isoladas somente com o seu abusador, seja ele um familiar ou conhecido, que possa estar inclusive ajudando o responsável que teve que sair para trabalhar. Essa dinâmica vai se ampliando para cada vez mais famílias conforme as cidades começam a fazer reaberturas graduais, com mais pais e mães precisando sair para trabalhar, enquanto as escolas continuam fechadas e as aulas presenciais suspensas.

Tendo isso em vista, a Unicef, Fundo das Nações Unidas para a Infância, em parceria com a Aliança para a Proteção da Criança em Ações Humanitárias, publicou um conjunto de orientações quanto à proteção da criança durante a pandemia, para apoiar as autoridades e organizações envolvidas na resposta à pandemia da Covid-19. Em sua primeira parte, apresenta os riscos em potencial para a proteção da criança, dentre eles, aqueles aqui retratados: o aumento de abuso infantil e violência doméstica, e o aumento do risco de exploração sexual de crianças, incluindo sexo em troca de ajuda e exploração sexual comercial³⁷. Na segunda parte, são sugeridas importantes estratégias para proteger as crianças durante este período³⁸. Também o CONANDA publicou, em 25 de março de 2020, recomendações para a proteção integral a crianças e adolescentes durante a pandemia da Covid-19. Sobre a ampliação da vulnerabilidade daqueles em situações de violência no ambiente familiar, o CONANDA recomendou especificamente a divulgação dos canais de denúncia nos meios de comunicação, o acompanhamento mais efetivo de famílias com histórico de violência, a implementação de estratégias para minimizar o surgimento de novas situações de violência (sem especificar quais seriam possíveis métodos), entre outros³⁹.

Embora ainda não seja possível avaliar a extensão dos danos que ficar em casa durante o período de suspensão das aulas presenciais representa para crianças e adolescentes no país, destaca-se a importância de estudos realizados em uma situação bastante semelhante: em 2014, um grave surto de Ebola na África Ocidental obrigou países a suspenderem aulas em escolas e faculdades por sete meses (julho de 2014 a fevereiro de 2015, quando iniciaram suas reaberturas). Apesar de doenças muito diversas, as respostas das políticas governamentais à época foram muito semelhantes com aquelas que estão sendo tomadas hoje em todo o mundo.

Estudos internacionais⁴⁰ analisaram qual o impacto da crise na Serra Leoa, e as

³⁷ O aumento do risco de exploração sexual de crianças e adolescentes é resultante da crise econômica que também tem sido gerada pela pandemia da Covid-19, resultado da redução da proteção familiar e, principalmente, redução da renda familiar. Apesar de gravíssimo, esse risco não será aprofundado neste estudo, uma vez que até o momento foram divulgados poucos dados sobre como esta violência está ocorrendo durante a pandemia.

³⁸ Aliança para a Proteção da Criança em Ações Humanitárias. **Nota Técnica: Proteção da Criança durante a Pandemia do Coronavírus**, Versão 1, mar. 2020. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/relatorios/nota-tecnica-protecao-da-crianca-durante-pandemia-do-coronavirus>. Acesso em: 12 ago. 2020. p.4.

³⁹ Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA). **Recomendações do CONANDA para a Proteção Integral a Crianças e Adolescentes Durante a Pandemia do Covid-19**. 25 mar. 2020. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/covid19/recomendacoes_conanda_covid19_25032020.pdf. Acesso em: 12 ago. 2020.

⁴⁰ PNUD, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento; IRLANDA. **Assessing Sexual and Gender Based Violence during the Ebola Crisis in Sierra Leone**. 2015. Disponível em: https://www.sl.undp.org/content/sierraleone/en/home/library/crisis_prevention_and_recovery/assessing-sexual-and-gender-based-violence-during-the-ebola-cris.html. Acesso em: 05 ago. 2020. PLAN INTERNATIONAL. **Ebola: beyond the health emergency**. Summary of research into the consequences of the Ebola outbreak for children and communities in Liberia and Sierra Leone. Fev. 2015. Disponível em: <https://plan-international.org/publications/ebola-beyond-health%C2%A0emergency>.

considerações encontradas são alarmantes. Observou-se que o registro de casos de abuso sexual de crianças e adolescentes e de violência doméstica haviam sido mais altos em 2014 do que nos anos anteriores, mesmo com um período de declínio durante o auge do isolamento, quando o acesso a mecanismos de denúncia era mais restrito. Em entrevistas com crianças e adultos do país, o principal motivo citado para este aumento nos casos de violência sexual era a pobreza, uma vez que a vulnerabilidade econômica fazia com que meninas, principalmente, se submetessem a relações sexuais com adultos para auxiliar na renda familiar. Outros dados das pesquisas revelaram, ainda, o aumento de até 65% de casos de gravidez na adolescência no país.⁴¹

Desde o início da pandemia, o mundo começou a observar o aumento de casos de violência doméstica, cuja denúncia pode ser mais fácil de se realizar em se tratando de mulheres adultas e com consciência da agressão que estão sofrendo: “Na China, no pico da quarentena, houve três vezes mais ligações para abrigos femininos relativos à violência doméstica e o Refuge UK relatou um aumento de 700% em ligações em seu disque-denúncia em um único dia”⁴². São inúmeras as campanhas globais para que as vítimas continuem denunciando seus agressores mesmo durante o isolamento social, com divulgação de estratégias e novos canais de denúncia, tal como um aplicativo de compras online⁴³ que inseriu um botão que direciona a conversa ao 180; e ainda assim a realidade da violência é crescente, e sabe-se da dificuldade impostas pela proximidade constante com o agressor. Ao se falar em crianças e adolescentes, a questão muda completamente de figura, tanto pela complexidade que pode ser a denúncia, quanto pelas diferentes hipóteses de violência que podem sofrer e que se intensificaram neste período.

As análises preliminares que vêm sendo realizadas em todo o mundo sobre a violência contra crianças e adolescentes durante este período pandêmico refletem a gravidade da situação. Isso porque, a drástica diminuição das denúncias não parece refletir a realidade, mas sim a dificuldade de realizar a denúncia, agravando-se a subnotificação que já existia.

O Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2020) divulgou até julho de 2020 três notas técnicas, em abril, maio e julho, sobre a situação da violência doméstica durante a pandemia, retratando esta diminuição. Os relatórios tem como base toda a violência doméstica, de crianças, adolescentes e adultos, especialmente contra mulheres; para os fins desta pesquisa, então, foram selecionados os dados de registro de estupro e estupro de vulnerável, já tendo sido verificado no

Acesso em: 05 ago. 2020.

⁴¹ Nesta segunda hipótese, as evidências não foram conclusivas quanto à correlação da violência sexual e gravidez na adolescência, tendo em vista que também se verificou ter havido sexo consensual entre adolescentes, o que também teria aumentado durante o período de suspensão de aulas, e que não deixa de ser um efeito grave, podendo implicar em uma hipótese de contravenção penal, em se tratando de um(a) adolescente e uma criança (PNUD, 2020). O aumento real de casos de gravidez na adolescência foi corroborado pela avaliação realizada pelo Fundo de População das Nações Unidas sobre o acesso a serviços de saúde sexual e reprodutiva durante a crise (PNUD, 2015). Ainda, destaca-se a afirmação dos pesquisadores sobre a combinação de fatores para a ampliação nos números de meninas grávidas, incluindo casos de abuso e exploração sexual (PNUD, IRLANDA, 2015; PLAN INTERNATIONAL, 2015).

⁴² PLAN INTERNATIONAL. **Vivendo em Lockdown**: As Meninas e a Covid-19. 2020. Disponível em: <https://plan.org.br/vivendo-em-lockdown-as-meninas-e-a-covid-19/>. Acesso em: 05 ago. 2020.

⁴³ O aplicativo da rede de varejo brasileira Magazine Luiza começou a implementar em 2019 uma funcionalidade para denunciar casos de violência contra a mulher dentro de seu aplicativo de compras no celular. Desde o início da pandemia, a rede de lojas iniciou uma forte campanha nas redes sociais que divulgava produtos para “esconder manchas e marquinhas” da violência, mas que, ao clicar na propaganda, direcionava a vítima para a possibilidade de denúncia no aplicativo; foi uma ampla divulgação e incentivo para que mulheres passassem a utilizar este canal de denúncia, o que resultou em um aumento de quase 400% no número de denúncias no período de abril a maio de 2020 em relação ao mesmo período de 2019. Fonte: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/05/28/aplicativo-magalu-divulga-botao-para-denunciar-casos-de-violencia-domestica.htm>

tópico anterior que a maioria das vítimas são crianças e adolescentes. Durante o primeiro mês de isolamento social, março, foram analisados apenas seis estados da federação, mas já pode ser observada a tendência na diminuição:

No Rio Grande do Sul a queda foi de 22,9% em março deste ano quando comparado ao mesmo período do ano passado, no Ceará a queda foi de 25% e no Mato Grosso de 25,6%. O Rio Grande do Norte é o único estado que mostrou crescimento no período, com o número de casos dobrando.⁴⁴ (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2020a).

A partir da segunda nota técnica, foram analisados dados de doze estados da federação, e as denúncias continuaram diminuindo ainda mais:

Os dados coletados junto aos estados indicam redução de 28,2% nos registros de ocorrência, com alta concentração no mês de abril, período em que todos os estados já viviam medidas de isolamento social. Apenas neste mês a redução foi de 39,3%

O único estado a apresentar crescimento dos registros foi o Rio Grande do Norte, que está em fase de ampliação da cobertura do Sinesp (Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública), o que faz com que, aos poucos, aumente a quantidade de delegacias capazes de inserir os dados no sistema. Deste modo, quando questionado, o gestor afirmou que acredita que a magnitude do crescimento se deva à ampliação da capacidade de cobertura do sistema de registros e a consequente redução da subnotificação de casos, e não necessariamente apenas ao aumento dos casos de violência.⁴⁵

Mês após mês, o que se observa é a diminuição cada vez maior nas denúncias das violências sofridas no período da pandemia.

Pelo terceiro mês consecutivo, observou-se uma redução nos registros de estupro e estupro de vulnerável para os estados analisados. Em maio de 2020, os registros caíram 31,6% nos estados acompanhados, passando de 2.116 em 2019 para 1.447 em 2020.

No período acumulado entre março e maio de 2020, houve uma redução de 50,5% nos registros de estupro e estupro de vulnerável com vítimas mulheres em relação ao mesmo período de 2019. As maiores reduções foram registradas nos estados do Espírito Santo (79,8%), Ceará (64,1%) e Rio de Janeiro (61,2%).⁴⁶ (grifo nosso)

Todavia, a nota técnica revela que a única exceção foi o tipo mais grave de violência, aqui referindo-se à mulher, o feminicídio e/ou homicídio. O aumento nos índices deste crime revela que a violência continua existindo, e está se agravando com o passar dos meses da quarentena, mas o que a sociedade consegue enxergar de fato é o seu resultado mais final e extremo, de uma série de violências que podem já ter sido sofridas⁴⁷. Embora essa análise tenha sido feita em um

⁴⁴ Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Violência Doméstica Durante Pandemia de Covid-19 – Ed. 1. Nota Técnica. 16 abr. 2020a. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/publicacoes_posts/violencia-domestica-durante-pandemia-de-covid-19/. Acesso em: 14 ago. 2020.

⁴⁵ Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Violência Doméstica Durante Pandemia de Covid-19 – Ed. 2. Nota Técnica. 29 mai. 2020b. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/publicacoes_posts/violencia-domestica-durante-pandemia-de-covid-19-edicao-02/. Acesso em: 14 ago. 2020.

⁴⁶ Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Violência Doméstica Durante Pandemia de Covid-19 – Ed. 3. Nota Técnica. 24 jul. 2020c. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/publicacoes_posts/violencia-domestica-durante-pandemia-de-covid-19-edicao-03/. Acesso em: 14 ago. 2020.

⁴⁷ Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Violência Doméstica Durante Pandemia de Covid-19 – Ed. 3. Nota Técnica. 24 jul. 2020c.

crime feminino, e que envolve principalmente mulheres adultas, é possível traçar um paralelo com a violência sexual contra crianças e adolescentes, que continuam sofrendo a agressão em suas casas, com um acesso limitado a canais de denúncia e proteção, mas serão vistas quando a violência for gravíssima, em muitos casos⁴⁸.

Este cenário confirma a importância do canal da escola, hoje quase que totalmente bloqueado, para a identificação e denúncia da violência contra crianças e adolescentes, representando um elemento fundamental na sua rede de proteção integral.

Até o momento, este artigo se voltou para o grave problema da violência intrafamiliar. Porém, o contexto global da pandemia da Covid-19 teve outro elemento importantíssimo na questão da violência contra a criança e o adolescente: a internet.

O aumento no uso da internet por crianças, adolescentes e adultos, durante este período representa graves riscos às diversas formas de violência sexual, primeiro, a atividade de pedófilos virtuais, seja assistindo vídeos de material de abuso sexual de crianças e adolescentes⁴⁹ online, seja entrando em contato com estes indivíduos, fingindo serem mais novos, para violentá-los de outras formas, por exemplo, convencendo-os ou coagindo-os a enviar fotos ou vídeos, e ameaçando-os depois através da chamada *sextortion*, muitas vezes para conseguir mais material. Outro risco que deve ser mencionado, é o fato de que acessar esse tipo de conteúdo pode ser um gatilho para a violência contra crianças e adolescentes dentro de suas casas, para a satisfação do próprio prazer e/ou para a posterior comercialização ou compartilhamento de imagens da violência na internet.

Esse cenário foi confirmado em um relatório da Europol, inteligência policial da União Europeia, publicado em 03 de abril, que identificou o aumento da produção e distribuição de material de abuso sexual infantil pela internet no início da pandemia. Embora a quantidade real de material online de violência sexual de crianças e adolescentes não possa ser medida diretamente, na Espanha, por exemplo, comparando-se as semanas de 17 a 24 de março, início da pandemia, e 24 a 31 de março, observou-se um aumento de 25% no número de conexões detectadas que realizaram o download deste tipo de material, uma tendência que se verificou também em outros países, segundo o relatório. Ainda na Espanha, o relatório apontou um aumento significativo no número de reclamações enviadas pelo público sobre material de abuso sexual infantil online desde o início de 2020, foram 100 reclamações em março a mais que em fevereiro; desde o início de 2017, o número de relatórios mensais foi mais alto que o relatado em março apenas em duas ocasiões.⁵⁰

Tão importante que é esta temática, em 19 de junho de 2020, a Europol⁵¹ divulgou outro

⁴⁸ A título de exemplificação, o Hospital Pequeno Príncipe, maior hospital pediátrico do país, divulgou em notícia sobre o Dia Nacional de Enfrentamento à Violência contra Crianças e Adolescentes que no mês de abril o número de atendimentos caiu cerca de 50%, contudo, as situações que foram registradas apresentavam maior quadro de gravidade. Fonte: <http://pequenoprincipe.org.br/noticia/em-um-ano-pequeno-principe-registra-39-de-aumento-em-atendimentos-de-criancas-vitimas-de-violencia-sexual/>

⁴⁹ Utilizou-se a expressão material de abuso sexual de crianças e adolescentes em concordância com a recomendação da Europol de não se utilizar a expressão “pornografia infantil”, vez que não se trata de pornografia, e sim de uma violência sexual perpetrada contra aquela criança.

⁵⁰ Europol. **Catching the Virus – Cybercrime, Disinformation and The Covid-19 Pandemic**. European Union Agency for Law Enforcement Cooperation. 3 abr. 2020a. Disponível em: www.europol.europa.eu. Acesso em: 14 ago. 2020.

⁵¹ Europol. **Exploiting Isolation: Offenders and Victims of Online Child Sexual Abuse During the Covid-19 Pandemic**. European Union Agency for Law Enforcement Cooperation. 19 jun. 2020b. Disponível em: www.europol.europa.eu. Acesso em: 14 ago.

relatório, desta vez voltado exclusivamente para o abuso sexual online de crianças durante a pandemia da Covid-19. Neste documento, a Europol analisa de maneira mais aprofundada diversos indicadores para avaliar o alcance da violência sexual online no contexto da pandemia e, embora os dados ainda estejam fragmentados e incompletos, afirma que há forte indicação do aumento no número de casos de violência sexual infantil relacionada à internet. Um dos dados examinados é o número de indicações de plataformas online de redes sociais e mensagens de que detectaram material de abuso sexual infantil, este número representa um indicador da quantidade deste material distribuído na surface web, que corresponde à internet comumente utilizada pela sociedade em geral. Esses números tiveram um crescimento gigantesco no início de março, mesma época em que os primeiros países europeus iniciavam seus *lockdowns*, continuando consideravelmente altos em abril, mas retornando aos índices anteriores à pandemia em maio.⁵²

O aumento em geral nos índices de download e distribuição deste tipo de material tem ainda consequências gravíssimas para além da revitimização da criança que está sendo retratada nas imagens: o aumento da “demanda” gera a necessidade de se aumentar a “oferta” deste material, e, conforme mencionado acima, é também um gatilho para abusadores praticarem a violência dentro de casa. Forma-se um ciclo de abuso sexual de crianças e adolescentes, que continuarão sendo vitimizadas na vida real e online, cada vez mais, principalmente enquanto durar a pandemia, os *lockdowns*, e a suspensão de aulas presenciais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apenas trinta anos se passaram desde que as crianças e adolescentes brasileiros foram reconhecidos como sujeitos de direitos pela legislação. Antes, considerados objetos pertencentes a uma família, conquistaram a sua cidadania, com todos os seus direitos humanos devendo ser garantidos e protegidos com prioridade absoluta pelo Estado, pela família e por toda a sociedade. Surge, com isso, a obrigação de protegê-los contra toda e qualquer forma de violência.

Os levantamentos das instituições de saúde e segurança pública sobre os números da violência sexual contra crianças e adolescentes são assustadores, e revelam a gravidade deste problema. Uma agressão brutal, física e psicológica, que muitas vezes ocorre no local onde a criança deveria estar mais protegida de tudo e todos, a sua casa. O abusador não é o monstro que se esconde nas ruas, é muitas vezes o familiar, o amigo, e esta violência não é a exceção.

A sociedade precisa olhar para estes jovens indivíduos e enxergar a realidade séria, naturalizada, e silenciosa desta violência que sofrem todos os dias. Deixar de acreditar em um mito da família protetora, pois nem sempre este ambiente será de segurança para a criança, e a coletividade tem que aceitar isso, e buscar atender ao melhor interesse desta criança e adolescente. E atender seus interesses é também reconhecer que a criança não é só um problema dos pais, é de todos.

A pandemia da Covid-19 reforçou os desafios já enfrentados no combate a este tipo de violência, dificultou a possibilidade de denúncia, e deixou crianças e adolescentes confinados ao

2020.

⁵² Europol. Exploiting Isolation: Offenders and Victims of Online Child Sexual Abuse During the Covid-19 Pandemic. European Union Agency for Law Enforcement Cooperation. 19 jun. 2020b. p. 5-6.

lado de seus agressores. Os mais diversos tipos de violência sexual foram impulsionados por um contexto global que ninguém esperava, que ninguém estava pronto para lidar. Crianças sem poder sair de casa para estudar, utilizando cada vez mais a internet, pais precisando trabalhar, em casa ou fora, sem conseguir cuidar ou supervisionar a criança, pais que são os próprios abusadores desta criança. Embora muitos órgãos estejam constantemente divulgando a gravidade deste problema, tenham sido criados diferentes canais de denúncia sem que seja preciso sair de casa, professores estejam sendo orientados a prestar atenção nas aulas online, quando ocorrem, a qualquer novo sinal de violência, os obstáculos são ainda gigantescos para a sua proteção, e a preocupação primordial é descobrir quem são, onde estão, como estão estas crianças agora na pandemia.

Os reflexos deste período de isolamento em suas casas são imensuráveis hoje, mas é indispensável que a rede de proteção à criança e ao adolescente se fortaleça para recepcioná-los ao final da pandemia. Será preciso reconhecer estas crianças, identificar todo e qualquer tipo de violência que possam ter sofrido neste período, e cuidar delas ainda mais do que antes. Nas escolas, canal fundamental para a sua segurança, antes de correr atrás do tempo ou conteúdo acadêmico que tenha sido perdido, será preciso correr atrás do seu bem estar, físico e emocional, e efetivamente proteger, ao lado de toda a coletividade, de forma integral, as crianças e adolescentes do nosso país.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

Aliança para a Proteção da Criança em Ações Humanitárias. **Nota Técnica: Proteção da Criança durante a Pandemia do Coronavírus**, Versão 1, mar. 2020. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/relatorios/nota-tecnica-protecao-da-crianca-durante-pandemia-do-coronavirus>. Acesso em: 12 ago. 2020.

BUENO, Samira; PEREIRA, Carolina; NEME, Cristina. A invisibilidade da violência sexual no Brasil. In.: Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. 2019. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/>. Acesso em: 12 ago. 2020.

CHILDHOOD BRASIL. **Glossário da violência sexual contra crianças e adolescentes**. Conheça os principais termos e expressões relacionados à causa e seus significados. 19 jun. 2020. Disponível em: <https://www.childhood.org.br/glossario-da-causa>. Acesso em: 12 ago. 2020.

Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA). **Recomendações do CONANDA para a Proteção Integral a Crianças e Adolescentes Durante a Pandemia do Covid-19**. 25 mar. 2020. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/covid19/recomendacoes_conanda_covid19_25032020.pdf. Acesso em: 12 ago. 2020.

Europol. **Catching the Virus – Cybercrime, Disinformation and The Covid-19 Pandemic**. European Union Agency for Law Enforcement Cooperation. 3 abr. 2020a. Disponível em: www.europol.europa.eu. Acesso em: 14 ago. 2020.

Europol. **Exploiting Isolation: Offenders and Victims of Online Child Sexual Abuse During the Covid-19 Pandemic**. European Union Agency for Law Enforcement Cooperation. 19 jun. 2020b. Disponível em: www.europol.europa.eu. Acesso em: 14 ago. 2020.

Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. 2019. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/>. Acesso em: 12 ago. 2020.

Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Violência Doméstica Durante Pandemia de Covid-19 – Ed. 1. Nota Técnica. 16 abr. 2020a. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/publicacoes_posts/violencia-domestica-durante-pandemia-de-covid-19/. Acesso em: 14 ago. 2020.

Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Violência Doméstica Durante Pandemia de Covid-19 – Ed. 2. Nota Técnica. 29 mai. 2020b. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/publicacoes_posts/violencia-domestica-durante-pandemia-de-covid-19-edicao-02/. Acesso em: 14 ago. 2020.

Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Violência Doméstica Durante Pandemia de Covid-19 – Ed. 3. Nota Técnica. 24 jul. 2020c. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/publicacoes_posts/violencia-domestica-durante-pandemia-de-covid-19-edicao-03/. Acesso em: 14 ago. 2020.

GONCALVES, Hebe Signorini; FERREIRA, Ana Lúcia. A notificação da violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes por profissionais de saúde. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 1, p. 315-319, fev. 2002. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2002000100032&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 05 ago. 2020

Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). **Censo da Educação Básica 2019**: Resumo Técnico. Brasília, 2020.

LULIA, Luciana de Toledo Temer. Direito à educação: educação domiciliar frente à realidade da violência. **REVISTA DO ADVOGADO**, v. 143, p. 112-118, 2019.

MARCÍLIO, Maria Luiza. A lenta construção dos direitos da criança brasileira. Século XX. **Revista USP (Dossiê Direitos Humanos no Limiar do Século XXI)**. 1998. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Obras-recentemente-publicadas/a-lenta-construcao-dos-direitos-da-crianca-brasileira-seculo-xx-1998.html>. Acesso em: 30 jul. 2020.

MARSHALL, Thomas H. (2002). **Cidadania e classe social**. Volume I. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Ministério da Ciência e Tecnologia.

Ministério da Saúde (BR). Secretaria de Vigilância em Saúde. Análise epidemiológica da violência sexual contra crianças e adolescentes no Brasil, 2011 a 2017. **Boletim Epidemiológico**, v. 49, n.27, jun. 2018. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/boletins-epidemiologicos>. Acesso em: 02 ago. 2020.

PINTO, Felipe Chiarello de Souza; JUNQUEIRA, Michelle Asato; ANDREUCCI, Ana Claudia P. Torezan. O Papel Inspirador da Declaração Universal dos Direitos Humanos na Construção Histórica dos Direitos das Crianças e Adolescentes. In. ARRUDA, Eloisa de Sousa; PEREIRA, Flavio de Leão Bastos (Org.). **70 Anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2018. p. 152-172.

PLAN INTERNATIONAL. **Ebola: beyond the health emergency**. Summary of research into the consequences of the Ebola outbreak for children and communities in Liberia and Sierra Leone. Fev. 2015. Disponível em: <https://plan-international.org/publications/ebola-beyond-health%2%A0emergency>. Acesso em: 05 ago. 2020.

PLAN INTERNATIONAL. **Vivendo em Lockdown: As Meninas e a Covid-19**. 2020. Disponível em: <https://plan.org.br/vivendo-em-lockdown-as-meninas-e-a-covid-19/>. Acesso em: 05 ago. 2020.

PNUD, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento; IRLANDA. **Assessing Sexual and Gender Based Violence during the Ebola Crisis in Sierra Leone**. 2015. Disponível em: https://www.sl.undp.org/content/sierraleone/en/home/library/crisis_prevention_and_recovery/assessing-sexual-and-gender-based-violence-during-the-ebola-cris.html. Acesso em: 05 ago. 2020.

ROCHA, Genylton Odilon Rêgo da; LEMOS, Flávia Cristina; LIRIO, Flávio Corsini. Enfrentamento da Violência Sexual Contra Crianças e Adolescentes no Brasil: políticas públicas e o papel da escola. **Cadernos de Educação**, Pelotas, n. 38, p. 259 - 287, jan./abril 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/caduc/article/view/1550>. Acesso em: 30 jul. 2020.

Secretaria Nacional de Segurança Pública. **Pesquisa Nacional de Vitimização**. Secretaria Nacional de Segurança Pública/Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2013. Disponível em: <https://www.novo.justica.gov.br/sua-seguranca-2/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/estudos-e-pesquisas/estudos-e-pesquisas>. Acesso em: 12 ago. 2020.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. A conceituação da cidadania brasileira e a Constituição Federal de 1988. In: Alexandre de Moraes. (Org.). **Os 20 Anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009a, v. 1, p. 333-346.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. As dimensões da cidadania. **Revista da ESMP**. V. 2, p. 13-23, 2009b.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. A doutrina da proteção integral e seus ainda restritos efeitos sobre as políticas públicas voltadas à criança e ao adolescente. In. ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan; CARACIOLA, Andrea Boari; JUNQUEIRA, Michele Asato (org.). **Estatuto da criança e do adolescente: 25 anos**. São Paulo: Ltr, 2015.

TAQUETTE, Stella R. (org) **Mulher Adolescente/Jovem em situação de Violência**. Propostas de intervenção para o setor saúde: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2007. Disponível em: <http://www.observatoriodegenero.gov.br/>. Acesso em: 13 ago. 2020.

UM CRIME ENTRE NÓS. S.L: Maria Farinha Filmes, 2020. (59 min.).

VERAS, Thaísa. O Sistema Nacional de Combate ao Abuso e à Exploração Sexual Infantojuvenil e o

Plano Nacional: um exemplo de política pública aplicada. **Cad. EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 404-421, set. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-395120100003000003&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 30 jul. 2020.

AS AÇÕES AFIRMATIVAS, UM ESTUDO A PARTIR DOS PRESSUPOSTOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Tiago do Carmo Martins¹

José Everton da Silva²

INTRODUÇÃO

As ações afirmativas são instrumentos de promoção da igualdade material, para garantia de equânime fruição dos bens da vida. Para além da promoção da igualdade formal, que proscree a discriminação, as políticas afirmativas têm força ativa, de transformação do *status quo*, pretendendo mudar a realidade para inserção de grupos excluídos das benesses sociais.

Diversas teorias têm sido invocadas para sustentá-las dogmaticamente, como os modelos de justiça compensatória, justiça distributiva e de justiça social. Tais modelos, sinteticamente, miram na discriminação e na forma de compensá-la, variando no alcance da proteção a ser concedida e na responsabilidade por prestá-la.

Além destas vertentes, é possível examinar a implantação de ações afirmativas através do enfoque proposto pela Análise Econômica do Direito (AED), ou *Law and Economics* em sua formulação original. Esta doutrina, que trata das inter-relações entre Direito e Economia e de como esta pode influenciar o processo de formulação e aplicação das normas jurídicas, com o objetivo de inspirar comportamentos desejados, abre outra possibilidade para examinar os fundamentos das ações afirmativas, em especial no que diz com a relação de custo-benefício de sua implementação para a sociedade.

Dito de outro modo, os fundamentos da AED têm aptidão para ensejar exame mais seguro quanto aos impactos da implantação de políticas afirmativas na geração de bem-estar social, haja vista que a adoção de políticas desta natureza geram reflexos que transcendem os interesses do grupo minoritário visado por tais iniciativas.

1. AÇÕES AFIRMATIVAS: FUNDAMENTOS E OBJETIVO

Foi o direito norte-americano³⁻⁴ que desenvolveu com maior profundidade a doutrina das ações afirmativas⁵. O movimento pela conquista dos direitos civis foi o grande motor dessa

¹ Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UNIVALI.

² Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí e professor do Programa de Mestrado e Doutorado da mesma universidade.

³ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 37.

⁴ O Ministro Ricardo Lewandowski, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 186/DF, atribui a origem do instituto à Índia, através do *Government of India Act*, de 1935.

⁵ Neste ensaio, emprega-se o seguinte conceito operacional de ação afirmativa: “define-se ação afirmativa como o instrumento, especial e temporário, que visa ao reequilíbrio das condições de participação na vida em sociedade. Viabiliza juridicamente, pela remoção de obstáculos e criação de oportunidades, acesso a bens, serviços e ensejos de participação social inacessíveis de outra forma a grupos historicamente desfavorecidos econômica, política e socialmente. Opera-se mediante políticas públicas de

construção, ladeado pelas sucessivas decisões da Suprema Corte do Estados Unidos, muitas vezes contraditórias.

Duas concepções despontaram como justificantes da adoção de ações afirmativas, quais sejam os modelos de *justiça compensatória* e de *justiça distributiva*.

Segundo a teoria da *justiça compensatória*, os programas de ação afirmativa, ao concederem vantagens a grupos minoritários em disputas por empregos ou acesso à educação, por exemplo, estariam promovendo uma compensação pela marginalização a que submetidos ditos grupos.

Trata-se de reparar a falta de oportunidades a que sujeitos os indivíduos pertencentes às minorias, a qual acaba privando-os da plena fruição dos bens sociais e de uma vida plena. Tem por pressuposto: “uma natureza iniludivelmente ‘restauradora’, na medida em que, segundo Coleman, se trataria simplesmente de pôr em prática os postulados da Justiça, “não porque se promova justiça na distribuição de bens, mas por que se remediam injustiças no ponto de partida inicial”⁶.

Desta ideologia decorre um modelo de justiça individual, o qual refuta classificações raciais e só admite compensações a discriminações imediatas, a favor do discriminado e somente suportáveis pelo discriminador. O modelo opera com conceitos rígidos (dano, ilicitude e remédio compensatório) e requer demonstração da relação de causa e efeito entre eles, o que importa em dificuldades para implementação da resposta antidiscriminatória.

Por esta vertente, política de cotas para acesso a cargos ou oportunidades públicas não seriam aceitáveis, especialmente porque os beneficiados não seriam necessariamente as vítimas diretas da discriminação.

De outro prisma, tem-se o modelo de justiça distributiva, baseada “na necessidade de se promover a redistribuição equânime dos ônus, direitos, vantagens, riqueza e outros importantes ‘bens’ e ‘benefícios’ entre os membros da sociedade”⁷.

Não ignora que a discriminação sistemática projeta efeitos que transcendem a esfera da pessoa discriminada e se espalham sobre o grupo minoritário, minando sua confiança e acesso às possibilidades de pleno desenvolvimento, “às quais teria naturalmente acesso caso as condições sociais sob as quais vive fossem de efetiva justiça”⁸.

Esta concepção é sensível às ações afirmativas, pois teriam a capacidade de remover as barreiras legadas pela discriminação, permitindo que seja possível a fruição daquilo que a pessoa ou grupo naturalmente obteria, não fosse a discriminação.

Disto decorre um modelo de justiça grupal, que “ênfatiza a situação de desvantagem da população negra e preocupa-se com a discriminação indireta, institucional, sofrida por indivíduos pertencentes às populações minoritárias”⁹, buscando a redistribuição de oportunidades¹⁰ em

equalização, afirmação e reconhecimento de direitos, a exemplo do que ocorre com o estabelecimento de cotas para grupos minoritários acessarem o ensino público superior” (MARTINS, Tiago do Carmo. **O controle judicial de ações afirmativas pela ação civil pública**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2017).

⁶ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. p. 62.

⁷ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. p. 66.

⁸ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. p. 66.

⁹ RIOS, Roger Raupp. **Ações afirmativas no Direito Constitucional brasileiro**: reflexões a partir do debate constitucional

favor dos daqueles que têm sido historicamente alijados.

O fato é que nenhum destes modelos conquistou a unanimidade do pensamento jurídico estadunidense. Sequer um consenso majoritário. Assim, a doutrina daquele país, diante de decisões por vezes vacilantes da Suprema Corte, acabou cunhando um terceiro modelo, de justiça social¹¹, que se preocupa tanto com atos individuais de discriminação quanto com seus efeitos duradouros sobre os grupos discriminados¹².

Este modelo, aliás, tende a se consolidar como supedâneo das ações afirmativas no Direito brasileiro, uma vez que expressamente adotado no *leading case* nacional, a ADPF 186/DF, ocasião em que o relator do julgado, Ministro Ricardo Lewandowski, asseverou que “a transformação do direito à isonomia em igualdade de possibilidades, sobretudo no tocante a uma participação equitativa nos bens sociais, apenas é alcançado, segundo John Rawls, por meio da aplicação da denominada *justiça distributiva*”¹³.

Dentro desta ótica, pode-se afirmar que o principal objetivo da ação afirmativa é a transformação da realidade, com superação dos obstáculos impostos historicamente às minorias. Este aspecto, inclusive, não passou despercebido na Suprema Corte dos Estados Unidos, que, embora toda a resistência em admitir políticas baseadas em critérios raciais, tidos por ‘suspeitos’, fez preponderar a necessidade de transformar sobre as preocupações quanto à suposta periculosidade de classificação racial¹⁴.

Com efeito, da compreensão de que a igualdade real e efetiva só é alcançada mediante ações concretas e positivas, de modo que a mera proibição de tratamento desigual perante à lei não é de *per se* suficiente para tal desiderato, torna-se mister admitir que, para que seja atingida a plena igualdade, certas vezes é necessária a instituição de tratamento jurídico desigual.

estadunidense. In *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005*. Coord. Ingo Wolfgang Sarlet. Vol. 1, Tit. 1. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006, p. 291.

¹⁰ Esse raciocínio é admitido inclusive pelo conservador Richard Posner, que vislumbra um critério justificativo da política afirmativa na eficiência econômica, compensando a minoria pelos custos maiores que tem suportado ao longo do tempo: *in the case of discrimination against an economic minority, such as the blacks in this country, a distributive argument is available. The argument is that discrimination imposes proportionally greater costs on the minority than on the discriminating majority* (diante da discriminação contra uma minoria econômica, o argumento distributivo está disponível. O argumento é que a discriminação impôs proporcionalmente maiores custos às minorias do que a maioria discriminadora). POSNER, Richard A. **The Economics of Justice**. Cambridge: 1981, p. 386).

¹¹ RIOS, Roger Raupp. **Ações afirmativas no Direito Constitucional brasileiro: reflexões a partir do debate constitucional estadunidense**. p. 292.

¹² Diante dos limites dos dois modelos e da ambivalência de decisões da Suprema Corte, Richard Fallon e Paul Weiler propõem um terceiro modelo, por eles denominado de “modelo de justiça social”. Esta alternativa pode ser sintetizada como uma rejeição simultânea dos atos discriminatórios autônomos voltados por indivíduos contra outros indivíduos e da discriminação sistemática difusa que legou à população negra uma condição de subordinação social. Ele abrange, portanto, tanto a repressão a atos individualizados quanto a adoção de medidas racialmente conscientes, voltadas para o combate da discriminação institucional (RIOS, Roger Raupp. **Ações afirmativas no Direito Constitucional brasileiro: reflexões a partir do debate constitucional estadunidense**. p. 292).

¹³ STF, ADPF 186-DF, Relator Min. Ricardo Lewandowski, p. 7.

¹⁴ Excerto de voto do Juiz Harry Blackmun, em *Bake v. Regent of University of California* (438 U.S. 265 – 1978): In order to get beyond racism, we must first take account of race. There is no other way. And in order to treat some persons equally, we must treat them differently. We cannot – we dare not – let the Equal Protection Clause perpetrate racial supremacy (Para superar o racismo, nós precisamos primeiro tomar a raça em consideração. Não há outro caminho. E para tratar algumas pessoas com igualdade, nós precisamos tratá-las diferentemente. Nós não podemos - não podemos ousar - deixar que a Cláusula de Igual Proteção perpetue a supremacia racial).

Como preleciona Cármen Lúcia Antunes Rocha¹⁵, através de uma “desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático”.

Na mesma linha afirma RIOS¹⁶, denotando que as ações afirmativas “objetivam o combate à discriminação através da instituição de medidas especiais, conscientes das realidades discriminatórias, em face de situações de desvantagem ou exclusão”. Em suma, “elas almejam alterar os efeitos das práticas discriminatórias, intencionais ou não intencionais”.

A superação da sensação de superioridade de grupos majoritários em face de minoritários e dos estigmas suportados historicamente por estes é também missão visada pelas ações afirmativas. Sobre isto leciona Joaquim B. Barbosa Gomes¹⁷ que “não basta proibir, é preciso também promover”. Ainda, “induzir transformações de ordem cultural, pedagógica, psicológica, aptas a subtrair do imaginário coletivo a ideia de supremacia e de subordinação de uma raça em relação a outra, do homem em relação à mulher”.

Outrossim, a busca da diversidade é ideal legítimo e natural a ser alcançado por meio de ação afirmativa. Este, aliás, foi argumento nodal no julgamento do caso *Bake v. Regent of University of California*, o qual constituiu a primeira ocasião em que a Suprema Corte dos Estados Unidos teve para proclamar a constitucionalidade de programas de ação afirmativa que levem o fator *raça* como elemento de *discrímén*¹⁸.

Em exame da experiência norte-americana, Joaquim B. Barbosa Gomes proclama que as ações afirmativas “também têm como meta a implantação de uma ‘certa’ diversidade e de uma maior ‘representatividade’ dos grupos minoritários nos mais diversos domínios da atividade pública e privada”¹⁹. Igualmente, aponta benefícios para o país com a adoção de ações afirmativas,

¹⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica, p. 285.

¹⁶ RIOS, Roger Raupp. **Ações afirmativas no Direito Constitucional brasileiro**: reflexões a partir do debate constitucional estadunidense. p. 295.

¹⁷ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA). p. 44.

¹⁸ Naquela ocasião, o Tribunal avaliava a constitucionalidade de programa de admissão para a Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia, a qual instituíra uma reserva de 16% das vagas para pretendentes pertencentes a grupos minoritários (negros, latinos, asiáticos). A Corte analisou o caso sob *standart* rigoroso (*strict scrutiny*), pois o caso se pautava em *discrímén* racial suspeito (para o Tribunal, toda classificação jurídica baseada em fato racial deve ser considerada a princípio como suspeita). Assim, havia-se de provar, primeiro, que a medida visava atender *interesse governamental imperativo*. A promoção da diversidade e, principalmente, a reparação de uma discriminação passada (justiça compensatória), constituiriam esse imperativo. Ainda, a medida deveria ser *estritamente talhada* (*narrowly tailored*) para atingimento do fim visado.

A Corte reconheceu que a superação da discriminação e a busca da diversidade racial e étnica em sala de aula constituíam interesse governamental imperativo, pois haveria ganhos à atividade acadêmica, através da incorporação de pontos de vista os mais distintos, uma vez que o âmbito acadêmico passaria a refletir com maior fidelidade ambiente mais aproximado do existente fora dali, no seio social.

Contudo, embora o caso seja emblemático por certificar a compatibilidade de ação afirmativa calcada em critérios raciais, o programa da Universidade da Califórnia foi proclamado inconstitucional, sob consideração de que a constatação da existência de discriminação passada no acesso à educação, requisito básico para se ter o critério racial como admissível, haveria de ser atestada por órgão governamental competente, no que a Universidade não se constituía. Além disso, o plano da Universidade não fora concebido de modo estritamente talhado, ostentando falhas evidentes, como a possibilidade de que os indivíduos pertencentes a grupos minoritários poderem concorrer para as vagas a si reservadas, bem como para as vagas remanescentes à seleção geral.

¹⁹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA). p. 47.

mediante aumento de produtividade decorrente do oferecimento de oportunidade de trabalho a uma gama maior de pessoas.

Além disso, há a formação dos chamados *role models*, indivíduos pertencentes às minorias que ascendem, graças a políticas de ação afirmativa, a postos e funções mais elevados, e por isto passam a ser exemplos a serem seguidos em suas comunidades²⁰.

RIOS²¹ também identifica outro importante objetivo das ações afirmativas: o oferecimento de novos serviços às comunidades excluídas. Isto ocorre, por exemplo, com o estabelecimento de profissionais de nível superior (médicos, dentistas, advogados) em suas comunidades de origem, levando a elas oportunidades de atendimento até então de difícil acesso, uma vez que as majorias também tendem a se estabelecer profissionalmente em seus lugares de origem e identificação.

Diversos são, portanto, os objetivos perseguidos, embora o maior deles, do qual os demais são decorrência, seja a promoção da igualdade material, com a superação dos efeitos da discriminação.

Impende verificar, neste passo, se os efeitos sociais de uma política afirmativa transcendem aos dos grupos envolvidos e, em caso positivo, como orientar essa eficácia reflexa em benefício do bem-estar coletivo. Neste espectro, a AED pode prestar grande contribuição, de modo que se faz preciso lançar algumas linhas sobre esta teoria.

2. AED HISTÓRICO E INTERPELAÇÃO COM A DISCRIMINAÇÃO

A AED tem sua origem atribuída aos estudos dos professores Ronald Coase e Richard A. Posner, da Universidade de Chicago, e de Guido Calabresi, da Universidade de Yale, datados da década de 1960. Parte da convicção de que “*economics is a powerful tool for analyzing a vast range of legal questions*”²², uma vez que “*economics is the science of rational choice in a world — our world — in which resources are limited in relation to human wants*”²³, de modo que “*a man as a rational maximizer of his self-interest implies that people respond to incentives*”²⁴⁻²⁵.

Especificamente em relação a questão da discriminação cabe destacar o papel da teoria neoclássica da discriminação (TND), que como eixo central de interpretação defende que as desigualdades de salários derivadas da discriminação, tendem a ser eliminadas, com a implementação da livre concorrência.²⁶

Não é uma visão unânime entre os economistas de corte liberal, pois a realidade do dia a dia e os números indicam que não está havendo uma superação desta discriminação, mesmo com

²⁰ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA). p. 48-49.

²¹ RIOS, Roger Raupp. Ações afirmativas no Direito Constitucional brasileiro: reflexões a partir do debate constitucional estadunidense. p. 287-288.

²² A economia é uma poderosa ferramenta para analisar uma vasta gama de questões legais.

²³ Economia é a ciência das escolhas racionais em um mundo – nosso mundo – no qual os recursos são limitados – in relação às expectativas humanas.

²⁴ Um homem como um maximizador racional dos seus próprios interesses implica que as pessoas respondem a incentivos.

²⁵ POSNER, Richard. A. **Economic Analyses of Law**. p.3-4.

²⁶ Gary Becker, *The economics of discrimination*, The University of Chicago Press, 1957.

o aumento da livre concorrência.

Para iniciarmos concretamente uma crítica a TND devemos começar pelo conceito de justiça social, que embasam os postulados da escola neoclássica, lembrando sempre que não podemos tecer expectativas em relação ao posicionamento dos neoclássicos em relação as desigualdades do mundo. O conceito de justiça social dos neoclássicos é um misto de oposição aos clássicos e principalmente aos keynesianos, mas igualmente à concepção neoclássica inicial de Pareto²⁷.

O elemento básico que atualmente serve de ideário de justiça para os neoclássicos é uma noção de igualdade de oportunidades, ou seja, o conceito encerra uma ideia de meritocracia, já que as pessoas concorrem no mercado (de bens, capital ou trabalho) em igualdade de condições – as diferenças nas dotações de recursos são tidas como *dadas*. Para eles as desigualdades são consequência natural do funcionamento do mercado, assim cada um recebe o quanto de seu esforço individual e consequentemente de sua contribuição à produção

Eles os neoclássicos não negam a existência de uma assimetria de oportunidades entre os grupos sociais, notadamente contra negros e minorias, mas para eles esta questão deve ser atacada pelo Estado em algumas oportunidades muito específicas.

Desta forma entendem os neoclássicos que um livre mercado, sem a intervenção do Estado, onde empresários e trabalhadores possam livremente acomodarem seus interesses, tendem a estabilizar as diferenças e proporcionar uma alocação eficiente dos recursos.

A fé está no mérito. Toda vantagem e também desvantagem que não esteja baseada no mérito é injusta para os neoclássicos. Os mercados tendem a reproduzir na visão deles, todas as desigualdades havidas antes do indivíduo entrar no mercado, como por exemplo a da formação educacional.

Portanto, não interessa tanto, na realidade, se uma sociedade é mais ou menos igualitária. O primordial é que se possam criar condições para o surgimento de uma sociedade de livre-mercado. Neste mundo idealizado, os indivíduos serão livres para escolher, o mercado, funcionando perfeitamente, aloca os produtos, os indivíduos e os bens da maneira mais eficiente possível.

As desigualdades que resultam deste processo são, de certo modo lamentáveis, mas intervir para combater-las colocaria em risco o equilíbrio do sistema.

Nesta senda, o papel da AED é o de analisar a norma, em sua concepção e aplicação, tendo por pressuposto que “many examples can be given of the ability of economic theory to predict correctly how people will behave in response to changes in their environment²⁸⁻²⁹”, sendo o Direito um desses “ambientes” que servem como incentivo para alterar o comportamento

²⁷ Como bem resume Fine, “(...) a revolução marginalista [dos anos 1870], que estabeleceu boa parte da ciência econômica tal que a conhecemos hoje, se deu por meio de um rompimento com a economia política clássica. Isso foi possível com a criação de uma ciência da economia, separando a economia da sociedade. A ciência econômica se voltou exclusivamente às relações de mercado, como a oferta e a demanda, se referindo de forma limitada, *até recentemente*, a relações sociais mais amplas no interior das quais a economia está imbricada”. Ben Fine, *Economic imperialism: a view from the periphery*, Review of Radical Political Economics, v. 34, 2002, p. 189.

²⁸ Muitos exemplos podem ser oferecidos sobre a habilidade da teoria econômica prever corretamente como as pessoas irão se comportar em resposta a mudanças em seu ambiente.

²⁹ POSNER, Richard. A. *Economic Analyses of Law*. p.16.

humano³⁰. Como leciona Alexandre Moraes da Rosa, em estudo crítico sobre a AED, a doutrina, partindo da racionalidade individual e do bem estar social – maximização de riqueza –, busca responder a dois questionamentos: a) quais os impactos das normas legais no comportamento dos sujeitos e Instituições; e b) quais as melhores normas³¹.

O homem, maximizador por excelência, procura nortear suas ações pelo critério de custo x benefício, buscando aquelas que lhe agreguem maior riqueza, conceito que não se circunscreve apenas ao dinheiro, podendo importar em lazer, acesso à medicina moderna ou qualquer outro item que lhe agregue satisfação³².

O critério da maximização da riqueza, em perspectiva econômica, transcende ao homem e se espalha na sociedade. As pessoas são responsivas a incentivos. E as normas jurídicas, constituindo forma de incentivo, podem levar o homem e a sociedade a determinado caminho. Por exemplo, leis que tornem muito custoso o tráfego de veículos particulares em determinada região da cidade, certamente levarão ao decréscimo do uso desse meio de transporte e aumento do emprego de meios alternativos.

Cumpramos ressaltar como é importante notar que, no plano legislativo, de concepção da norma, “esse comportamento maximizador levanta uma série de questões no desenho de políticas públicas e normas legais em geral”. O desenho da política pública deve, além de “avaliar seus custos e benefícios privados”, observar que podem ser ocasionados custos e benefícios sociais, “gerando externalidades, que podem ser negativas para a sociedade”³³.

Desponta essencial, então, identificar critério seguro para medir os custos e benefícios de determinada ação, inclusive eventuais externalidades³⁴. Neste campo, a clássica formulação de Ronald Coase (Teorema de Coase) procura colocar a definição da melhor alocação dos recursos ao cuidado do mercado, sustentando que, se os direitos forem bem definidos e os custos de transação forem baixos, as partes em conflito saberão achar o uso mais eficiente para os recursos em questão, independentemente da alocação inicial de direitos ou da intervenção do Estado.³⁵

³⁰ Como diz o próprio POSNER, “The economist is led to predict that an increase in either the severity of the punishment or the likelihood of its imposition will raise the price of crime and therefore reduce its incidence” (O economista tem como prever que um aumento tanto na severidade da punição quanto na probabilidade de sua imposição irá aumentar o preço do crime e com isso reduzir sua incidência). POSNER, Richard. A. **Economic Analyses of Law**. p.5).

³¹ ROSA, Alexandre Moraes da. **Direito Transnacional, soberania e o discurso da law and economics**. In Direito e Transnacionalidade. Org. Paulo Cruz e Joana Stelzer. Curitiba: Editora Juruá, 2009, p. 82.

³² POSNER, Richard. A. **Economic Analyses of Law**. p.14.

³³ TABAK, Benjamin Miranda. **A Análise Econômica do Direito**: Proposições legislativas e políticas públicas. In Revista de Informação Legislativa. Brasília: Ano 52, Número 205, jan./mar. 2015, p. 322.

³⁴ Segundo MANKIW: “Uma externalidade surge quando uma pessoa se dedica a uma ação que provoca impacto no bem-estar de um terceiro que não participa dessa ação, sem pagar nem receber nenhuma compensação por esse impacto. Se o impacto sobre o terceiro é adverso, é chamado de externalidade negativa; se é benéfico, é chamado de externalidade positiva. Quando há externalidades, o interesse da sociedade em um resultado de mercado vai além do bem-estar dos compradores e vendedores que participam do mercado; passa a incluir também o bem-estar de terceiros que são indiretamente afetados. Como os compradores e vendedores desconsideram os efeitos externos de suas ações quando decidem quanto demandar ou ofertar, o equilíbrio de mercado não é eficiente quando há externalidades. Ou seja, o equilíbrio não maximiza o benefício total para a sociedade como um todo” (MANKIW, N. Gregory. Princípios de microeconomia. Tradução Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Cengage Learning, 2009. p. 204).

³⁵ Para ilustrar o ponto, pode-se recorrer ao exemplo de uma fábrica emissora de poluentes que prejudica a vizinhança. Nesta hipótese, é de se indagar qual a melhor (mais eficiente) solução ao caso. Em situações como essa, COASE argumenta que, inicialmente, “é necessário saber se a atividade nociva é ou não responsabilizável pelos prejuízos que causa, uma vez que, sem o estabelecimento dessa delimitação inicial de direitos, não poderá haver transações no mercado para transferência ou recombinação desses direitos”. Estabelecida a relação de causalidade e estando clara a responsabilidade dos agentes, “o

A eficiência de uma escolha, individual ou de natureza política, normalmente é aferida pela aplicação de duas fórmulas clássicas. A primeira delas, fórmula de Pareto (em referência ao cientista italiano Vilfredo Pareto, que a concebeu), tem por eficiente uma transação em que nenhuma das partes sai prejudicada da negociação: *A Pareto-superior transaction is one that makes at least one person in the world better off and no one worse off*³⁶.

Contudo, a fórmula de Pareto peca justamente por olvidar as externalidades, desconsiderando que comumente as transações geram efeitos sobre terceiros que dela não participam.³⁷

A segunda teoria para medir a eficiência de uma ação ou política é a de Kaldor-Hicks, concebida por Nicholas Kaldor e John Hicks. Propõe que a melhor alocação do recurso é a que deixa as partes em situação melhor ou igual ao estágio pré-negocial, no que segue a ideia de Pareto. No entanto, quanto a eventuais prejudicados, não desconsidera que possam existir, mas admite que a solução ainda será ótima desde que estes possam ser compensados pelos beneficiados. Sob este enfoque, a solução é ótima quando “se visualizam ganhos sociais maiores do que perdas individuais globais, por meio de um sistema de compensação social”³⁸

A compensação individualizada dos prejuízos não é vista como *conditio sine qua non*, bastando seja, em tese, viável e que os ganhos totais sejam maiores que a perda de um indivíduo específico, o que a torna o critério de Kaldor-Hicks menos rigoroso que o de Pareto e, talvez por isto, de aplicação mais disseminada.

Diante dessas considerações, pode-se concluir que a interseção entre Direito e Economia, sobretudo a previsão dos efeitos esperados de determinada norma no comportamento humano e social, constitui critério útil para nortear o processo de elaboração e aplicação do Direito.

Contudo, é bom ter em mente a ponderação lançada por POSNER: “Although no effort will be made in this book to defend efficiency as the only worthwhile criterion of social choice, the book does assume, and most people probably would agree, that it is an important criterion”³⁹.

Com esta ressalva em mente, torna-se possível conciliar a aplicação dos cânones preconizados pela AED com outros vetores fundamentais da ordem jurídica, como democracia, justiça, promoção da igualdade e respeito aos direitos fundamentais.

resultado final (que maximiza o valor da produção) independe do posicionamento legal, desde que se assuma que o sistema de determinação de preços funcione sem custos”. Assim, definido que a fábrica é responsável pelo dano, deveria ser avaliada a melhor solução possível, que melhor aloque os recursos disponíveis (produção industrial, empregos, propriedade). Por hipótese, seria de se questionar se seria mais efetivo adaptar as chaminés para reduzir a emissão de fumaça ou comprar as propriedades vizinhas, livrando-se da reclamação dos proprietários adjacentes.

COASE, Ronald. **O problema do custo social**. The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies. Volume 3, Issue 1, 2008.

³⁶ Uma transação Pareto-superior é aquela que beneficia pelo menos uma pessoa no mundo e não prejudica nenhuma (POSNER, Richard. A. **Economic Analyses of Law**. p.12).

³⁷ No exemplo da fábrica poluente, pode entrar em acordo com os vizinhos, minimizando seus incômodos; mas, provavelmente, persistirão danos de ordem ambiental, não abrangidos na negociação privada.

³⁸ BOTELHO, Martinho Martins. **A eficiência e o efeito Kaldor - Hicks**: a questão da compensação social. In Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável. Brasília, v. 2, n. 1, Jan/Jun. 2016, p.30.

³⁹ POSNER, Richard. A. **Economic Analyses of Law**. p.12.

3. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E AÇÕES AFIRMATIVAS: UM OUTRO ENFOQUE

Nesta quadra, pode-se indagar, sob os postulados da AED, que efeitos sociais podem decorrer da implementação de ações afirmativas, isto é, se a instituição dessas políticas representa, além de ganho ao grupo beneficiado (*per se* justificável pela necessidade de integrá-lo ao amplo gozo dos direitos a todos assegurado e de apagar os efeitos da discriminação histórica), quais as externalidades porventura causadas e se são devidamente compensadas, com ganhos sociais maiores que eventuais prejuízos.

Imagine-se a instituição de uma política de cotas raciais para acesso à universidade pública⁴⁰. Além de permitir ingresso preferencial ao grupo historicamente desfavorecido, teria a medida dos impactos econômicos e de incremento do bem-estar coletivo que superem as perdas dos indivíduos preteridos, mesmo tendo notas melhores?

Será que, no médio prazo, com a formação de novos profissionais pertencentes ao grupo minoritário, a ação geraria oferta de novos serviços às comunidades marginalizadas (médicos, por exemplo), o que poderia aumentar o nível de saúde dos habitantes daquele local, reduzindo afastamentos ao trabalho por motivo de doença? Ou, ainda, poderia gerar deslocamentos menores para acesso aos serviços de saúde, com ganho de tempo e redução de consumo de combustíveis e emissão de poluentes na atmosfera? Que efeitos adviriam se esses novos profissionais (médicos, dentistas, engenheiros, advogados) mantivessem residência, após formados, nas suas comunidades de origem? O padrão dos imóveis melhoraria, com aumento de arrecadação do imposto territorial e possibilidade de expansão dos serviços públicos ofertados àquelas áreas?

São questionamentos que se apresentam viáveis, na medida em que a instituição de qualquer política pública tem efeito transformador, que pode se projetar para além dos sujeitos diretamente visados pela norma. A instituição de cotas para acesso ao ensino superior, no exemplo ora invocado, gera externalidades que transcendem a esfera dos sujeitos beneficiados e dos excluídos do ingresso na universidade. A teoria econômica e as interlocuções desta com o Direito, captadas pela AED, podem ajudar a prever e direcionar tais efeitos e externalidades e a relação de custo x benefício global da medida.

Inicialmente, a investigação deve ser posta em face de um modelo de justiça compensatória, baseado no dever reparatório que o discriminador assume em face do discriminado, por ato concreto de discriminação. Nesta hipótese, comprovada a discriminação, a situação se resolveria com o pagamento de indenização em favor da pessoa ou grupo concretamente discriminado.

Posner⁴¹ expõe esta visão com a seguinte ilustração: “If the employer has discriminated against blacks, he should, in my judgment, be required to pay the damages of any black person against whom he has discriminate”⁴². Em seguida, acrescenta que esta solução “seems preferable

⁴⁰ Situação esta que gera resistência nos Estados Unidos (DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 455), mas é legalmente prevista no cenário nacional (Lei 12.711/2012) e encontra chancela na jurisprudência do STF (ADPF 186).

⁴¹ POSNER, Richard A. **The Economics of Justice**. p. 360.

⁴² Se o empregador discriminou negros, ele deveria, segundo meu julgamento, ser demandado a pagar os danos que cada pessoa negra por ele discriminada.

to an in junctive remedy requiring the employer to hire a specified number or percentage of blacks⁴³”, pois isto traria consequências que diminuiriam a eficiência, como a necessidade de contratar pessoas sem a maior qualificação para o posto ou tentar atrair indivíduos que poderiam preferir outras ocupações.

Com efeito, trata-se de visão conservadora, que não capta o ideal de resgate do histórico de discriminação sistemática praticada contra minorias e não assume compromisso com o futuro, no que diz com a equalização perene da sociedade. Além disso, desconsidera, na hipótese invocada de contratação de pessoas menos qualificadas, que um bom programa de treinamento poderia superar eventuais deficiências iniciais e gerar a formação de profissionais comprometidos com a empresa, pois dela receberam importante oportunidade, o que se reverteria em maior empenho e produtividade, aumentando os ganhos empresariais.

Assim, os limites estreitos do modelo de justiça compensatória não se mostram suficientes para captar o fenômeno da desigualdade, em suas causas e consequências, o que não é solucionado por enfoque conservador de aplicação da AED que não esteja comprometido com o ideal transformador que permeia a implantação de qualquer ação afirmativa.

Os efeitos que transcendem ao ato concreto de discriminação, alcançando terceiros diversos do discriminador e do discriminado (externalidades), são, entretanto, captados em maior amplitude pelos modelos de justiça distributiva e de justiça social, antes examinados.

São eles que se ocupam dos efeitos redistributivos decorrentes do remédio empregado contra a discriminação, da promoção da diversidade nas relações educacionais e de emprego, da superação da sensação de superioridade sentida por setores que promovem segregação, da oferta de novos serviços às populações marginalizadas e da formação de modelos positivos nas comunidades periféricas.

Sob esta ótica, pode-se pensar em meios de frear atos discriminatórios, fazendo com que o Direito preveja fórmulas para que *“the cost of discrimination would be higher and the incidence lower”*⁴⁴, estabelecendo ônus legais aos que pratiquem discriminação, como multas, suspensão de atividades, etc. que tornem este agir antieconômico.

Além disso, é possível, com recurso aos fundamentos da AED, considerar políticas afirmativas com intuito redistributivo de riquezas e, assim, alcançar ideias de promoção de efetiva equalização. Nesta esteira, é o mesmo POSNER⁴⁵ quem sustenta que um argumento persuasivo para fundamentar ações afirmativas *“is that discrimination imposes proportionally greater costs on the minority than on the discriminating majority”*⁴⁶ e o Direito⁴⁷ seria o remédio para promover a realocação dos benefícios de modo mais equânime.

⁴³ Parece preferível a um comando que determinasse ao empregador contratar um certo número ou porcentagem de negros.

⁴⁴ O custo da discriminação seja maior e a incidência menor (POSNER, Richard A. **The Economics of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1981, p. 358).

⁴⁵ POSNER, Richard A. **The Economics of Justice**. p. 386.

⁴⁶ É que a discriminação impõe proporcionalmente maiores custos sobre a minoria do que sobre a maioria que discrimina.

⁴⁷ “A desigualdade econômica não é, de modo algum, desigualdade de fato, e sim a resultante, em parte, de desigualdades artificiais, ou desigualdades de fato mais desigualdades econômicas mantidas por leis. O direito que em parte as fez, pode amparar e extinguir as desigualdades econômicas que produziu. Exatamente aí é que se passa a grande transformação da época industrial, com a tendência a maior igualdade econômica, que há de começar, como já começou em alguns países, pela atenuação mais ou menos extensa das desigualdades” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**. São Paulo: RT, 1970, tomo IV, p. 689).

O caso *Regentes da Universidade da Califórnia contra Allan Bakke*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 12 de Outubro de 1977 ilustra como a função redistributiva influencia o exame de ações afirmativas nos Estados Unidos. Allan Bakke, estudante branco, pretendia ingresso na escola de Medicina da Universidade da Califórnia, com sede em Davis. No ano em que concorria ao ingresso naquela instituição, a Universidade implantara um “programa de força-tarefa”, com o intuito de promover o ingresso de mais negros e outras minorias em seus quadros. Para tanto, reservou dezesseis das cem vagas a estudantes desses grupos.

Bakke, que ostentava boas notas, fora rejeitado essencialmente em face da implantação o programa de força-tarefa, sem o qual teria logrado aprovação. Bakke saiu vencedor na Corte Suprema da Califórnia, mas a Universidade recorreu à Suprema Corte dos Estados Unidos⁴⁸, a qual assentou que qualquer plano de ação afirmativa é compatível com a Constituição, desde que adequadamente concebido⁴⁹.

Embora tenha mostrado resistência a programas baseados em cotas fixas, “decidiu, por uma votação de cinco a zero, que a Constituição autoriza programas de ação afirmativa, como o de Harvard, que permite que a raça seja levada em consideração”, desde que “com a finalidade de obter um corpo estudantil diversificado”⁵⁰.

A Corte analisou o caso sob *standart* rigoroso (*strict scrutiny*), pois se pautava em “classificação suspeita”, qual seja a seleção com base na raça⁵¹. Assim, havia-se de provar, primeiro, que a medida visava atender interesse governamental imperativo. A promoção da diversidade e, principalmente, a reparação de uma discriminação passada, constituiriam esse imperativo⁵².

Mas a existência da discriminação deveria ser certificada por órgão governamental competente, diverso da universidade. Ainda, a medida deveria ser estritamente talhada para atingimento do fim visado. E a da Universidade da Califórnia tinha falhas evidentes, em especial permitir que os grupos minoritários concorressem nas vagas para si reservadas e também na seleção geral.

Assim, embora o programa da Universidade da Califórnia tenha sido rechaçado, restou evidenciado que as ações afirmativas constituem instrumento constitucional de redistribuição de oportunidades.

O caso *Steelworkers vs. Weber*, que tratava de instituição de ação afirmativa por empresa privada, reforçou a preocupação da Suprema Corte com a redistribuição de oportunidades, o que se extrai com clareza do voto do Juiz Brennan, sintetizado por Dworking⁵³:

A lei representava uma decisão do Congresso para promover a igualdade racial na educação, no emprego e em outras áreas e pôr fim a uma era econômica em que os negros não

⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. p. 437.

⁴⁹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA), p. 106.

⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. p. 455.

⁵¹ Para a Suprema Corte, toda classificação jurídica baseada em fato racial deve ser considerada a princípio como suspeita.

⁵² GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA). p. 109-110.

⁵³ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. p. 475.

totalmente desempregados restringem-se a trabalhos menos interessantes e mal remunerados. Portanto, seria incompatível com a política subjacente da lei interpretá-la de modo a proibir planos industriais voluntários voltados para esses objetivos.

Já em *United States vs. Paradise*, em que se discutia prática discriminatória do estado do Alabama, cujo departamento de polícia se recusava a admitir policiais negros, a Suprema Corte dos Estados Unidos, novamente com a mirada nos efeitos redistributivos, valeu-se da apuração da denominada *disparidade estatística*⁵⁴, que “consiste basicamente em demonstrar a ausência ou sub-representação de certas minorias em determinados setores de atividade”⁵⁵, em comparação com sua representatividade na população local, a fim de demonstrar a discriminação sofrida por certo grupo.

Esses exemplos denotam que a validação de políticas afirmativas pelo Judiciário norte-americano normalmente tem em vista os resultados econômicos esperados (*outcome equality*), com nítido viés redistributivo, orientação que vai ao encontro do critério de eficiência⁵⁶ apregoado pela AED, tendo-se em conta os efeitos que as ações afirmativas provocarão no melhor aproveitamento de recursos escassos, como oportunidades de estudo ou emprego.

No Brasil, O Supremo Tribunal Federal também considera as externalidades da ação afirmativa, ou seja, não descarta dos efeitos reflexos decorrentes da política. Neste campo, já assentou que, em sede de ação afirmativa, a lei deve ser vista “como instrumento de reequilíbrio social”. Pontuou também que a concessão de bolsas de estudo (PROUNI) a estudantes de baixa renda é meio de “compensação de uma anterior e factual inferioridade (‘ciclos cumulativos de desvantagens competitivas’, com o intuito promover a “ascensão das pessoas até então sob a hegemonia de outras”⁵⁷. Evidenciou que, além de promover igualdade, estava inspirado no ideal de redistribuir oportunidades e, com isso, riquezas.

Também na ADPF 186, sob viés de justiça social, o Supremo asseverou que um dos papéis da ação afirmativa é “redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo”. O relator ainda afirmou em seu voto que “mediante uma intervenção estatal determinada e consistente para corrigi-las, realocando-se os bens e oportunidades existentes na sociedade em benefício da coletividade como um todo”⁵⁸, formulação que muito se aproxima da busca de um ótimo de Kaldor-Hicks.

Estes julgados permitem concluir que, adotando viés redistributivo, as Cortes Supremas do Brasil e dos Estados Unidos, embora sem invocar os fundamentos da AED, não se descaram dos efeitos sociais reflexos (externalidades) que as ações afirmativas ocasionam. Pelo contrário, sufragam como algo positivo as consequências sociais decorrentes dessas políticas, sobretudo no que diz com a redistribuição de riqueza.

⁵⁴ Registre-se, contudo, que embora a Suprema Corte tenha adotado e ainda se valha ocasionalmente deste critério, não o faz de modo absoluto, como expressão matemática peremptória, mas cotejando o dado estatístico com demais elementos do processo.

⁵⁵ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA). p. 220.

⁵⁶ “*When resources are being used where their value is highest, we may say that they are being employed efficiently*” (Quando recursos estão sendo usados onde seu valor é o maior, nós devemos dizer que estão sendo empregados eficientemente). POSNER, Richard. A. *Economic Analyses of Law*. p.9.

⁵⁷ STF, ADI 3330, Relator Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 03/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-055 DIVULG 21-03-2013 PUBLIC 22-03-2013.

⁵⁸ STF, ADPF 186, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, Julgamento: 26/04/2012.

Mesmo Dworking⁵⁹, que guarda profundas discordâncias com o pensamento de Posner, em particular, e com a AED, em geral, admite as externalidades decorrentes da política afirmativa e encontra no ganho social (que se poderia enquadrar perfeitamente como maximização de utilidade e como ótimo de Kaldor-Hicks) advindo da ação afirmativa argumento que a legitima:

qualquer critério adotado colocará alguns candidatos em desvantagem diante dos outros, mas uma política de admissão pode, não obstante isso, justificar-se, caso pareça razoável esperar que o ganho geral da comunidade ultrapasse a perda global e caso não exista uma outra política que, não contendo uma desvantagem comparável, produza, ainda que aproximadamente, o mesmo ganho.

Assim, é inegável que as ações afirmativas ocasionam externalidades e que elas são, por si mesmas, suficientes para justificar a implementação de políticas afirmativas. Há ganho social (eficiência) alocando recursos escassos no ponto de sua maior utilidade.

Isto, respondendo positivamente aos questionamentos do início desta pesquisa, ocorre quando se dá acesso a pessoas negras e de baixa renda à faculdade de medicina em universidade pública ou se lhe concede bolsa para frequentar universidade privada. Este indivíduo terá grande possibilidade de se fixar em sua comunidade de origem e levar serviços antes ali inexistentes. Seu exemplo motivará outros, que se tornarão também médicos, advogados, fisioterapeutas, contabilistas; os quais também tenderão a permanecer em seus bairros de origem. Com o tempo, e com a renda maior de seus habitantes, é de se esperar que o próprio bairro prospere, arrecade mais tributos para o município, que tenderá a melhorar as ruas, saneamento, iluminação e outros equipamentos que servem à comunidade. Esta, não mais se sentido desigual, tenderá a não se ver mais como subjugada por pretensa e falsa maioria racial e, deste modo, tanto a economia prospera quanto a igualdade impera.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As ações afirmativas têm na promoção da igualdade material, com melhoria das condições de vida dos grupos discriminados, seu objetivo primordial. Este desiderato não é alcançado em um modelo de justiça individual, que compense o discriminado pelo ato específico de que tenha sido vítima. Mais que isto, é imperativo um modelo que reprima a discriminação e que redistribua oportunidades, para que, no longo prazo, as diferenças entre grupos deixem de existir.

Neste contexto, a Análise Econômica do Direito, como uma das ferramentas disponíveis para compreender e orientar o processo de formulação e aplicação das normas jurídicas, pode contribuir para a elaboração de políticas afirmativas estritamente talhadas (*narrowly tailored*).

A AED tem ferramentas aptas a contribuir para que as externalidades, efeitos que transcendem aos objetivos primordiais e direitos da implementação de certa ação afirmativa, sejam direcionadas no sentido da melhor redistribuição de recursos escassos, como oportunidades de estudo e trabalho, de modo a empregá-los em seu maior potencial, ou seja, de forma que o bem-estar coletivo seja maximizado.

Deste modo, além do indispensável resgate histórico devido aos grupos excluídos e de sua

⁵⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 350-351.

integração plena aos benefícios sociais previstos pelo Estado de Direito, se poderá lograr incrementos de ordem econômica que se espalharão por todo o tecido social.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BOTELHO, Martinho Martins. **A eficiência e o efeito Kaldor - Hicks**: a questão da compensação social. In Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável. Brasília, v. 2, n. 1, Jan/Jun. 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão. ADI 3330, Relator Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 03/05/2012.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão. ADPF 186, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, Julgamento: 26/04/2012.

COASE, Ronald. **O problema do custo social**. The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies. Volume 3, Issue 1, 2008.

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

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MANKIW, N. Gregory. **Princípios de microeconomia**. Tradução Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Cengage Learning, 2009.

MARTINS, Tiago do Carmo. **O controle judicial de ações afirmativas pela ação civil pública**. Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2017

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. **Ação afirmativa: óptica constitucional**. Revista da Escola Nacional de Magistratura, v. 1, n. 1, abr. 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**. São Paulo: RT, 1970, tomo IV.

POSNER, Richard. A. **Economic Analises of Law**. Cambridge: Wolters Kluwer, 1986.

POSNER, Richard A. **The Economics of Justice**. Cambridge: 1981.

RIOS, Roger Raupp. **Ações afirmativas no Direito Constitucional brasileiro: reflexões a partir do debate constitucional estadunidense**. In Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005. Coord. Ingo Wolfgang Sarlet. Vol. 1, Tit. 1. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Ação afirmativa: O conteúdo democrático do princípio da**

igualdade jurídica. Revista Trimestral de Direito Público. Brasília: Malheiros. n. 131, jul./set. 1996.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Direito Transnacional, soberania e o discurso da law and economics.** In Direito e Transnacionalidade. Org. Paulo Cruz e Joana Stelzer. Curitiba: Editora Juruá, 2009, p. 82.

TABAK, Benjamin Miranda. **A Análise Econômica do Direito:** Proposições legislativas e políticas públicas. In Revista de Informação Legislativa. Brasília: Ano 52, Número 205, jan./mar. 2015.

O REGISTRO DE IMÓVEIS E AS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO: INTERAÇÕES EM PROL DA SUSTENTABILIDADE

Antonio Fernando Schenkel do Amaral e Silva¹

Marcelo Buzaglo Dantas²

INTRODUÇÃO

O artigo tem por objetivo científico estudar a Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação e suas interações com o Registro de Imóveis. Insere-se na temática combinada entre o Direito Ambiental³ e o Direito Registral⁴, buscando elementos teóricos que possam legitimar dogmaticamente a inscrição das informações ambientais da Lei 9.985/2000 nas matrículas do Registro de Imóveis⁵ em prol do meio ambiente.⁶

Pretende-se verificar as diversas modalidades de Unidades de Conservação e suas relações com o registro imobiliário, mormente se indagarmos: existe uma interação entre a Lei 9.985/2000 e o Registro de Imóveis para a inscrição das Unidades de Conservação nas matrículas?

Destarte, é necessário e oportuno averiguar o problema e, de qualquer forma, pensar em como melhorar o intercâmbio de informações entre os órgãos administrativos com o sistema⁷ de registro imobiliário e, então, propor medidas práticas em prol das UC's e da sustentabilidade.⁸

¹ Juiz Federal. Mestre e Doutor em Ciência Jurídica pela Fundação Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Florianópolis/SC, Brasil. E-mail: amaraltoninho@hotmail.com

² Advogado. Membro das Comissões de Direito Ambiental do Conselho Federal da OAB e do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB. Mestre e Doutor em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP. Visiting Scholar da Elisabeth Haub School of Law - Pace University (White Plains/NY). Pós-Doutor em Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade pela UNIVALI. Docente Permanente e do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica (Mestrado e Doutorado) da UNIVALI. Professor Visitante da Widener University – Delaware Law School (EUA) e da Universidad de Alicante (ES).

³ Direito Ambiental: “O Direito Ambiental é, portanto, a norma que, baseada no fato ambiental e no valor ético ambiental, estabelece os mecanismos normativos capazes de disciplinar as atividades humanas em relação ao meio ambiente.” ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 6.

⁴ Direito Registral: é o conjunto de princípios e de normas que têm por objetivo disciplinar os registros públicos, regulamentando a forma e o procedimento para a realização de tais atos solenes, bem assim os efeitos e as consequências jurídicas que deles promanam.

⁵ Registro de Imóveis: é a instituição encarregada, por delegação constitucional, de guardar e conservar na matrícula as informações relativas a determinado bem imóvel, fornecendo a qualquer interessado certidão a respeito dos dados alusivos à propriedade imobiliária, conferindo autenticidade, segurança, validade e publicidade a atos e fatos jurídicos. SARMENTO, Eduardo Sócrates Castanheira. **A dúvida na nova lei de registros públicos**: doutrina, prática, jurisprudência, legislação. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 3.

⁶ Meio ambiente: “[...] o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Consoante o artigo 3º da Lei 6.938/1981.

⁷ Sistema: “Todo conjunto ordenado de técnicas, normas e conceitos que venha a constituir-se num Modelo.” MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB-SC, 2000, p. 88.

⁸ “Sin embargo, la Sostenibilidad es una noción positiva y altamente proactiva que supone la introducción de los cambios necesarios para que la sociedad planetaria, constituida por la Humanidad, sea capaz de perpetuarse indefinidamente en el tiempo.” REAL FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del Derecho. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (Orgs.). **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. Dados eletrônicos. Itajaí: UNIVALI, 2013, p. 13. Tradução livre: “Porém, Sustentabilidade é uma noção positiva e altamente pró-ativa que supõe a introdução das mudanças necessárias para que a sociedade planetária, constituída pela Humanidade, seja capaz de

Sob a perspectiva da publicidade ambiental das UC's e da segurança jurídica, pretende-se demonstrar a importância da interligação entre as normas da Lei 9.985/2000 e as de Direito Registral, potencializando a informação de caráter ambiental com sua inscrição na matrícula imobiliária.⁹

A transparência¹⁰ e a acessibilidade à informação proporcionada pelo registro imobiliário a todos, independentemente de justificação¹¹ e mediante simples requerimento ao Oficial do Registro de Imóveis, pode ser uma das medidas de maior eficácia para a efetiva criação e manutenção das unidades conservacionistas na atualidade.

Daí ser oportuno questionar quais as informações, relativas à criação/preservação/manutenção das UC's e do meio ambiente¹² que as envolve, que devem ser inscritas na matrícula das propriedades. Sem dúvida, são inúmeras as hipóteses, especialmente quando cominadas ao proprietário limitações e/ou obrigações de fazer ou não fazer, cujo conhecimento por terceiros somente é viável pela via da inscrição na matrícula e pela publicidade registral, sob pena de exigir-se do cidadão a difícil e onerosa busca por informações a inúmeros e desconhecidos órgãos administrativos.

A publicidade ministrada pelos registros públicos não apenas predispõe ao conhecimento geral atos e fatos jurídicos importantes, mas o faz de uma maneira cronologicamente organizada em relação a determinado bem imóvel. Dessa maneira, são ofertadas à sociedade suas modificações, extinções, restrições, condições, circunstâncias e tudo o mais que seja relevante para o mundo jurídico, descortinando a completa situação de seu objeto, com total transparência.

1. REGISTRO DE IMÓVEIS E MEIO AMBIENTE: SUSTENTABILIDADE

As serventias imobiliárias destinam-se ao assentamento de títulos públicos e privados e, com a publicidade advinda do registro¹³, outorgam-se aos títulos a oponibilidade a terceiros. O sistema de Registros Públicos é destinado a garantir a publicidade, a autenticidade, a segurança e

se perpetuar indefinidamente no tempo”.

⁹ Como leciona MÁÑEZ o “Registro de Imóveis tem por finalidade principal dar segurança ao tráfico jurídico imobiliário, no intuito de garantir a existência e conteúdo dos direitos de propriedade que se constituam e inscrevam sobre as propriedades registraes, de modo que, quem adquira tais direitos confiando em sua descrição registral e o inscreva a seu favor, será protegido pelo ordenamento jurídico diante de possíveis reclamações”. MÁÑEZ, José Luis Salazar. Meio ambiente e Registro de Imóveis, uma interação mútua: o direito de acesso à informação ambiental e em apoio à sustentabilidade. In: **Registro de Imóveis e meio ambiente**. JACOMINO, Sérgio; MELO, Marcelo Augusto Santana; CRIADO, Francisco de Asís Palacios (Coordenadores). São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 175/176.

¹⁰ Transparência do Estado se revela quando ele torna pública a informação que detém, de forma acessível, clara e simples, despida de tecnicismos ou outras linguagens obscuras para a maioria da população.

¹¹ Lei 6.015/1973: “Art. 17. Qualquer pessoa pode requerer certidão do registro sem informar ao oficial ou ao funcionário o motivo ou interesse do pedido.”

¹² “1.1.1 Defining the environment - [...] The Environmental Protection Act (EPA) 1990 provides a useful starting point. Under s 1(2) “The ‘environment’ consists of all, or any of the following media, namely, the air, water and land; and the medium of air includes the air within buildings and the air within other natural or man-made structures above or below ground”. “1.1.1 Definindo o ambiente - [...] A Lei de Proteção Ambiental (EPA) 1990 fornece um ponto de partida útil. Sob s 1(2) - “O ambiente ‘consiste em todos ou qualquer um dos seguintes meios, nomeadamente, o ar, a água e a terra; e o meio do ar inclui o ar dentro de edifícios e o ar dentro de outras estruturas naturais ou feitas pelo homem acima ou abaixo do solo” (tradução livre). WOLF, Susan; WHITE, Anna. **Principles of environmental law**. Second Edition. London: Cavendish Publishing Limited, 1997, p. 1.

¹³ Lei 6.015/73: “Art. 16. Os oficiais e os encarregados das repartições em que se façam os registros são obrigados: 1º a lavrar certidão do que lhes for requerido; 2º a fornecer às partes as informações solicitadas”.

a eficácia dos atos jurídicos, na forma do artigo 1º da Lei 8.935/1994, também conhecida como a “Lei dos Notários e Registradores”.¹⁴

O acesso às informações constantes do registro é amplo e livre, consoante o artigo 17 da Lei 6.015/1973, pelo que qualquer “pessoa pode requerer certidão do registro sem informar ao oficial ou ao funcionário o motivo ou interesse do pedido”.

Todas as informações devem estar concentradas na matrícula, sendo que cada bem de raiz terá a sua própria, contendo todo o seu histórico e possibilitando que o interessado em conhecê-lo consulte a serventia imobiliária da sua circunscrição territorial, solicitando certidão ao registrador.

No papel de fiel repositório dos aspectos, referências, fatos e elementos do imóvel, contendo, portanto, todos os dados importantes relativos à propriedade e, com isso, destinando-se a dar segurança ao tráfico imobiliário e aos negócios jurídicos daí resultantes, o sistema registral deve estar aberto aos Princípios, conceitos e normas ambientais, espelhando não só os ativos e as possibilidades, mas, especialmente, os passivos que oneram a propriedade e que a acompanham por toda a vida.

MÁÑEZ, a partir da experiência europeia, defende que os registros imobiliários exerçam “atividades de informação e de segurança jurídica em matéria ambiental”, convertendo-se em instrumentos de “proteção da legalidade meio ambiental”, mediante:

- a constância, no arquivo particular de cada propriedade (matrícula), de todas aquelas circunstâncias de caráter meio ambiental que possam provocar modificações em sua configuração física, gerar limitações de uso ou exercício dos direitos, ou impor obrigações de fazer ou não fazer;

- a utilização do cartório como centro de difusão de informação meio ambiental relativo ao território do distrito registral de que se cuide, aproveitando que se trata de órgãos públicos, descentralizados e com grande implantação territorial, completamente informatizados, e relacionados com os departamentos de registro dos demais países da União Europeia.¹⁵

Com efeito, a serventia do Registro de Imóveis, para gerar a proteção econômica da propriedade, deve fornecer à coletividade quaisquer informações relativas à situação do bem, especialmente nesses novos tempos, as de caráter ambiental, as quais se revelam de primordial importância para a tutela dos direitos insculpidos no artigo 225 da nossa Carta Magna.

O problema da eficácia das leis é preocupante, uma vez que sem ela as regras jurídicas não tem sentido no mundo dos fatos:

Según el profesor Rafael Valenzuela, una norma es eficaz cuando las respuestas conductuales reclamadas por su contenido preceptivo han sido las apropiadas para encarar la situación que motivó, precisamente, su imposición.

¹⁴ “Notários e registradores são profissionais cujos atos, atribuídos por lei, são remunerados por pessoas naturais ou jurídicas (as partes) e não pelo Estado. Por isso se diz que são titulares de serventias não oficializadas, querendo, assim, afirmar que se trata de serviços não estatizados”. CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e dos registradores comentada**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 21.

¹⁵ MÁÑEZ, José Luis Salazar. Meio ambiente e Registro de Imóveis, uma interação mútua: o direito ao acesso à informação ambiental e em apoio à sustentabilidade. Em: JACOMINO, Sérgio; MELO, Marcelo Augusto Santana de; CRIADO, Francisco de Assis Palacios (coord). **Registro de Imóveis e meio ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 186-187.

Se habla de eficacia cuando la norma cumple con la finalidad para la cual fue dictada, y de eficiencia cuando ella es acatada por la sociedad, alude al grado de obediencia efectivo, espontáneo o provocado, del deber ser impuesto por la norma vigente.¹⁶

É claro que o cumprimento espontâneo da norma é um ideal coletivo, porém difícil de ser atingido, senão impossível, mormente quando tratamos de regras limitadoras das liberdades patrimoniais, como sói ocorrer com as de Direito Ambiental.

Bem por isto, normas restritivas devem vir acompanhadas de instrumentos para lhes dar eficácia, não necessariamente do mesmo ramo do Direito, mas do mesmo sistema jurídico, que deve ser harmônico e suficientemente completo para que as regras e os Princípios se auxiliem mutuamente em uma rede de proteção do bem jurídico que pretendem zelar: meio ambiente.

A Carta Magna trouxe o princípio *do direito ao meio ambiente equilibrado* e o constitucionalizou no artigo 225, viga-mestra do sistema de princípios ambientais constitucionais: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Esse direito se traduz na conservação da natureza, suas propriedades e funções, garantindo-se a existência, evolução e desenvolvimento de todos os seres vivos do nosso planeta, podendo ser tal estado de coisas condensado na palavra sustentabilidade:¹⁷

Another principle undergirding much of international environmental law is that of sustainable development. This concept refers to limiting development to actions that sustain, rather than deplete or destroy, resources such as forests, fisheries, and the like, Sustainable development might be likened to using the income, rather than depleting the capital, of natural resources. It recognizes that these resources are finite.¹⁸

Ao tutelar o *equilíbrio* quer-se preservar a estabilidade dos processos naturais, de molde a evitar que a ruptura dessa estabilidade nos leve ao colapso ambiental. Desta forma, o Direito Ambiental precisa contar com instrumentos de ação concreta, próprios ou derivados de outras searas jurídicas, como sói ser o Direito Registral.

O artigo 225 da CF, dada a sua amplitude, generalidade e importância, expande-se e tem plena aplicação a quaisquer campos do Direito pátrio e, sempre que houver alguma hipótese onde

¹⁶ “Segundo o professor Rafael Valenzuela, uma regra é eficaz quando as respostas comportamentais reivindicadas por seu conteúdo prescritivo foram as adequadas para enfrentar a situação que justamente motivou sua imposição”. - “Fala-se de eficácia quando a norma cumpre o fim para o qual foi emitida, e de eficiência quando é seguida pela sociedade, referindo-se ao grau de cumprimento efetivo, espontâneo ou provocado, do dever imposto pela norma em vigor” (tradução livre). BITTERLICH, Pedro Fernández. **Manual de derecho ambiental chileno**. 2. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 64.

¹⁷ Sobre a temática: “Trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.” FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 43.

¹⁸ WEINBERG, Philip; REILLY, Kevin A. **Understanding environmental law**. Danvers: LexisNexis, 2008, p. 425. “Outro princípio subjacente a grande parte do direito ambiental internacional é o do desenvolvimento sustentável. Este conceito se refere a limitar o desenvolvimento a ações que sustentam, ao invés de esgotar ou destruir, recursos como florestas, pescas e outros. O desenvolvimento sustentável pode ser comparado a usar a renda, ao invés de esgotar o capital, dos recursos naturais. Ele reconhece que esses recursos são finitos” (tradução livre).

o Direito Registral possa dar a sua contribuição e afetar positivamente a eficácia do Direito Ambiental, ele poderá ser invocado para legitimar a atuação do registro imobiliário em prol do meio ambiente.

O Estado tem o dever de agir, por todos os seus órgãos, especialmente os ambientais, na defesa da natureza, de partilhar as informações com a coletividade, de exigir compulsoriamente o zelo ambiental por parte de si próprio e dos particulares, bem como de comunicar às serventias imobiliárias dados de interesse do meio ambiente, para que sejam averbados nas matrículas, através de uma comunicação oficial, formal e completa com os cartórios.

Não é mais possível que os diversos membros do corpo estatal não se comuniquem eficazmente. Parecem ilhas que não dialogam, embora próximas e ligadas pela legislação em diversas oportunidades. Aparentemente, falta o amálgama para juntar estas partes e delas extrair o máximo de eficácia.

De outro norte, as restrições ambientais ocorrem porque necessitamos de limites à atividade econômica, dada a sua inclinação para maximizar os ganhos e os lucros:

While business teaches us effective forms of human organization, environmental science reveals that those forms do not necessarily preserve the natural resources that are the basis of our well-being. While business teaches how to gain financial wealth, ecological understanding demonstrates that wealth to be illusory unless it is based on the principles and cyclical processes of nature. The dialogue reconciling these dichotomies will be the fundamental basis for economic transformation.¹⁹

O artigo 5º da Constituição assegura, como princípio fundamental, o direito de propriedade, assentando, logo em seguida, que a propriedade tem uma função social, constitucionalizando o *princípio da função socioambiental da propriedade*:

Fundamentalmente, pode-se dizer que a propriedade tem um conteúdo variável de acordo com a função social ditada pela natureza do bem, conforme limites fixados em lei, garantido, entretanto, um conteúdo mínimo essencial (CF, art. 5º, XXII). É que, de fato, a garantia do direito individual não dá ao titular a faculdade de exercer seus poderes ilimitadamente, mas submete-os aos direitos alheios, de igual natureza, e ao interesse coletivo, que deve prevalecer em face do direito individual.

O conceito de função social da propriedade não se confunde com o sistema de limitações à propriedade, pois a função social diz respeito à própria estrutura do direito de propriedade, enquanto que as limitações têm como objeto o exercício do direito, expressando-se na esfera do poder de polícia, [...].²⁰

Portanto, a propriedade deve estar voltada ao bem estar de todos e ao equilíbrio ambiental, sendo inconstitucional qualquer legislação que contrarie este comando. E isto justifica racionalmente e socialmente a imposição de restrições às propriedades inseridas numa Unidade de Conservação.

¹⁹ HAWKEN, Paul. **The ecology of commerce**: a declaration of sustainability. New York: Harper Business, 2010, p. 12. "Enquanto os negócios nos ensinam formas eficazes de organização humana, a ciência ambiental revela que essas formas não preservam necessariamente os recursos naturais que são a base de nosso bem-estar. Enquanto os negócios ensinam como obter riqueza financeira, a compreensão ecológica demonstra que a riqueza é ilusória, a menos que seja baseada nos princípios e processos cíclicos da natureza. O diálogo que concilia essas dicotomias será a base fundamental para a transformação econômica" (tradução livre).

²⁰ CHALHUB, Melhim Namem. **Propriedade imobiliária**: função social e outros aspectos. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 11-12.

2. A MATRÍCULA IMOBILIÁRIA

Para o Direito Registral, a matrícula é o centro de toda a atividade cartorária, merecedora da atenção e da preocupação com sua higidez formal e material, porque é o instrumento técnico-legislativo utilizado para atingir as finalidades do registro imobiliário, tais como a autenticidade, a segurança, a eficácia e a publicidade. É ela que enseja o nascimento jurídico do imóvel, caracterizando-o de tal forma que seja ele inconfundível com outro congênere. É uma, porquanto a cada bem de raiz corresponde uma só matrícula.

Na medida em que nosso território estiver perfeitamente delineado, matriculado e cadastrado, as informações ambientais relativas a cada imóvel poderão ser publicizadas através das inscrições no registro imobiliário respectivo, sendo, portanto, de grande utilidade para os nossos ecossistemas.

As serventias de Registro de Imóveis não se comportam apenas como órgãos de informação territorial permanente, pois há muito tempo se converteram em agentes tributários responsáveis pelo recolhimento de impostos e prestação de informações ao Fisco.

Outrossim, de longa data exercem um poder de fiscalização para o cumprimento das posturas urbanísticas e o georreferenciamento dos imóveis rurais, sendo que futuramente deverão se converter em *ofícios públicos ambientais*, potencializando e descentralizando a prestação de informações à sociedade que contribuam para a preservação do nosso meio ambiente.

ARIAS, comentando o assunto na experiência espanhola dos registros e sua função fiscalizadora da legislação imobiliária, aduz:

A oportunidade de transladar essa eficaz experiência para o âmbito da legislação ambiental deve ser ineludivelmente aproveitada. Os registros da propriedade não colaboram somente na função de ‘polícia territorial’, no âmbito estrito da informação sobre medidas punitivas impostas por não cumprimento de deveres legais de conservação ambiental, ou de garantia pela imposição de sanções econômicas ou do estabelecimento e indenizações: a colaboração deve, e pode, abarcar todo o amplo leque de atuações que impliquem a *restauração* do equilíbrio ecológico alterado, conceito este que veremos ser muito mais amplo do que exclusivamente punitivas.²¹

Pensando desta maneira, é importante verificar as diversas hipóteses previstas na legislação e na praxis jurídica que recomendam uma atuação diferenciada dos registros públicos imobiliários.

3. ASPECTOS GERAIS DA TUTELA AMBIENTAL NO REGISTRO IMOBILIÁRIO

Como é por todos sabido, as disposições legais imobiliárias têm por objeto o território, no que se irmanam às normas ambientais. A terra, o ar e a água estão contidos, de uma forma ou outra, dentro de um espaço delimitado ou delimitável, que é compreendido em uma circunscrição

²¹ ARIAS, Luis Alfredo Suárez. Garantia das sanções no meio ambiente. Em: DIP, Ricardo Henry Marques; JACOMINO, Sérgio (orgs). **Registro imobiliário: temas atuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. – (Coleção doutrinas essenciais: direito registral; v. 2), p. 614.

imobiliária do registro público. Assim, com o espaço devidamente identificado e titulado, é possível que as autoridades e a coletividade tenham plena ciência de onde, como e quando algo está acontecendo em relação ao meio ambiente, bastando uma consulta ao Registro de Imóveis para conhecer o titular da área ou o autor do dano que, na maioria das vezes, são os mesmos – pessoa física ou jurídica.

A publicidade registral das posturas urbanísticas e agrárias de índole ambiental já acontece há bastante tempo, proporcionando um controle de legalidade exercido pelo oficial do registro muito efetivo.

Quanto mais cedo for feito o registro dos fatos e atos jurídicos, melhor para todos e, em especial, para o meio ambiente. Com certeza, a publicidade no início dos procedimentos administrativos é uma das medidas cautelares mais efetivas que se pode adotar, pois proporciona uma prevenção geral, pública e notória a respeito do que está acontecendo em determinada porção territorial. Pode ser a existência de um procedimento demarcatório, a criação de uma unidade conservacionista ou a imposição de medidas de restauração ambiental.

Não há espaço para a timidez na tomada de decisão em favor do registro:

Não esqueçamos de que a função preventiva, aquela que impede a realização de um prejuízo ecológico, deve ter primazia sobre essa função de restauração, ou saneadora, do dano já realizado; mas ressaltamos a eficácia dissuasória que a publicidade-informação tem sobre futuro descumprimento: ao contaminante já conhecido será mais difícil voltar a lesar o meio ambiente; terá dificuldades para o seu acesso ao crédito e para obter um bom valor para seu imóvel; sofrerá descrédito social. Finalmente, a possibilidade de que os descumprimentos de obrigações ecológicas sejam conhecidos pela sociedade, com caráter permanente e acessível, fará diminuir a sua ocorrência e quantidade em um prazo relativamente curto.²²

De toda sorte, a inscrição na matrícula é sempre um elemento a mais de garantia do cumprimento da obrigação firmada no expediente administrativo, que pode resultar na imposição de medidas mitigadoras ou reparadoras de impacto ambiental, ou outras quaisquer, além de, se for o caso, a constatação da inexistência do dano ou do ilícito. Tanto o início de qualquer procedimento formal, quanto o seu resultado, devem ser estampados na matrícula do imóvel, porquanto a publicidade deve ser completa e exaustiva.

4. ESPAÇOS AMBIENTALMENTE PROTEGIDOS: AS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO

Os países e as suas necessidades ambientais, sociais e econômicas, determinaram a criação de diferentes ideias e modelos de manejo ecológico a fim de atender as políticas e os objetivos de conservação da natureza. E, dessa maneira, progrediu o conceito de sistemas de unidades de manejo ou de conservação, significando o conjunto sistematizado de áreas naturais protegidas em formato de unidades, com diferentes características, mas formando um todo capaz de concretizar as políticas de conservação do meio ambiente.²³

²² ARIAS, Luis Alfredo Suárez. Garantia das sanções no meio ambiente. Em: DIP, Ricardo Henry Marques; JACOMINO, Sérgio (orgs). **Registro imobiliário: temas atuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. – (Coleção doutrinas essenciais: direito registral; v. 2), p. 614.

²³ O relato da história dos parques e das unidades de conservação pode ser colhido, com profundidade, em artigo de MILANO,

No Brasil, o inciso III do parágrafo 1º do artigo 225 da Constituição estabeleceu que, para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente sadio, incumbe ao Poder Público definir nas unidades da Federação espaços territoriais e seus componentes para serem protegidos, vedando a alteração, a supressão e a utilização que comprometa a integridade dos seus atributos.

A Lei 9.985/2000 criou o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza²⁴, dispondo sobre uma rede diversificada de áreas protegidas para cumprimento do artigo 225 da Constituição: proporcionar a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

As UC's podem ser definidas como áreas públicas ou privadas, com atributos ambientais especiais, que recomendem a sua sujeição a um regime jurídico de interesse público, implicando em relativa imodificabilidade, bem assim a sua utilização sustentável, objetivando “a preservação e proteção da integridade de amostras de todas as diversidades de ecossistemas, a proteção ao processo evolutivo das espécies, a preservação e proteção dos recursos naturais”.²⁵

A Lei definiu as áreas e suas possibilidades em dois grandes grupos: as *Unidades de Proteção Integral* e as *Unidades de Uso Sustentável*. O que as diferencia são os objetivos, tanto que as Unidades de Proteção Integral admitem “apenas o uso indireto dos seus recursos naturais, com exceção dos casos previstos nesta Lei” e as Unidades de Uso Sustentável podem “compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais”, consoante artigo 7º da Lei 9.985/2000.

A criação das Unidades de Conservação se dá por *ato* do Poder Executivo, embora o ideal seria que ocorresse por Lei, especialmente, quando envolvem a desapropriação de terras privadas, bem assim, a imposição de limitações ao direito de propriedade²⁶. Todas as limitações, restrições e imposições em prol do meio ambiente importam no achatamento do direito de propriedade e, da mesma forma, no decréscimo patrimonial e econômico das áreas e das populações envolvidas.²⁷

Outrossim, o processo legislativo contempla e pressupõe um consenso parlamentar com a comunidade atingida e, a partir desse consenso, a criação da unidade passa a ter legitimidade e aderência social²⁸, facilitando a sua implantação e determinando o seu sucesso conservacionista pelos tempos.

Miguel Serediuk. Unidades de Conservação – Técnica, Lei e Ética para a conservação da biodiversidade. In: BENJAMIN, Antônio Hermann (coord.). **Direito ambiental das áreas protegidas: o regime jurídico das unidades de conservação**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 3-41.

²⁴ A Lei foi regulamentada pelo Decreto 4.340/2002.

²⁵ SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 160-161.

²⁶ “As zonas de amortecimento e os corredores ecológicos, em geral, não fazem parte do domínio público, garantindo-se o direito de propriedade, observada sua função social. Estão desobrigados da zona de amortecimento a Área de Proteção Ambiental e a Reserva Particular do Patrimônio Natural.” DIAS, Edna Cardozo. **Direito ambiental no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 134.

²⁷ O Código Florestal Catarinense exige Lei para criação de Unidade de Conservação, bem assim de orçamento próprio e suficiente para instalação efetiva da unidade em seu artigo 140. Lei 14.675, de 13 de abril de 2009. Fonte: < http://www.pmf.sc.gov.br/arquivos/arquivos/pdf/20_12_2013_14.30.40.b479cb7a256a963c9e0bbf87bd860d38.pdf > Acesso em 02 de nov. 2020.

²⁸ A esse respeito, vide: MILANO, Miguel Serediuk. Unidades de Conservação – Técnica, Lei e Ética para a Conservação da Biodiversidade. Em: **Direito ambiental das áreas protegidas: o regime jurídico das unidades de conservação**. BENJAMIN, Antonio Herman (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 25-27.

Esse mesmo consenso legislativo e comunitário saberá impor as condições necessárias à boa convivência entre a conservação da natureza e as comunidades atingidas pela unidade conservacionista, sendo muito importante a educação ecológica nas escolas locais.

Consoante lição de Derani:

A Lei n. 9.985/2000 não cria unidades de conservação. Ela estabelece medidas para sua criação. Cria quadros de ação. Assim, por este instituto normativo, é imposto o modo de criação, a competência para a instituição, assim como o conteúdo de cada unidade instituída. Apresenta a devida medida para a ação do Poder Público, unificando e ordenando – sistematizando – o procedimento de criação das unidades de conservação (UCs), as denominações de cada UC, bem como as características que devem conter cada espécie de UC. As normas que venham a criar específicas unidades de conservação deverão se submeter aos preceitos da Lei n. 9.985/2000. Esta lei é uma lei superior, ordenadora dos atos do Poder Público de criação de unidades de conservação. Para ser válida, a norma criadora de UC deve estar fundada nos preceitos da Lei n. 9.985/2000 que regulam os tipos de espaços especialmente protegidos a serem criados.²⁹

A demarcação das áreas protegidas é feita com base no poder de polícia da Administração Pública, como também a delimitação legal do exercício de direitos individuais, em benefício da coletividade.³⁰

5. UNIDADES DE PROTEÇÃO INTEGRAL

O artigo 8º da Lei enumera as Unidades de Proteção Integral: I - Estação Ecológica; II - Reserva Biológica; III - Parque Nacional; IV - Monumento Natural; V - Refúgio de Vida Silvestre.

A *Estação Ecológica* é uma área que objetiva representar algum dos ecossistemas do Brasil, destinando-se à pesquisa, estudos de ecologia e proteção do ambiente natural. A posse e o domínio serão públicos e as áreas particulares deverão ser desapropriadas para cumprimento dos seus objetivos³¹. Fica proibido o uso direto da natureza, admitindo-se somente aquele que “não envolve consumo, coleta, dano ou destruição dos recursos naturais” consoante artigo 2º, inciso IX, da Lei.

A *Reserva Biológica* está prevista no artigo 10 da Lei 9.985/2000, objetivando a preservação integral da biota e demais atributos existentes em seus limites, sem interferência humana direta, excetuando-se as medidas de recuperação de seus ecossistemas e as ações de manejo necessárias para o equilíbrio natural, a diversidade biológica e os processos ecológicos. A reserva biológica é de domínio público e as áreas particulares deverão ser desapropriadas.

O *Parque Nacional* é a modalidade mais antiga e conhecida de unidade conservacionista no Brasil, porquanto o primeiro foi o de Itatiaia em 1937. Segundo o artigo 11 da Lei 9.985/2000, objetiva a preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica.

²⁹ DERANI, Cristiane. A estrutura do Sistema Nacional de Unidades de Conservação – Lei n. 9.985/2000. In: BENJAMIN, Antônio Hermann (coord.). **Direito ambiental das áreas protegidas: o regime jurídico das unidades de conservação**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 236.

³⁰ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. p. 646-647.

³¹ Artigo 9º: “§ 1º A Estação Ecológica é de posse e domínio públicos, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites serão desapropriadas, de acordo com o que dispõe a lei”.

Admite a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação ambiental e de recreação com a natureza, além do turismo ecológico. Pressupõe a desapropriação de áreas particulares, com transferência da propriedade ao domínio público.

Um pouco diferentes são os *Monumentos Naturais*. Pela dicção do artigo 12 da Lei 9.985/2000, tem “por objetivo básico preservar sítios naturais raros, singulares ou de grande beleza cênica”, podendo ser “constituído por áreas particulares, desde que seja possível compatibilizar os objetivos da unidade com a utilização da terra e dos recursos naturais do local pelos proprietários”. Se houver incompatibilidade entre os objetivos da área e as atividades privadas ou não havendo aquiescência do proprietário às condições propostas pela administração, a área deve ser desapropriada.

O *Refúgio da Vida Silvestre*, previsto no artigo 13, visa a proteção de ambientes naturais para a existência de espécies ou comunidades da flora local e da fauna residente ou migratória. Ele pode ser constituído por áreas particulares, desde que seja compatível com os objetivos da unidade. Na hipótese de haver incompatibilidades ou a não concordância do proprietário às condições propostas pela administração, a área deve ser desapropriada. A visitação pública está sujeita às normas e restrições estabelecidas no Plano de Manejo.

Observa-se que, apesar de serem unidades de proteção integral, duas modalidades admitem terras particulares em seus domínios: o Monumento Natural e o Refúgio da Vida Silvestre.

Assim, surgem duas situações bem distintas: a primeira, que as terras particulares, pela via desapropriatória, deverão ser transferidas ao domínio público; a segunda, bem mais complexa é a averbação das possíveis restrições ao direito de propriedade nos terrenos que continuarão a ser particulares e como isso se fará, ou seja, deverão ser previstas em Lei ou poderia o *ato do Poder Executivo* especificá-las?

6. UNIDADES DE USO SUSTENTÁVEL

As *unidades de uso sustentável* são aquelas que pretendem compatibilizar o meio ambiente e o uso racional dos seus recursos naturais pelo homem, convivendo, na maioria dos casos, áreas públicas e privadas. Estão relacionadas no artigo 14: I - Área de Proteção Ambiental; II - Área de Relevante Interesse Ecológico; III - Floresta Nacional; IV - Reserva Extrativista; V - Reserva de Fauna; VI - Reserva de Desenvolvimento Sustentável; e VII - Reserva Particular do Patrimônio Natural.

Teremos aqui, sem dúvida, inúmeros problemas decorrentes da complexidade inerente a este tipo de Unidade de Conservação, porquanto não é fácil compatibilizar preservação com desenvolvimento social e econômico.

A *Área de Proteção Ambiental - APA*, nos termos do artigo 15 da Lei 9.985/2000, consiste em uma porção geográfica em geral extensa, com certo grau de ocupação humana, dotada de atributos abióticos, bióticos, estéticos ou culturais especialmente importantes para a qualidade de vida e o bem-estar das populações humanas. Sem dúvida, respeitados os limites constitucionais, podem ser estabelecidas normas e restrições para a utilização das propriedades privadas.

A APA disporá de um Conselho, “presidido pelo órgão responsável por sua administração e constituído por representantes dos órgãos públicos, de organizações da sociedade civil e da população residente”:

As APAs, na prática e de acordo com seu conceito legal, não passam de um ordenamento territorial, que sempre é desejável. Sua maior importância, no entanto, é que se trata de uma categoria adequada para se constituir os corredores ecológicos, podendo garantir a conectividade entre as unidades de conservação de uso indireto, e, mesmo naquelas de uso direto, cujas terras pertençam ou devam pertencer ao Poder Público e que, cada vez mais, devido às alterações antrópicas, ficam isoladas em verdadeiras ilhas, diminuindo, assim, a possibilidade de se preservar a biodiversidade a longo prazo, ou de se preservar animais, que necessitam de grandes movimentações ou que ocupam grandes áreas territoriais.

A sua efetividade depende da conscientização e da vontade dos legítimos proprietários de suas terras de aceitarem restrições de uso, além daquelas previstas na legislação orgânica em vigor, que vale para todos os brasileiros.³²

A Lei não fala em desapropriação e, portanto, para existência da unidade deverão, necessariamente, ser impostas restrições ao direito de propriedade dos particulares envolvidos, tanto que a Lei já prevê que “podem ser estabelecidas normas e restrições para a utilização de uma propriedade privada”.

Evidentemente, seria ideal que a criação e o estabelecimento de restrições ao direito de propriedade viessem pela via legislativa. Claro está, ainda, que tais restrições deverão ter sua *publicidade plena* através da inscrição no registro imobiliário, tanto para fins de *segurança jurídica* no tráfego imobiliário, quanto para a *efetividade* das medidas ambientais que serão estabelecidas no ato de criação da unidade ou mesmo posteriormente no Plano de Manejo.

O artigo 16 da Lei 9.985/2000 prevê a *Área de Relevante Interesse Ecológico*, sendo de pequena extensão territorial, com pouca ou nenhuma ocupação humana, com características naturais extraordinárias ou que abriga exemplares raros da biota regional. Objetiva a manutenção dos ecossistemas de importância regional ou local, regulando o uso possível dessas áreas, de modo a compatibilizá-lo com os objetivos de conservação da natureza.

Podem ser constituídas de terras públicas ou privadas e, “respeitados os limites constitucionais, podem ser estabelecidas normas e restrições para a utilização de uma propriedade privada localizada” no seu interior.

A *Floresta Nacional* é definida pela Lei 9.985/2000 como “uma área com cobertura florestal de espécies predominantemente nativas e tem como objetivo básico o uso múltiplo sustentável dos recursos florestais e a pesquisa científica, com ênfase em métodos para exploração sustentável de florestas nativas”, consoante artigo 17.

Pressupõe a posse e domínio públicos, o que afasta a possibilidade de convivência entre terrenos públicos e particulares, não trazendo, portanto, maiores problemas para o registro imobiliário que se fará com a conclusão do procedimento expropriatório.

³² PÁDUA, Maria Tereza Jorge. Área de Proteção Ambiental. In: BENJAMIN, Antonio Herman (coord.) **Direito ambiental das áreas protegidas: o regime jurídico das unidades de conservação**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 427.

A *Reserva Extrativista* é uma área utilizada por populações cujo modo de vida baseia-se no extrativismo e, complementarmente, na agricultura de subsistência e na criação de animais de pequeno porte. Pretende-se com ela proteger os meios de vida e a cultura desses povos, assegurando o uso sustentável dos recursos naturais, nos termos do artigo 18.

Por ser de domínio público, “com uso concedido às populações extrativistas tradicionais conforme o disposto no art. 23 desta Lei e em regulamentação específica”, as áreas particulares incluídas em seus limites devem ser desapropriadas. Portanto, também não trazem maiores celeumas ao RI.

A *Reserva da Fauna* é uma área com animais de espécies nativas, terrestres ou aquáticas, residentes ou migratórias, adequadas para desenvolvimento de estudos técnico-científicos sobre o manejo econômico sustentável de recursos faunísticos. É de domínio público, com a desapropriação das terras privadas, consoante artigo 19 da Lei. Assim, também não trazem ao registro imobiliário maiores complexidades, bastando o término da desapropriação para a regularização das áreas em nome do ente político criador da unidade.

A *Reserva de Desenvolvimento Sustentável* é uma porção territorial que abriga populações tradicionais, baseadas em sistemas sustentáveis de exploração da natureza, desenvolvidos ao longo de suas gerações, estando adaptados às condições ecológicas do local. Além disso, desempenham um papel fundamental na proteção da natureza e na manutenção da diversidade biológica – art. 20 da Lei 9.985/2000. As terras públicas e privadas podem conviver e, se necessário, haverá desapropriação.

Como já referido anteriormente, a desapropriação administrativa é relativamente simples e, para o Registro de Imóveis não comporta quaisquer celeumas. O dilema surge com as propriedades privadas que, certamente, sofrerão diversas limitações ao direito de propriedade.

Neste caso, o Conselho Deliberativo deverá aprovar um Plano de Manejo, que definirá as zonas de proteção ambiental, de uso sustentável e de amortecimento³³ e corredores ecológicos³⁴, pontos que interessam sobremaneira ao registro imobiliário, porquanto estabelecerão restrições importantes aos direitos reais de uso, posse e fruição:

Todas as unidades de conservação devem dispor de um plano de manejo, que é um documento técnico mediante o qual se estabelece seu zoneamento e as normas que devem presidir o uso e manejo dos recursos naturais, conforme dispõe o artigo 2º, inciso XVII, da Lei do Sistema Nacional de Unidades de

³³ Não estão obrigadas a instituir zonas de amortecimento a Área de Proteção Ambiental e a Reserva Particular do Patrimônio Natural: “É perfeitamente compreensível que as 10 unidades de conservação mencionadas não podem realizar plenamente seus objetivos, se não houver uma separação gradativa entre o meio ambiente antropicamente trabalhado e o meio ambiente natural. A expressão ‘zona de amortecimento’ é um espaço destinado a diminuir ou enfraquecer os efeitos das atividades existentes na área circundante de uma unidade de conservação”. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Áreas protegidas: a Lei n. 9.985/2000*. In: **Direito ambiental das áreas protegidas: o regime jurídico das unidades de conservação**. BENJAMIN, Antonio Herman (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 258.

³⁴ “Corredores ecológicos são porções de ecossistemas naturais ou seminaturais, ligando unidades de conservação, que possibilitam entre elas o fluxo de genes e o movimento de biota, facilitando a dispersão de espécies e a recolonização de áreas degradadas, bem como a manutenção de populações que demandam, para sua sobrevivência, áreas com extensão maior do que aquela das unidades individuais”. DIAS, Edna Cardozo. **Direito ambiental no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 134.

Conservação. Na prática, é sua lei interna. O plano de manejo deve abranger a área da UC, sua zona de amortecimento (ZA) e os corredores ecológicos.³⁵

O artigo 21 trata da *Reserva Particular do Patrimônio Natural*, que consiste em uma “área privada, gravada com perpetuidade, com o objetivo de conservar a diversidade biológica”. O gravame deverá constar de “termo de compromisso assinado perante o órgão ambiental”, que verificará a existência de interesse público, sendo averbado à margem da inscrição no RI.

A Lei é bastante clara e determina que o termo de compromisso firmado entre o Poder Público e o proprietário seja averbado na matrícula. Portanto, a questão está bem resolvida com a *interação* entre a UC e o RI.

Por fim, a Lei criou a *Reserva da Biosfera* no artigo 41. Trata-se de um modelo de gestão integrada, participativa e sustentável dos recursos naturais. Tem por escopo a preservação da diversidade biológica, o desenvolvimento de atividades de pesquisa, o monitoramento ambiental, a educação ambiental, o desenvolvimento sustentável e a melhoria da qualidade de vida das populações. Poderá incluir áreas públicas ou privadas, daí surgindo o interesse para o registro imobiliário, como em outras UC's onde tal circunstância floresce.

Do exposto, ressalta-se que quando as áreas particulares devem ser desapropriadas, transferindo-se o domínio para o ente político que promover a criação da UC, a hipótese é simples: todas as propriedades que estiverem dentro dos limites da unidade serão transferidas para a titularidade da União, Estado ou Município mediante procedimento administrativo, não ensejando maiores problemas ao RI.

Mais uma vez, surgem duas situações bem distintas: a primeira, que as terras particulares deverão ser transferidas ao domínio público; a segunda e mais complexa, é a averbação das restrições ao direito de propriedade nos terrenos privados e como isso se fará, ou seja, deverão ser previstas em Lei ou poderia o *ato do Poder Executivo* especificá-las?

As UC's que podem conter terras particulares são as seguintes: I – *de proteção integral* o Monumento Natural e o Refúgio da Vida Silvestre; II – *de uso sustentável* a Área de Proteção Ambiental, a Área de Relevante Interesse Ecológico, a Reserva de Desenvolvimento Sustentável e a Reserva da Biosfera.

Observa-se, entretanto, que em nenhum desses casos o Registro de Imóveis é mencionado na Lei como instrumento de efetividade para a criação ou implantação dessas unidades: *não há qualquer tipo de interação prevista*.

Essa ausência é sentida, principalmente, no que tange à inscrição das limitações ao direito de propriedade (zoneamento), à informação ambiental e à segurança jurídica.

A resposta a estas inquietações está no bom senso: se a UC pode ser criada por Decreto do Poder Público federal, estadual ou municipal, podem vir pelo mesmo ato restrições ao direito de propriedade (*quem pode o mais, pode o menos*), cabendo ao ente político que criou a unidade comunicar as limitações ao registro imobiliário respectivo. Devemos lembrar que esse zoneamento é obrigatório para a regulamentação das atividades econômicas nas áreas protegidas.

³⁵ DIAS, Edna Cardozo. *Direito ambiental no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 133-134.

7. ZONAS DE AMORTECIMENTO, CORREDOR ECOLÓGICO E PLANO DE MANEJO

As Unidades de Conservação necessitam de salvaguardas para sua existência e preservação, criando-se um verdadeiro cinturão territorial nas periferias delas, poupando-as das intervenções antrópicas diretas, salvo aquelas expressamente permitidas.

A gênese de uma UC importa na criação de uma *Zona de Amortecimento*³⁶: é o entorno da unidade, onde as atividades humanas estão sujeitas a uma normatização específica, buscando minimizar impactos negativos.

Havendo apenas restrições compatíveis com o direito de propriedade, não cabe indenização:

Daí por que, por se tratar de propriedade privada, não cabe, como regra geral, indenização, posto que o imóvel afetado não vê sua dominialidade alterada e continua a aceitar usos econômicos, apenas sofrendo certas restrições e uma regulamentação da atividade, e, por óbvio, de forma não tão restritiva como ocorre no interior das unidades de conservação. Contudo, as limitações não podem inviabilizar o direito de propriedade e seu exercício, sob pena de acarretar apossamento administrativo, com o consequente dever de indenizar por parte do Poder Público.³⁷

A administração da unidade estabelecerá regras específicas regulamentando a ocupação e o uso dos recursos naturais da Zona de Amortecimento e, conseqüentemente, *deverá* comunicar ao registro imobiliário as restrições para que possam ser averbadas nas matrículas das propriedades particulares atingidas, dando transparência à informação ambiental.

De seu turno, os Corredores Ecológicos consistem em porções de ecossistemas naturais ou seminaturais que ligam as unidades de conservação e possibilitam entre elas o fluxo de genes e o movimento da biota. Com isso, facilitam a dispersão de espécies e a recolonização de áreas degradadas, além da manutenção das populações animais que necessitam de áreas com maior extensão.

Como visto, as UC's podem ser criadas por Decreto. Se este já contiver as restrições e regulamentações, *deverá* ser comunicado ao Registro de Imóveis todas as terras particulares abarcadas pela unidade e sua zona de amortecimento. Se tais condicionantes forem impostas pela administração da unidade no *Plano de Manejo*³⁸, da mesma forma *deverá* haver a *interação* com o registro imobiliário.

Uma vez editado o plano, a direção da unidade *deverá* fazer a comunicação formal dele ao registro imobiliário, a fim de que se alcance uma *segurança jurídica ambiental* para todos. Por outro lado, a *publicidade* gerada pela averbação é de indiscutível utilidade para a sobrevivência da unidade, bem assim seu respeito e cuidado pela sociedade local.

³⁶ Está prevista no art. 25 da Lei. A respeito do tema: VIO, Antonia Pereira de Avila. Zona de Amortecimento e Corredores Ecológicos. Em: **Direito ambiental das áreas protegidas: o regime jurídico das unidades de conservação**. BENJAMIN, Antonio Herman (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 348-360.

³⁷ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 934.

³⁸ O plano de manejo é a norma jurídica destinada a ordenar e disciplinar expressamente e claramente as condutas permitidas e as proibidas em cada uma das espécies de unidades de conservação. Nele são fixadas as possibilidades de uso e ocupação da própria unidade e de sua zona de amortecimento, incentivando, controlando, limitando e proibindo certas atividades.

É um ato de verdadeira gestão administrativa e, no artigo 246 da Lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos), encontra a possibilidade de assento: “Além dos casos expressamente indicados no item II do artigo 167, serão averbados na matrícula as subrogações e outras ocorrências que, por qualquer modo, alterem o registro”.

A Lei de Registros Públicos também prevê, em seu artigo 217, que o “registro e a averbação poderão ser provocados por qualquer pessoa, incumbindo-lhe as despesas respectivas”.

Desta forma, um particular, uma associação, uma organização não governamental, o Ministério Público ou qualquer interessado podem provocar a averbação das informações ambientais nas matrículas dos imóveis, diante de uma possível omissão da administração da unidade conservacionista.

A Lei 11.132/2005 incluiu na Lei 9.985/2000 o artigo 22-A, que possibilita ao Poder Público, respeitadas as atividades econômicas em andamento e as obras públicas licenciadas, decretar *limitações administrativas provisórias* ao exercício de atividades efetiva ou potencialmente degradadoras. Com isso, viabilizará a realização de estudos para a criação de Unidade de Conservação, quando houver risco de dano grave aos recursos naturais.

Apesar de serem temporárias (até 7 meses), as limitações administrativas impedem atividades que importem em exploração a corte raso da floresta e demais formas de vegetação nativa, bem como quaisquer usos que possam causar risco de dano aos recursos naturais, importando, no mais das vezes, na interrupção de atividades econômicas.

A limitação administrativa provisória, a exemplo do que ocorre com as indisponibilidades de bens, deve ingressar no Registro de Imóveis, porque interessa ao mundo jurídico. O proprietário e terceiros de boa-fé devem ter conhecimento de que se estão promovendo estudos para a transformação de determinada área em unidade de conservação e somente o Registro de Imóveis pode outorgar essa publicidade de forma satisfatória, porque a ele, e somente a ele, cabe a inscrição de direitos reais de bens imóveis.³⁹

Com efeito, a publicidade outorgada pelo registro é sempre mais efetiva, acessível e eficaz para todos os envolvidos nas relações ambientais e negociais, lembrando que o Registro de Imóveis está sempre próximo ao cidadão e próximo às áreas afetadas pelas Unidades de Conservação, proporcionando segurança jurídica e informação ambiental em tempo hábil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Registro de Imóveis é considerado como o repositório de todas as informações significativas sobre determinada propriedade, gerando segurança e confiabilidade ao sistema. Graças à acessibilidade irrestrita aos dados matriculados, uma pessoa pode requerer, sem prestar qualquer justificativa, informações que estejam no Registro de Imóveis a respeito da situação de um bem lá inscrito.

Destarte, pelo menos em tese, uma vez expedida a certidão imobiliária, ter-se-ia toda a

³⁹ MELO, Marcelo Augusto Santana. O meio ambiente e o registro de imóveis. In: JACOMINO, Sérgio; MELO, Marcelo Augusto Santana de; CRIADO, Francisco de Asís Palácios (Orgs.). **Registro de imóveis e meio ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 78.

informação relevante do imóvel, particularmente, a ciência a respeito de quaisquer dados ambientais que pairam sobre a propriedade.

Infelizmente, a Lei 9.985/2000 não se inter-relaciona com o Registro de Imóveis e, assim, não o utiliza como ferramenta para *publicidade real* de suas disposições, deixando de ordenar que a Unidade de Conservação seja inscrita na matrícula das propriedades alcançadas, perdendo efetividade social e jurídica.

Assim, se a unidade pode ser criada por Decreto do Poder Público federal, estadual ou municipal, devem vir pelo mesmo ato *todas* as informações ambientais e as restrições ao direito de propriedade (*quem pode o mais, pode o menos*), cabendo ao ente político que criou a unidade comunicar o registro imobiliário respectivo, operando-se a transparência.

De qualquer forma, quanto mais cedo for feita a inscrição dos fatos e atos jurídicos que envolvem a Unidade, melhor para todos e, em especial, para o meio ambiente. Com certeza, a publicidade no início do procedimento administrativo para a gênese de uma área de proteção é uma das medidas mais efetivas que se pode adotar, pois proporciona uma prevenção geral, pública e notória a respeito do que está acontecendo em determinada porção territorial.

A *publicidade ficta* decorrente da Lei ou do Ato Administrativo que criou a Unidade de Conservação não é suficiente. Necessita-se da *publicidade real*, que somente o Registro de Imóveis pode conferir aos espaços protegidos, averbando-se as medidas de proteção do meio ambiente para sua maior *eficácia*, bem assim para *segurança jurídica* do mercado imobiliário na região atingida pelo estabelecimento da unidade.

Por outro lado, somente a averbação nas respectivas matrículas fomentará o cuidado necessário por parte dos titulares, porquanto adere à coisa imóvel de tal forma a conferir *perenidade e certeza* às restrições ao direito de propriedade, que passará a se comportar diferentemente de tudo que havia até então.

Outrossim, tanto o Ministério Público, quanto uma associação ou um cidadão podem requerer diretamente ao Registro de Imóveis a inscrição das restrições ambientais nas matrículas das propriedades inseridas nas Unidades de Conservação, privilegiando com isso a informação ambiental, a segurança jurídica e a publicidade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ARIAS, Luis Alfredo Suárez. O registro da propriedade como meio de garantia das sanções no meio ambiente. Em: DIP, Ricardo Henry Marques; JACOMINO, Sérgio (orgs). **Registro imobiliário: temas atuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. – (Coleção doutrinas essenciais: direito registral; v. 2), p. 613- 619.

BITTERLICH, Pedro Fernández. **Manual de Derecho Ambiental Chileno**. 2. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e dos registradores comentada**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São

Paulo: Saraiva, 2000.

CHALHUB, Melhim Namem. **Propriedade imobiliária**: função social e outros aspectos. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DERANI, Cristiane. A estrutura do Sistema Nacional de Unidades de Conservação – Lei n. 9.985/2000. Em: BENJAMIN, Antônio Hermann (coord.). **Direito ambiental das áreas protegidas**: o regime jurídico das unidades de conservação. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 232 - 247.

DIAS, Edna Cardozo. **Direito ambiental no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

HAWKEN, Paul. **The ecology of commerce**: a declaration of sustainability. New York: Harpen Business, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Áreas protegidas: a Lei n. 9.985/2000. Em: **Direito ambiental das áreas protegidas**: o regime jurídico das unidades de conservação. BENJAMIN, Antonio Herman (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 248-275.

MÁÑEZ, José Luiz Salazar. Meio ambiente e Registro de Imóveis, uma interação mútua: o direito ao acesso à informação ambiental e em apoio à sustentabilidade. Em: JACOMINO, Sérgio; MELO, Marcelo Augusto Santana de; CRIADO, Francisco de Assis Palacios (coord). **Registro de Imóveis e meio ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 163-189.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB-SC, 2000.

MELO, Marcelo Augusto Santana. O meio ambiente e o registro de imóveis. Em: JACOMINO, Sérgio; MELO, Marcelo Augusto Santana de; CRIADO, Francisco de Assis Palacios (Orgs.). **Registro de imóveis e meio ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 17-90.

MILANO, Miguel Serediuk. Unidades de Conservação – Técnica, Lei e Ética para a conservação da biodiversidade. Em: BENJAMIN, Antônio Hermann (coord.). **Direito ambiental das áreas protegidas**: o regime jurídico das unidades de conservação. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 3-41.

PÁDUA, Maria Tereza Jorge. Área de Proteção Ambiental. Em: BENJAMIN, Antonio Herman (coord.) **Direito ambiental das áreas protegidas**: o regime jurídico das unidades de conservação. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 425-433.

REAL FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del Derecho. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (Orgs.). **Direito**

ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade. Dados eletrônicos. Itajaí: UNIVALI, 2013.

SARMENTO, Eduardo Sócrates Castanheira. **A dúvida na nova lei de registros públicos:** doutrina, prática, jurisprudência, legislação. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

VIO, Antonia Pereira de Avila. Zona de Amortecimento e Corredores Ecológicos. Em: **Direito ambiental das áreas protegidas:** o regime jurídico das unidades de conservação. BENJAMIN, Antonio Herman (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 348-360.

WEINBERG, Philip; REILLY, Kevin A. **Understanding environmental law.** Danvers: LexisNexis, 2008.

WOLF, Susan; WHITE, Anna. **Principles of Environmental Law.** Second Edition. London: Cavendish Publishing Limited, 1997.

OBSERVATÓRIO DE POLÍTICAS CONSTITUCIONAIS DESCOLONIZADORAS PARA A AMÉRICA LATINA (OPCDAL): UMA REALIDADE DE APROXIMAÇÃO INTERINSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

Maria Aparecida Lucca Caovilla¹

Bruna Fabris²

Alex Junior Alves de Lima³

1. RESSIGNIFICAR A VIDA PARA O BEM COMUM DA HUMANIDADE

A busca por respostas para “outro desenvolvimento possível” exige uma luta universal pelo “bem comum da humanidade”, promovendo uma vida ecologicamente equilibrada, capaz de proporcionar a manutenção dos ecossistemas em favor das próximas gerações, aproximando os laços de sustentabilidade de um planeta que precisa ressignificar a vida em todas as suas formas.

Pensar em um novo paradigma social, capaz de romper com o modelo hegemônico elitista, capitalista, excludente e burocrático que se vivencia na atualidade, requer (re)analisar e refletir o Direito, não como uma ordem estagnada, mas como positividade em luta. Isso reafirma a importância de um pensamento descolonizado e insurgente no campo da teoria e prática do novo constitucionalismo latino-americano e dos processos Constituintes na América Latina.

Com a chegada dos europeus na América Latina, desde o final do século XV, diversos agrupamentos multiétnicos permanecem às margens da estrutura político-social. Isso tornou o continente latino-americano um exemplo emblemático de como a manutenção da matriz colonial consolidou um modelo de desenvolvimento tão desigual, pautado exclusivamente no progresso econômico e na sistemática supressão da pluralidade de saberes e valores de seus povos originários e na exploração desmedida de seus recursos naturais.

¹ Doutora em Direito (2015) na área de concentração Direito, Política e Sociedade e Mestre em Direito (2000) pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Docente do Curso de Graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Direito da Unochapecó; Coordenadora do projeto de pesquisa Observatório de Políticas Constitucionais Descolonizadoras para a América Latina (OPCDAL); Coordenadora do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Cidadania; Integrante do Projeto de Extensão Comunitária Jurídica (PECJur); Coordenadora de atividades acadêmicas do Doutorado Interinstitucional em Direito realizado na UFSC em convênio com a Unochapecó; Membro da Rede Internacional para o Constitucionalismo Democrático Latino Americano. Possui mais de 20 anos de experiência em gestão universitária na Unochapecó, destacando-se os cargos: Vice-Reitora de Ensino, Pesquisa e Extensão (2012-2015); Diretora da Área de Ciências Humanas e Jurídicas (2009-2011); Coordenadora do Curso de Graduação em Direito em 4 mandatos; Conselheira titular do Conselho Universitário (CONSUN) em 3 mandatos; Coordenadora do Movimento pela Criação da Defensoria Pública no Estado de Santa Catarina (2005-2012); Credenciada no Ministério da Educação (MEC) como Avaliadora de Curso de Graduação e de Instituições de Educação Superior (2006-2019).

² Mestranda e bolsista CAPES Integral em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó (Unochapecó). Linha de Pesquisa do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu: "Direito, Cidadania e Socioambientalismo".

³ Estudante de Design pela universidade comunitária da Região de Chapecó-SC Unochapecó, integrante do grupo de Pesquisa Direitos Humanos e cidadania, membro do Observatório de Políticas Constitucionais Descolonizadoras para a América Latina (OPCDAL), membro da Associação educativa EcoEfapi. Pesquisador da CLADCJUS (Rede de Pesquisa Constitucionalismo Latino-Americano, Direitos da Cidadania e Justiça Ambiental).

Conforme Tejeda⁴, a primeira expressão do constitucionalismo na América Latina foi implantada “de cima para baixo”, “entendida como a cultura que formava os Estados constitucionais deste continente, imediatamente após a conquista da independência”; expressão de um perfil jurídico-constitucional formalista, fundamentado na igualdade formal, na cidadania culturalmente homogênea, profundamente marcado pela alternância entre oligarquias caudilhistas e regimes totalitários centralizadores e pela ausência da participação popular.

Num segundo momento, a América Latina acolheu a teoria do neoconstitucionalismo, o qual também fora determinado pela influência do constitucionalismo contemporâneo europeu e americano, originado nas revoluções liberais, as quais marcaram a crise do Estado absoluto e a afirmação do Estado constitucional de direito.

A dependência das teorias constitucionais eurocêntricas, a falta de reflexão crítica sobre o ambiente social e cultural, e a mera recepção de normas e doutrinas em contextos de produção localizados no Norte global tornaram inautêntica a construção do constitucionalismo latino-americano, o qual se desenvolveu à sombra dos movimentos políticos europeus, copiado e imitado numa realidade, porém, que nunca refletiu os fatores sociais do continente.⁵

A América Latina permanece presa às amarras constitucionais europeias implantadas, as quais se constituem em espaços de manutenção das relações coloniais do poder, do ser e do saber, que, invisibilizando a diversidade étnico-cultural, submeteram os povos latino-americanos à subalternidade política e epistêmica.

Olhar para o Sul impõe o reconhecimento de um “giro”, ao constitucionalismo liberal-democrático, vislumbrando em um outro extremo, a sustentabilidade de diferentes tradições jurídicas⁶. Portanto, o desafio para a América Latina está em buscar um pensamento do Sul, a partir dos valores, das culturas e dos desejos de construção de uma sociedade livre, harmonizada com novas formas de conhecimento crítico e emancipador que respeitam a realidade humana latino-americana.

Estudos descoloniais, surgidos em relação à colonialidade do ser, do saber e do poder, radicalizam a crítica à modernidade eurocêntrica, possibilitando pensar a partir da periferia, dos lugares e dos povos oprimidos, abrindo-nos a possibilidade de epistemologias pluriversais e de um diálogo horizontal entre os saberes, de forma a concorrer para a reinvenção da emancipação social. Essa é uma de suas condições essenciais para um conhecimento/reconhecimento que eleva os marginalizados da condição de objeto, como foram historicamente tratados, à condição de sujeitos solidários.⁷

⁴ TEJEDA, Dairon Martínez. **América Latina, y su tradición constitucional**. 2014. Disponível em: <http://www.monografias.com/trabajos101/america-latina-y-su-tradicion-constitucional/america-latina-y-su-tradicion-constitucional.shtml>. Acesso em: 20 out. 2018.

⁵ CAOVIALLA, Maria Aparecida Lucca. **Descolonizar o direito na América Latina**: o modelo do pluralismo e a cultura do bem-viver. Chapecó: Argos, 2016.

⁶ CARDUCCI, Michele; AMAYA, Lúcia Patrícia Castillo. Nuevo Constitucionalismo de la biodiversidad vs. Neoconstitucionalismo del riesgo. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 73, n. 73, p. 255-283, ago. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2016v37n73p255/33566>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

⁷ SANTOS, Boaventura de Souza; MENESES, Maria Paula (Org.). **Epistemologias do sul**. Coimbra: Almedina, 2009.

A promulgação de duas Constituições, do Equador⁸ e da Bolívia⁹, revela elementos emancipatórios e estabelecem importantes rupturas epistemológicas em relação ao Estado, a democracia participativa e a efetivação dos direitos sociais, colocando a cultura do “Bem-Viver” como uma alternativa às sociedades historicamente subalternizadas. Isso estabelece outra relação com a natureza e com ser o humano, criando outras formas de convivência social e de condições de revelar a originalidade e a identidade do ‘ser’ latino-americano.

No decorrer das últimas décadas, novos contornos estão ganhando força, posições críticas diante do esgotamento de um modelo e de uma cultura tradicional imposta que não atende aos anseios de uma nova sociedade que está surgindo. A vontade política e a mobilização social das classes populares têm evidenciado um fenômeno importante, que resulta em virtuosas mudanças, especialmente nos campos político, educacional, social e jurídico.

Milhares de iniciativas populares estão brotando “desde baixo”, entre elas, as práticas do Bem-Viver, própria dos povos indígenas dos Andes, que nos apresenta elementos fundamentais para uma nova civilização, pois estabelece uma convivência comunitária intercultural e sem assimetrias de poder. Assim,

[...] vem dos povos originários uma proposta que poderá ser inspiradora de uma nova civilização focada no equilíbrio e na centralidade da vida. O ideal que propõem é o *bem-viver* (*sumak kausay* ou *suma qamaña*). O ‘*bem viver*’ não é o nosso ‘viver melhor’ ou ‘qualidade de vida’ que, para se realizar, muitos têm que viver pior e ter uma má qualidade de vida. O *bem viver* andino visa uma ética da suficiência para toda a comunidade e não apenas para o indivíduo. Pressupõe uma visão holística e integradora do ser humano inserido na grande comunidade terrenal que inclui, além do ser humano, o ar, a água, os solos, as montanhas, as árvores e os animais, o Sol, a Lua e as estrelas; é buscar um caminho do equilíbrio e estar em profunda comunhão com a *Pacha* (a energia universal) que se concentra na *Pachamama* (Terra), com as energias com universo e com Deus.¹⁰

O Bem-Viver, portanto, está inspirado em novos valores e diferentes posicionamentos, na busca de uma cultura para a vida, em atitude de respeito e reciprocidade com todo o universo, apontando para a construção de um outro mundo: “um mundo onde caibam todos os mundos”. Este outro mundo não é ilusão, é possível para quem o quer construir. Apesar de que este querer não pode ser individual, tem que ser coletivo. Construir uma outra sociedade, com todas as características do Bem-Viver, exige muita vontade, criatividade e principalmente novas ações.

O movimento social por justiça ambiental nasce como um sentimento da coletividade frente às desigualdades ambientais vivenciadas. Organiza-se enquanto uma rede de lutas populares que têm subsidiado a criação de outros movimentos internacionais, interdisciplinares e interculturais, impulsionando análises e reflexões geradas pela pobreza, pelos riscos ambientais e por justiça social. Para Acsegrad¹¹:

⁸ EQUADOR. **Constitución Política de La República del Ecuador**. 2008. Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/constudies.html>. Acesso em: 15 out. 2018.

⁹ BOLÍVIA. **Constitución política del Estado**. 2009. Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/bolivia09.html>. Acesso em: 11 out. 2017.

¹⁰ BOFF, Leonardo. **Constitucionalismo ecológico na América Latina**. 2013. Disponível em: <http://leonardoboff.wordpress.com>. Acesso em: 20 mar. 2018. p. 61-62.

¹¹ ACSELRAD, Henri. Justiça ambiental. In: SIDEKUN, Antonio; WOLKMER, Antonio Carlos; RADAELLI, Samuel Manica (Org.). **Enciclopédia Latino-Americana de Direitos Humanos**. Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2016. p. 500-507, p. 501.

Justiça Ambiental é a condição de existência social configurada através do tratamento justo e do envolvimento significativo de todas as pessoas, independentemente de sua raça, cor ou renda, no que diz respeito à elaboração, desenvolvimento, implementação e aplicação de políticas, leis e regulações ambientais.

A perspectiva da justiça ambiental é uma alternativa importantíssima para o enfrentamento dos modelos de desenvolvimento excludentes que historicamente vem sendo praticados, pois sabe-se que “[...] é sobre os mais pobres e grupos étnicos que recaem desproporcionalmente a maior parte dos riscos ambientais socialmente induzidos, seja por razões associadas à extração de recursos do ambiente ou de disposição de resíduos.”¹²

2. APROXIMAR PROFISSIONAIS, PESQUISAS E INSTITUIÇÕES POR MEIO DE UM OBSERVATÓRIO DE POLÍTICAS CONSTITUCIONAIS

A criação e a implantação de um Observatório de Políticas Constitucionais Descolonizadoras para a América Latina buscam fomentar pesquisas científicas, de caráter quantitativo e/ou qualitativo, numa perspectiva crítica e descolonial, tendo em vista as semelhanças existentes entre os diversos países da América Latina (sistema de governo, aspectos históricos e econômicos, democracias relativamente jovens), promovendo investigações, estudos, análises e organização de dados sobre grandes temas. Isso permite protagonizar reflexões sobre uma outra teoria constitucional e de contribuições teóricas e empíricas para (re)pensar o Direito, desde os povos da América Latina, e propor alternativas para (re)construí-lo sob uma perspectiva descolonial, intercultural e libertadora.

O Observatório de Políticas Constitucionais Descolonizadoras para a América Latina (OPCDAL) é um projeto de desenvolvimento inovador e pretende consolidar os pesquisadores, professores e estudantes vinculados ao Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Cidadania, da Unochapecó, por meio do fortalecimento e interlocuções de pesquisas científicas.

Propõe-se a verificar se é possível a construção de um projeto jurídico-político-comunitário descolonizador do ser, do saber e do poder, capaz de mudar paradigmas na realidade histórica latino-americana e promover o desenvolvimento para uma sociedade mais justa e democrática, numa perspectiva intercultural e plural, centralizando, organizando e promovendo investigações, estudos, análises de dados, sobre os temas de pesquisa. Isso visa unir esforços para práticas inovadoras na pesquisa científica, em que, a partir da contextualização de suas realidades locais, as ações atuem com contribuições efetivas para a solução de demandas.

O Observatório tem, ainda, a função de orientar o desenvolvimento das ações da “Rede de Pesquisa Constitucionalismo Latino-Americano, Direitos da Cidadania e Justiça Ambiental” aos objetivos específicos traçados e ao alcance dos resultados esperados, sempre vinculado ao objetivo geral.

A Rede de Pesquisa Constitucionalismo Latino-Americano, Direitos da Cidadania e Justiça Ambiental foi formada em setembro de 2018 e tem como atribuição coordenar os diversos

¹² ACSELRAD, Henri. Justiça ambiental. In: SIDEKUN, Antonio; WOLKMER, Antonio Carlos; RADAELLI, Samuel Manica (Org.). **Enciclopédia Latino-Americana de Direitos Humanos**. Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2016. p. 500-507, p. 503.

agentes participantes das 17 Instituições de Ensino e Pesquisa do Brasil e das universidades parceiras em âmbito internacional. Os planos de pesquisa da rede de pesquisadores propõem perpassar pelas alternativas geminadas a partir das epistemologias do Sul, da cultura do Bem-Viver, da democracia intercultural, do pluralismo jurídico comunitário-participativo.

As pesquisas em Direito estão ainda muito centradas nas descrições de institutos, sem a devida contextualização social. A subversão deste quadro passa pelo investimento em propostas pedagógicas como a de pesquisa-ação na qual a definição e execução participativa de projetos de pesquisa e ensino envolvam a comunidade e esta seja beneficiada dos resultados dos estudos¹³.

Necessitam-se de pesquisas que explorem a realidade latino-americana, como meio de informação da riqueza de seus sentidos, símbolos e saberes, e também de denúncia das injustiças e desigualdades sofridas no passado e no presente, por meio de técnicas e métodos que sejam permeáveis à pluralidade, às diversas narrativas, que passem pela lógica da alteridade e que contemplem o método etnográfico à vivência.

A metodologia utilizada consiste em realizar estudos bibliográficos e pesquisa de campo, de natureza quantitativa e qualitativa, em temáticas relacionadas aos direitos humanos, cidadania, desenvolvimento socioambiental, constitucionalismo, pluralismo jurídico, contexto latino-americano, ecologia, filosofia da libertação, Bem-Viver, democracia e sociologia jurídica.

Com as atividades até então realizadas, estão em andamento Termos de Cooperação com 11 instituições nacionais e seis internacionais, fortalecendo a articulação e o diálogo no campo acadêmico e científico, face à promoção de eventos que proporcionam o encontro de intelectuais que vêm propondo reflexões sobre uma outra forma de pensar o direito, enquanto agente transformador da sociedade.

Os resultados até aqui contemplam:

- a) Implementação da Rede de Pesquisa Constitucionalismo Latino-Americano, Direitos da Cidadania e Justiça Ambiental;
- b) Publicação de 1 livro: “A colonialidade e as contradições do desenvolvimento: desafios à efetivação dos Direitos Humanos na América Latina” (Editora Argos, 2019, ISBN: 9788578973155);
- c) Realização de 2 encontros internacionais: “IV Congresso Internacional Pluralismo Jurídico, Constitucionalismo, Buen Vivir, e Justiça Ambiental na América Latina” (2019) e “III Seminário Internacional: Constitucionalismo, Direitos Humanos, Cidadania e Justiça Ambiental na América Latina” (2019);
- d) Organização de uma coletânea com 4 E-books “Constitucionalismo Latino-Americano, Direitos da Cidadania e Justiça Ambiental” com os volumes “Direitos Humanos, Desenvolvimento e Internacionalização” (Editora Karywa, 2019, ISBN: 9788568730447), “Direitos Humanos, Democracia e Cidadania” (Editora Karywa, 2019. ISBN: 9788568730454), “Sustentabilidade, Socioambientalismo e Justiça Ambiental” (Editora Karywa, 2019. ISBN: 9788568730461) e “Constitucionalismo,

¹³ SANTOS, Boaventura de Souza. **A universidade no século XXI: para uma reforma democrática e emancipatória da universidade**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

Pluralismo Jurídico, Bem Viver e Educação” (Editora Karywa, 2019, ISBN: 9788568730478);

- e) Participação em eventos apresentando trabalhos;
- f) Criação de um *site* (em desenvolvimento), com Termo de Responsabilidade e encaminhamentos legais já realizados.

3. DESCORTINAR NOVOS PROCESSOS E POTENCIALIDADES CRIADORAS NA AMÉRICA LATINA ARTICULANDO O ENSINO, A PESQUISA E A EXTENSÃO

Assistimos o descortinar complexo de processos novos e de potencialidades criadoras, capazes de instaurar direções de uma proposta constitucionalista inovadora, com traços peculiares latino-americanos – trata-se do constitucionalismo latino-americano.

O constitucionalismo latino-americano busca a construção de uma identidade legitimamente latino-americana, saindo de um padrão normativo colonial imposto, herdado das constituições meramente normativas até então vigentes. Busca romper com o colonialismo constitucional, ou seja, com a tradição regional de importar cegamente o Direito a ser aplicado em *nuestra América*.

Há que se destacar que esse novo marco teórico não surge dos desdobramentos, dos pensamentos e das academias centrais europeias e norte-americanas, mas sim dos povos originários dos Andes, gestado pela originalidade e a criatividade do Sul. Enquanto isso, os saberes acadêmicos se dissolvem nos saberes populares e originários, possibilitando pensar o Direito em uma perspectiva comunitária, popular e antipositivista.

A constituição de uma Rede de Pesquisa e um Observatório propõe pesquisar e difundir conhecimento para o desenvolvimento científico aplicados para a solução de problemas políticos, sociais, jurídicos, econômicos, ambientais e educacionais em nível regional, nacional e internacional.

Os resultados esperados incluem artigos, livros, capítulos de livros, eventos, orientações e projetos de pesquisa com a finalidade de subsidiar a transferência de conhecimento para a elaboração de políticas públicas, contribuindo para atração, formação, retenção e consolidação de pesquisadores.

Estes resultados já estão evidenciados em razão da realização do III Congresso Internacional: Pluralismo Jurídico, Constitucionalismo Latino-Americano, Buen Vivir e os Direitos da Natureza e do I Encontro da Rede de Pesquisa Constitucionalismo Latino-Americano, Direitos da Cidadania e Justiça Ambiental, que marcou o início do trabalho dos pesquisadores. A realização desta edição foi aprovada e apoiada com recursos por intermédio do Edital de Chamada Pública FAPESC PROEVENTOS n. 07/2017 – Termo de Outorga PRO2018031000070.

Atualmente, a Rede de Pesquisa possui como palavras-chave os seguintes temas: Constitucionalismo Latino-Americano, Pluralismo Jurídico, Direito Constitucional, Ética da Liberdade, Direitos Fundamentais, Sociologia Jurídica, Processos Constituintes na América Latina, Interculturalidade, Socioambientalismo, Democracia, Cidadania, Direitos Humanos, Movimentos

Sociais, Bem-Viver, Justiça Ambiental, e está organizada nas linhas de pesquisa:

- a) Direitos humanos, democracia, cidadania e acesso à justiça;
- b) Sustentabilidade, socioambientalismo e justiça ambiental;
- c) Constitucionalismo, Bem-Viver e pluralismo jurídico na América Latina;
- d) Educação, interculturalidade e ecopedagogia.

O debate acadêmico é retroalimentado e possui fluxo contínuo de comunicação, em razão da realização dos eventos internacionais realizados, quais sejam:

- 1) IV Congresso Internacional Pluralismo Jurídico, Constitucionalismo, Buen Vivir, e Justiça Ambiental na América Latina”, de 2 a 4 de outubro de 2019;
- 2) III Seminário Internacional: Constitucionalismo, Direitos Humanos, Cidadania e Justiça Ambiental na América Latina, realizado em 10 a 13 de junho de 2019.

Tais eventos possibilitaram que diversos palestrantes internacionais e professores-pesquisadores parceiros de variadas instituições de ensino e pesquisa (do Brasil, Argentina, México e Espanha) participassem e colaborassem para aprofundar temas de relevância jurídica contemporânea para incentivar a integração, a interdisciplinaridade e o diálogo entre pesquisadores do Direito e da área das humanidades e do meio ambiente. Assim, reforçam-se as expectativas de rompimento com um ideário hegemônico eurocêntrico de pensar as ciências humanas e jurídicas, reafirmando a importância de um pensamento descolonizado e insurgente nos campos da teoria e da prática do direito, da cidadania e da justiça ambiental.

O Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Cidadania (GPDHC) implantou, no primeiro semestre de 2020, a realização de encontros semanais temáticos ministrados pelos professores-pesquisadores para formar novos pesquisadores de iniciação científica.

Esta etapa está parcialmente executada e há bons números de produções acadêmicas vinculadas nesta atividade de tornar o Observatório um projeto relevante nacional e internacionalmente, incluindo um livro e quatro coletâneas publicados, um artigo aprovado para publicação em revista Qualis A2 na área do Direito, realização de dois encontros internacionais e apresentação de trabalhos em eventos.

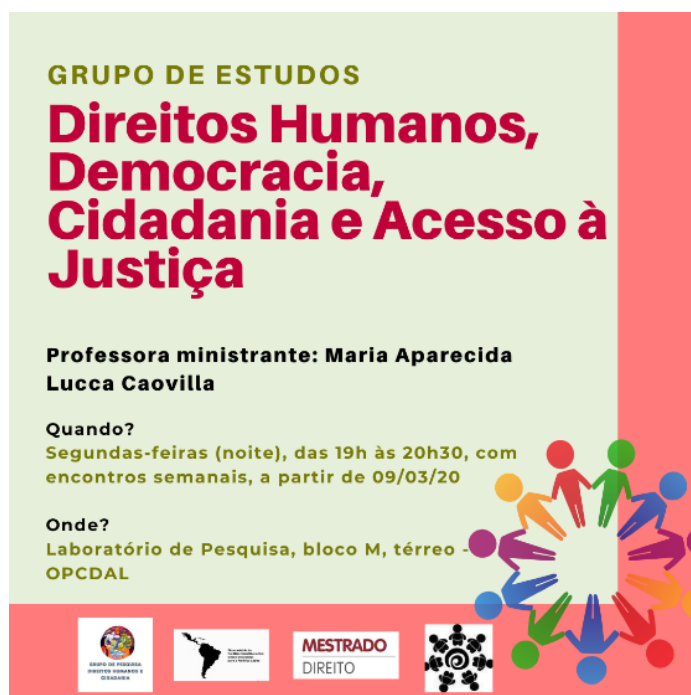
A seguir, estão dispostas as áreas de estudo delimitadas por cada grupo de estudo semanal e as respectivas informações institucionais.

Figura 1 – Grupo de estudos 01.



Fontes: Arquivos do GPDHC (UNOCHAPECÓ, 2020).

Figura 2 – Grupo de estudos 02.



Fontes: Arquivos do GPDHC (UNOCHAPECÓ, 2020).

Figura 3 – Grupo de estudos 03.



Fontes: Arquivos do GPDHC (UNOCHAPECÓ, 2020).

Verifica-se que as Instituições de Ensino e Pesquisa, fora do Estado de Santa Catarina, apresentam maior receptividade e interesse em realizar cooperações técnico-científica em investigações conjuntas e participar em eventos para troca de conhecimento para que programas de pós-graduação melhores avaliados interajam com programas novos e com grupos de pesquisa em formação.

A etapa do plano de trabalho para elaboração e envio de planos de pesquisa interinstitucional para as instituições envolvidas foi descontinuada na forma de sua concepção original, considerando os vários níveis de interesse e comprometimento das IES parceiras e a dependência de aprovação de projetos de pesquisa paralelos para viabilizar a produção e pesquisa de temas alinhados ao que o projeto Observatório se propõe.

4. RESULTADOS ALCANÇADOS

Atualmente, o Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Cidadania está com dez professores e 23 estudantes realizando pesquisas nos eixos temáticos do plano de trabalho.

A coordenação do grupo de pesquisa em articulação com o Projeto de Extensão Comunitária Jurídica (PECJur) está realizando encontros quinzenais com todos os integrantes e semanalmente são realizados grupos de estudos e oficinas com *podcasts* a fim de desenvolver atividades no período da Pandemia, envolvendo os estudantes na articulação ensino, pesquisa e extensão.

I) Publicação de livros:

- a) CAOVIALLA, Maria Aparecida Lucca; WENGENOVICZ, Taís. *A colonialidade e as contradições do desenvolvimento: desafios à efetivação dos Direitos Humanos na América Latina*. Chapecó, SC: Argos, 2019. v. 1. 107 p. ISBN: 9788578973155;

- b) CAOVIALLA, Maria Aparecida Lucca; LORA, Deise Helena Krantz (Org.). *Constitucionalismo Latino-Americano, Direitos da Cidadania e Justiça Ambiental: Direitos Humanos, Desenvolvimento e Internacionalização*. São Leopoldo, RS: Karywa, 2019. v. 1. 241 p. ISBN: 9788568730447;
- c) CAOVIALLA, Maria Aparecida Lucca; MOSCHETTA, Sílvia Ozelame Rigo (Org.). *Constitucionalismo Latino-Americano, Direitos da Cidadania e Justiça Ambiental: Direitos Humanos, Democracia e Cidadania*. São Leopoldo, RS: Karywa, 2019. v. 2. 218 p. ISBN: 9788568730454;
- d) CAOVIALLA, Maria Aparecida Lucca; WINCKLER, Silvana (Org.). *Constitucionalismo Latino-Americano, Direitos da Cidadania e Justiça Ambiental: Sustentabilidade, Socioambientalismo e Justiça Ambiental*. São Leopoldo, RS: Karywa, 2019. v. 3. 237 p. ISBN: 9788568730461;
- e) CAOVIALLA, Maria Aparecida Lucca; CERUTTI, Saulo (Org.). *Constitucionalismo Latino-Americano, Direitos da Cidadania e Justiça Ambiental: Constitucionalismo, Pluralismo Jurídico, Bem Viver e Educação*. São Leopoldo, RS: Karywa, 2019. v. 4. 169 p. ISBN: 9788568730478.

II) Artigos publicados em periódicos e revistas científicas nacionais:

- a) CAOVIALLA, Maria Aparecida Lucca; WINCKLER, Silvana. Bem Viver: caminhos e alternativas para outro desenvolvimento possível. *Revista Culturas Jurídicas*, Niterói, v. 6, n. 15, p. 271-290, set./dez. 2019. ISSN: 2359-5744. (Qualis A2 na área do Direito);
- b) CAOVIALLA, Maria Aparecida Lucca; ZANCO, Andressa. A cultura do desenvolvimento econômico, a igualdade, o bem-estar social e o bem comum da humanidade na perspectiva da ética da libertação. *Revista Jurídica da FA7*, Fortaleza, v. 17, n. 1, p. 51-63, jan./abr. 2020. ISSN Impresso: 1809-5836. ISSN eletrônico: 2447-9055. (Qualis B1 na área do Direito).

III) Apresentação e publicação de resumo nos Anais do IX Seminário Integrado de Ensino, Pesquisa e Extensão da Unochapecó:

- a) HIROKI, Yuri Kenaldi; CAOVIALLA, Maria Aparecida Lucca. Observatório de Políticas Constitucionais Descolonizadoras para a América Latina. In: Seminário Integrado de Ensino, Pesquisa e Extensão da Unochapecó, 9., 2019, Chapecó. *Anais...* Chapecó: Universidade Comunitária da Região de Chapecó, 2019. (link de acesso nas referências).

IV Trabalhos apresentados em eventos internacionais:

- a) CAOVIALLA, Maria Aparecida Lucca; BOITA, Manoel; CAOVIALLA, Gabriel Yolare Lucca. Iniciativa Local-Global: a criação de um Observatório de Políticas Constitucionais Descolonizadoras para a América Latina. In: Simposio Internacional IUS, 4., 2019, Santa Clara. *Anais...* Santa Clara: UCLV, 2019. p. 1-13. (link de acesso nas referências).

V) III Seminário Internacional: Constitucionalismo, Direitos Humanos, Cidadania e Justiça

Ambiental na América Latina (link de acesso nas referências).

VI) II SIDIAL: Seminário internacional Diálogos Interculturais na América Latina: Saberes Populares e o IV Congresso Internacional Pluralismo Jurídico, Constitucionalismo, Buen Vivir, e Justiça Ambiental na América Latina (link de acesso nas referências).

VII) Criação do *site* Observatório de Políticas Constitucionais Descolonizadoras para a América Latina, com os seguintes *links*:

a) “<https://observatorios.unochapeco.edu.br/opcdal/>”;

b) “<https://opcdaloficial.wixsite.com/index>”.

VIII) Criação da Rede de Pesquisa Constitucionalismo Latino Americano, Direitos da Cidadania e Justiça Ambiental – Rede CLADCJA.

Figura 4 Logo do OPCDAL.



Fonte: Elaboração dos autores (2020).

Figura 5 – Logo da Rede CLADCJUS



Fonte: Elaborado pelos autores (2020).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde sua constituição, o Observatório de Políticas Constitucionais Descolonizadoras para a América Latina está avançando na articulação entre os intelectuais latino-americanos e de parcerias interinstitucionais, aproximação de pesquisadores da área do Direito, das humanidades e do meio ambiente, na promoção de eventos acadêmicos, na cooperação de projetos de pesquisa, de extensão, de ensino e de inovação, difusor de conhecimento científico e apoiador para a transferência de técnicas e instrumentos eficientes para subsidiar elaboração de políticas públicas no contexto latino-americano.

A pesquisa jurídica relevada é a de elaboração de conhecimento que possibilite o estudo dos problemas da sociedade e da realidade latino-americana, como meio de informação da riqueza de seus sentidos, símbolos e saberes, e também de denúncia das injustiças e desigualdades sofridas no passado e no presente. Busca apresentar caminhos que melhorem como um todo a vida em comunidade, capazes de investigar um Direito encontrado na luta, evidenciando a ideia de outra cultura jurídica, que fora inaugurada em torno do pluralismo jurídico, que exige postura teórica diferenciada, voltada para a recomposição dos laços sociais comunitários e a busca da valorização das cosmovisões originárias, campesina, afro-latino-americana, ou mesmo da racionalidade produzida pela criatividade gestada em espaços comunitários classificados, até então, como subalternos.

A construção de um pensamento descolonial que seja capaz de produzir conhecimento jurídico a partir das problemáticas do Sul, que supere a cultura jurídica ocidental, antropocêntrica, é um grande desafio a ser enfrentado.

A cultura do Bem-Viver no Equador e na Bolívia é uma aposta por uma transformação radical no projeto civilizatório imposto pela modernidade; uma transformação para construir um outro mundo, com outros valores, outras práticas, outros saberes, outras utopias. Nessa direção, as novas Constituições representam um novo pacto social, cujas bases se assentam na democracia intercultural, em cujo arquétipo a maioria dos movimentos populares contemporâneos e as aspirações de mudança se baseiam.

O projeto do Observatório é de desenvolvimento inovador que permitirá criar condições e experiências com a finalidade de subsidiar a transferência de conhecimento para a elaboração de políticas públicas para o enfrentamento de problemas sociais latino-americanos, inovação e transferência de tecnologias sociais, catalisar, desenvolver e difundir pesquisas inovadoras no continente, propostas de políticas constitucionais descolonizadoras capazes de promover a cidadania e um outro desenvolvimento humano, social, político, econômico e ambiental, além de efetivar a internacionalização e a redução de assimetrias entre as universidades brasileiras e estrangeiras potencializando pesquisas comuns capazes de promover mudanças sociais.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ACSELRAD, Henri. Justiça ambiental. In: SIDEKUN, Antonio; WOLKMER, Antonio Carlos; RADAELLI, Samuel Manica (Org.). **Enciclopédia Latino-Americana de Direitos Humanos**. Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2016. p. 500-507.

BOFF, Leonardo. **Constitucionalismo ecológico na América Latina**. 2013. Disponível em: <http://leonardoboff.wordpress.com>. Acesso em: 20 mar. 2018.

BOLÍVIA. **Constitución política del Estado**. 2009. Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/bolivia09.html>. Acesso em: 11 out. 2017.

CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca. **Descolonizar o direito na América Latina: o modelo do pluralismo e a cultura do bem-viver**. Chapecó: Argos, 2016. 371 p.

CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca; BOITA, Manoel; CAOVILLA, Gabriel Yolare Lucca. Iniciativa Local-Global: a criação de um Observatório de Políticas Constitucionais Descolonizadoras para a América Latina. In: Simposio Internacional IUS, 4., 2019, Santa Clara. **Anais...** Santa Clara: UCLV, 2019. p. 1-13. Disponível em: <https://convencion.uclv.cu/event/iv-simposio-internacional-desafios-del-derecho-en-el-siglo-xxi-ius-xxi-2019-06-23-2019-06-30-34/track/iniciativa-local-global-a-criacao-de-um-observatorio-de-politicasconstitucionais-descolonizadoras-para-a-america-latina-649>. Acesso em: 29 mar. 2020.

CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca; CERUTTI, Saulo (Org.). **Constitucionalismo Latino-Americano, Direitos da Cidadania e Justiça Ambiental: Constitucionalismo, Pluralismo Jurídico, Bem Viver e Educação**. São Leopoldo, RS: Karywa, 2019. v. 4. 169 p. ISBN: 9788568730478.

CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca; LORA, Deise Helena Krantz (Org.). **Constitucionalismo Latino-Americano, Direitos da Cidadania e Justiça Ambiental: Direitos Humanos, Desenvolvimento e Internacionalização**. São Leopoldo, RS: Karywa, 2019. v. 1. 241 p. ISBN: 9788568730447.

CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca; MOSCHETTA, Sílvio Ozelame Rigo (Org.). **Constitucionalismo Latino-Americano, Direitos da Cidadania e Justiça Ambiental: Direitos Humanos, Democracia e Cidadania**. São Leopoldo, RS: Karywa, 2019. v. 2. 218 p. ISBN: 9788568730454.

CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca; WENGENOVICZ, Taís. **A colonialidade e as contradições do desenvolvimento: desafios à efetivação dos Direitos Humanos na América Latina**. Chapecó, SC: Argos, 2019. v. 1. 107 p. ISBN: 9788578973155.

CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca; WINCKLER, Silvana (Org.). **Constitucionalismo Latino-Americano, Direitos da Cidadania e Justiça Ambiental: Sustentabilidade, Socioambientalismo e Justiça Ambiental**. São Leopoldo, RS: Karywa, 2019. v. 3. 237 p. ISBN: 9788568730461.

CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca; CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca. Bem Viver: caminhos e alternativas para outro desenvolvimento possível. **Revista Culturas Jurídicas**, Niterói, v. 6, n. 15, p. 271-290, set./dez. 2019. ISSN: 2359-5744.

CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca; ZANCO, Andressa. A cultura do desenvolvimento econômico, a igualdade, o bem-estar social e o bem comum da humanidade na perspectiva da ética da libertação. **Revista Jurídica da FA7**, Fortaleza, v. 17, n. 1, p. 51-63, jan./abr. 2020. ISSN Impresso: 1809-5836. ISSN eletrônico: 2447-9055.

CARDUCCI, Michele; AMAYA, Lúcia Patrícia Castillo. Nuevo Constitucionalismo de la biodiversidad vs. Neoconstitucionalismo del riesgo. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 73, n. 73, p. 255-283, ago. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2016v37n73p255/33566>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

EQUADOR. **Constitución Política de La República del Ecuador**. 2008. Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/constudies.html>. Acesso em: 15 out. 2018.

HIROKI, Yuri Kenaldi; CAOVIOLA, Maria Aparecida Lucca. Observatório de Políticas Constitucionais Descolonizadoras para a América Latina. In: Seminário Integrado de Ensino, Pesquisa e Extensão da Unochapecó, 9., 2019, Chapecó. **Anais...** Chapecó: Universidade Comunitária da Região de Chapecó, 2019. Disponível em: <https://even3.blob.core.windows.net/anais/185591.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2020.

OPCDAL – Observatório de Políticas Constitucionais Descolonizadoras para a América Latina. **Página inicial**. 2020. Disponível em: <https://opcdaloficial.wixsite.com/index>. Acesso em: 29 maio. 2020.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A universidade no século XXI**: para uma reforma democrática e emancipatória da universidade. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Boaventura de Souza; MENESES, Maria Paula (Org.). **Epistemologias do sul**. Coimbra: Almedina, 2009.

Seminário Internacional: Constitucionalismo, Direitos Humanos, Cidadania e Justiça Ambiental na América Latina, 3., 2019, Chapecó. **Anais...** Chapecó: Unochapecó, 2019. Disponível em: <https://www.unochapeco.edu.br/iii-seminario-internacional>. Acesso em: 30 mar. 2020.

Seminário internacional: Diálogos Interculturais na América Latina: Saberes Populares, 2.; Congresso Internacional Pluralismo Jurídico, Constitucionalismo, Buen Vivir, e Justiça Ambiental na América Latina, 4., 2019, Chapecó. **Anais...** Chapecó: Unochapecó, 2019. Disponível em: <https://doity.com.br/sidial>. Acesso em: 30 mar. 2020.

TEJEDA, Dairon Martínez. **América Latina, y su tradición constitucional**. 2014. Disponível em: <http://www.monografias.com/trabajos101/america-latina-y-su-tradicion-constitucional/america-latina-y-su-tradicion-constitucional.shtml>. Acesso em: 20 out. 2018.

UNOCHAPECÓ – Universidade Comunitária da Região de Chapecó. Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito. Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos e Cidadania” (GPDHC). **Arquivos fotográficos**. Chapecó: Unochapecó, 2020.

UNOCHAPECÓ – Universidade Comunitária da Região de Chapecó. **Repositório**: Observatórios. Observatório de Políticas Constitucionais para a América Latina. Chapecó: Unochapecó, 2019. Disponível em: <https://observatorios.unochapeco.edu.br/opcdal/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

SUSTENTABILIDADE E CAPITALISMO NEOLIBERAL: A FALÁCIA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Nadya Regina Gusella Tonial¹

Liton Lanes Pilau Sobrinho²

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa analisar a sustentabilidade e sua efetivação, em face do capitalismo neoliberal. A partir disso, torna-se relevante abordar que o modelo econômico do capitalismo é comandado pelas grandes corporações que ampliaram suas ações no âmbito mundial, instituíram novos centros de poder e enfraqueceram os Estados nacionais.

Objetiva-se compreender o capitalismo neoliberal e as consequências que provoca nos âmbitos político, social e econômico. Ainda, analisar o desenvolvimento sustentável e sua relação de (in)compatibilidade com o atual modelo econômico. Por fim, estudar o paradigma da sustentabilidade e a necessidade da sua concretização.

Com isso, o problema a investigar assenta-se no seguinte questionamento: diante do capitalismo neoliberal, a noção de desenvolvimento sustentável revela-se capaz de efetivar a sustentabilidade?

Para responder a problemática jurídica adotou-se o método indutivo, sendo que a técnica de pesquisa foi a bibliográfica. As hipóteses que fundamentam os resultados consignam que o desenvolvimento não é sinônimo de crescimento econômico; que o desenvolvimento sustentável é (in)compatível com o modelo capitalista; e que a sustentabilidade desponta como paradigma do direito e deve ser compreendida como uma demanda transnacional.

Justifica-se a importância do tema pois o capitalismo tem impacto direto no meio ambiente, o que coloca em risco a vida no Planeta Terra. Desse modo, urgente uma reflexão sobre as alternativas que fomentem a inclusão e a solidariedade.

1. O MODELO ECONÔMICO DO CAPITALISMO NEOLIBERAL

Com intuito de superar a Grande Depressão econômica e as atrocidades da Segunda Guerra Mundial³, as ideias de “desenvolvimento e direitos humanos alcançaram proeminência na metade

¹ Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Mestre em Direito pela UNISINOS. Professora Titular I da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Advogada. E-mail: nadyatonial@gmail.com

² Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Sevilha - Espanha. Doutor em Direito pela UNISINOS. Mestre em Direito pela UNISC. Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu Mestrado em Direito da UPF. Coordenador do PPGDIREITO da UPF. E-mail: liton@univali.br

³ Após a Segunda Guerra Mundial, em meio a Guerra Fria, com um discurso sobre "desenvolvimento" consolidou-se uma estrutura de dominação dicotômica: desenvolvido-subdesenvolvido, pobre-rico [...]. Essa dicotomia revela-se perversa e o

do século” passado, representando as principais preocupações dos Estados. Em especial, quanto ao desenvolvimento, os países buscavam o crescimento econômico para superar problemas sociais.⁴ Destaca-se que, nas primeiras décadas do Século XX, o desenvolvimento correspondia ao progresso material, ou seja, ao crescimento econômico.⁵

No âmbito econômico o liberalismo deu ensejo ao capitalismo liberal, que se revelou hegemônico após a frustração do modelo socialista, ao final da Guerra Fria. Assim, o mercado e as grandes corporações protagonizaram a globalização⁶ econômica, por meio da mundialização de suas ações, que não se restringiram às fronteiras dos Estados.

Nessa linha, “a economia de atuação global enterra os fundamentos do Estado e da economia nacional. E assim entra em curso uma subpolitização de dimensões impensadas e consequências imprevisíveis.” Esse modelo econômico apresenta-se sem fronteiras pelas empresas transnacionais, que atuam no âmbito mundial e possuem o poder de mudar seus investimentos para os Estados que lhes proporcionem melhores condições de lucro, ou seja, mais incentivos financeiros, menores tributos e mão de obra com menor custo.⁷

Diante dessa realidade, a globalização neoliberal revela-se um “processo parasitário e predatório que se alimenta da energia sugada dos corpos dos Estados-nações e de seus sujeitos”. O Estado não consegue mais proteger a sociedade, e as “forças globalizadoras” afastam, ainda mais, o poder e a política, fazendo com que o Estado-nação já enfraquecido, fique cada vez mais subjugado.⁸

Com relação à economia verifica-se que o capitalismo demonstrou capacidade produtiva e trouxe avanços tecnológicos substanciais. Todavia, produziu processos sociais desiguais entre os Estados e dentro dos Estados, visto que cria riqueza, porém concentra a mesma no controle de algumas pessoas. São poucos que participam da distribuição dos benefícios, o que fomenta a exclusão e a desigualdade social.⁹

A mencionada desigualdade pode ser detectada pela análise da divisão geográfica que caracteriza a modernidade, em que o Hemisfério Norte detém a inovação, a tecnologia, a riqueza e controla a economia, enquanto no Hemisfério Sul impera a exclusão, a pobreza e a miséria, “decorrentes da globalização neoliberal”. Assim, no Sul encontram-se “todas as formas de

desenvolvimento passou a ser visto desde a lógica da acumulação de capital. ACOSTA, Alberto. **El buen vivir. Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos**. Barcelona: Icaria Editorial, 2013. p.30

⁴ SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Tradução de José Lins de Albuquerque Filho. 3.ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2009. p. 47-48.

⁵ VEIGA, José Eli da. **Para entender o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Editora 34, 2015. p. 32.

⁶ Explica Morin que “la globalización es el estadio actual de la mundialización. Empieza en el año 1989, tras el hundimiento de las llamadas «economías socialistas». Es fruto de la conjunción entre un bucle retroactivo del auge desenfrenado del capitalismo [...] y el auge de una red de telecomunicaciones instantáneas [...]. Esta conjunción hace posible la unificación tecnoeconómica del planeta.” MORIN, Edgar. **La Vía: para el futuro de la humanidad**. Tradução de Núria Petit Fontseré. Barcelona: Paidós, 2011. p. 20.

⁷ BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo**: respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 15.

⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007. p. 31.

⁹ ACOSTA, Alberto. **El buen vivir. Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos**. p. 161.

sofrimentos causadas pela capitalismo global.”¹⁰

Destaca Bauman que “sem meias palavras, o capitalismo é um sistema parasitário. Como todos os parasitas, pode prosperar durante certo período, desde que encontre um organismo ainda não explorado que lhe forneça alimento.” Nesse cenário, não pode atuar “sem prejudicar o hospedeiro, destruindo assim, cedo ou tarde, as condições de sua prosperidade ou mesmo de sua sobrevivência.” Ainda, explica que a força motriz do capitalismo é a capacidade de buscar e descobrir “novas espécies hospedeiras sempre que as espécies anteriormente exploradas se tornam escassas ou se extinguem. E também no oportunismo e na rapidez, dignos de um vírus, com que se adapta às idiossincrasias de seus novos pastos.”¹¹

Constata-se que o atual modelo de produção caracteriza-se por ser “industrialista, consumista, perdulário e poluidor” e transformar a economia no principal “eixo articulador e construtor das sociedades”. No mesmo sentido, passou a enfraquecer o Estado-nação, dominar a política e subjugar-lá a seus interesses, momento que aniquilou a ética e os valores de ser “honesto, justo e solidário”.¹²

Galeano assevera que o capitalismo “transfigura tudo o que toca”. Refere que “existe el bosque para que el hacha lo derribe y el desierto para que lo atraviese el tren; el río vale la pena si contiene oro y la montaña si alberga carbón e hierro. Nadie camina. Todos corren, urgentes, urgidos, tras la errante sobra de la riqueza y el poder”.¹³ Assim, o modelo econômico do capitalismo exacerbou suas características de acumulação ilimitada, de concorrência, de individualismo e priorizou a ganância, ou seja, explora e devasta em nome do lucro.

Nesse contexto, o capitalismo especulativo se sobrepôs ao capitalismo produtivo, momento em que grupos enriqueceram “saqueando o dinheiro público, as pensões dos operários e devastando globalmente a natureza”. A estratégia de ação é perversa e envolve “salvar o sistema financeiro e não salvar nossa civilização e garantir a vitalidade da Terra.” Essa realidade torna incompatível o “Sistema Terra” e o “Sistema Sociedade”.¹⁴

Desse modo, o capitalismo mostra sua face cruel, momento que a especulação e a união de grandes grupos econômicos promovem a concentração de riqueza para poucos, enquanto muitos são alijados dos bens materiais e vivem em estado de miserabilidade. A par disso não respeitam a natureza, usam predatoriamente os recursos naturais, causam poluição e devastam a natureza em nome do lucro.

2. O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E O CRESCIMENTO ECONÔMICO

Na segunda metade do Século XX, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento

¹⁰SANTOS, Boaventura de Sousa; GARAVITO, César A. Rodríguez (editores). **El derecho y la globalización desde abajo**: Hacia una legalidad cosmopolita. Traducción de Carlos F. Morales de Setién Ravina. Rubi (Barcelona): Anthropos; México: UAMCuajimalpa, 2007. p. 19.

¹¹BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário**: e outros temas contemporâneos. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2010. p. 8-10.

¹²BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é: o que não é. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016. p. 18.

¹³GALEANO, Eduardo. **Úselo y tírelo**: el mundo visto desde una ecología latino-americana. 7.ed. Buenos Aires: Booket, 2010. p.107.

¹⁴BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é: o que não é. p. 18-19.

(PNUD) criou o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) para promover a distinção entre desenvolvimento e crescimento econômico. A justificativa de tal indicador evidenciou que o crescimento econômico não se traduzia “necessariamente em maior acesso à saúde e à educação” Com isso, as políticas de planejamento do desenvolvimento deveriam se estruturar em outros valores, que não somente os econômicos.¹⁵

Destaca-se que o desenvolvimento, na condição de direito fundamental, importa na efetivação da liberdade, que permite opções e escolhas às pessoas. Logo, somente haverá desenvolvimento se forem retiradas as principais objeções à liberdade, ou seja, a “pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência de Estados repressivos.”¹⁶

Nesse sentido, a liberdade representa o paradigma do direito na Modernidade. Sua noção, inicialmente, surgiu na Europa como produto das reivindicações da burguesia e foi “teorizada em forma do liberalismo” e em um segundo momento como “liberalismo democrático”. O liberalismo se fundamentava na individualidade e no progresso econômico, social e técnico, que ganhou relevância quando os Estados da Europa Ocidental e as respectivas colônias “passaram a orientar suas estratégias econômicas em direção à economia de mercado e a necessitar de uma nova concepção do mundo que não criasse obstáculos à nova realidade socioeconômica emergente.”¹⁷

No viés político-ideológico, a liberdade se expressava por meio de um Estado que deveria ser neutro e absenteísta e pela possibilidade de autodeterminação das pessoas dentro dos limites da lei. Por sua vez, a liberdade deu ensejo a modernidade jurídica e “caracterizou-se por defender as maiores cotas possíveis de liberdade individual frente ao Estado, que deve procurar ser neutro.” Contudo, a liberdade, na condição de paradigma do direito, sofreu uma relativização no Estado Social, quando teve que coexistir com a noção de igualdade.¹⁸

A par desse pensamento surgiu a necessidade de proteger direitos em que o conteúdo se fundamenta na solidariedade. Passou a existir a preocupação com a finitude dos recursos ambientais e com a vida do planeta, em especial com a Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, em Estocolmo, no ano de 1972, em que houve a discussão e elaboração de relatórios internacionais sobre o binômio desenvolvimento e meio ambiente.¹⁹ Com intuito de dar andamento a um desenvolvimento social e econômico de modo igualitário, em 1987, a ONU, pela Comissão Brundtland, publicou relatório denominado “Nosso Futuro Comum” que trouxe o conceito de desenvolvimento sustentável, como “o desenvolvimento que encontra as necessidades atuais sem comprometer a habilidade das futuras gerações de atender suas próprias necessidades”. A noção envolve os conceitos de “necessidades” daquelas pessoas que se encontram na linha de pobreza, que devem ser assistidas com prioridade; e de “limitações” do meio ambiente, que devem ser respeitadas.²⁰

¹⁵ VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI**. 3.ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008. p.18-19.

¹⁶ VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI**. p.34.

¹⁷ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma do direito na pós-modernidade. Porto Alegre – RECHTD/UNISINOS. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 3, p. 75-83, 2011. p. 77.

¹⁸ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **O novo paradigma do direito na pós-modernidade**. p.77-78.

¹⁹ SACHS, Ignacy. Caminhos para o desenvolvimento sustentável. p.48.

²⁰ NAÇÕES UNIDAS. **A ONU e o meio ambiente**. Disponível em <https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/> . Acesso em: 25 jul

Após foram estabelecidos pelos países-membros da ONU os “Objetivos do Desenvolvimento do Milênio (ODM)” para serem implementados entre os anos de 2000 a 2015. Representavam um conjunto de metas, que se traduziam por oito objetivos, que visavam resolver problemas mundiais e fomentar valores, “com a finalidade de tornar o mundo um lugar mais justo, solidário e melhor para se viver”.²¹

Em 2015 houve nova pactuação denominada de “Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável” envolvendo dezessete “Objetivos de Desenvolvimento Sustentável”, que “se apoiam em três pilares básicos: acabar com a pobreza, proteger o planeta e garantir a prosperidade para todos como parte de um novo desenvolvimento sustentável”.²²

Contudo, adverte Garcia que não existe desenvolvimento sustentável, ou seja, que “o conceito de desenvolvimento sustentável talvez seja uma das grandes falácias de nossa era que certamente nos passará uma conta de destruição da natureza no futuro.”²³

Veiga, também, critica a expressão desenvolvimento sustentável aduzindo que ela acaba “se legitimando para negar a incompatibilidade entre o crescimento econômico contínuo e a conservação de meio ambiente”, ou seja, traz a ideia que há possibilidade de crescer sem destruir.²⁴

No mesmo sentido, Sachs argumenta que o desenvolvimento sustentável é incompatível com o modelo capitalista, que somente visa lucros e ganhos em cada investimento.²⁵ Também Boff menciona que “o adjetivo sustentabilidade e o adjetivo sustentável” representam “uma etiqueta que se procura colar nos produtos e nos processos de sua confecção para agregar-lhe valor”.²⁶

Observa-se que, mesmo diante da Agenda 2030, o discurso dominante “afoga a realidade e outorga impunidade à sociedade de consumo” para impô-la como modelo de desenvolvimento, com intuito de beneficiar as grandes empresas. Tal conduta promove a degradação da terra, a poluição do ar e da água e a dilapidação dos recursos naturais.²⁷ Logo, o que vale é o lucro e a acumulação, não importando as consequências à vida do planeta e às pessoas.

Cumpramos ressaltar que as linhas de pensamento crítico apontam três características negativas das economias capitalistas. Em primeiro lugar, que elas produzem desigualdades de recursos e de poder. Em segundo lugar, que as relações competitivas exigidas pelo mercado

2019.

²¹GARCIA, Heloíse Siqueira; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Dos objetivos de desenvolvimento do milênio aos objetivos do desenvolvimento sustentável: de onde viemos e onde pretendemos chegar. FERRER, Gabriel Real (Coord.). **Governança transnacional e sustentabilidade**. Umuarama: Universidade Paranaense – UNIPAR, 2016. Disponível em http://pos.unipar.br/files/publicacao_academica/d02871b6841b1503eadee34581799358.pdf. Acesso em 20 jul 2019. p. 11.

²²GARCIA, Heloíse Siqueira; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Dos objetivos de desenvolvimento do milênio aos objetivos do desenvolvimento sustentável: de onde viemos e onde pretendemos chegar. p.20.

²³GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 192.

²⁴VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável**: o desafio do século XXI. p.189.

²⁵SACHS, Ignacy. Caminhos para o desenvolvimento sustentável. p.55.

²⁶BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é: o que não é. p. 9.

²⁷GALEANO, Eduardo. **Úselo y tírelo**: el mundo visto desde uma ecologia latino-americana. p.10.

capitalista criam formas de sociabilidade empobrecidas, baseadas no individualismo e não na solidariedade. Em terceiro lugar, promovem o aumento da exploração dos recursos naturais em todo o mundo colocando em perigo as condições físicas da vida na Terra.²⁸

O modelo atual está “baseado no desenvolvimento sustentável da economia e, efetivamente, não ultrapassou o sentido de desenvolvimento econômico; e este não está suportando a pressão exercida pela crise ambiental de âmbito global.” Com isso, necessário “considerar a Sustentabilidade como paradigma emergente e necessário”.²⁹

Logo, a economia de atuação global, fundada no modelo capitalista de produzir, de distribuir e de consumir precisa de um “novo começo” por meio de um “pacto social entre os humanos e de uma pacto natural com a natureza e a Mãe Terra”.³⁰

Portanto, para que se efetive o desenvolvimento, fundamentado no valor da solidariedade, revela-se necessário adotar um modelo econômico que tenha mais equidade com as pessoas (humanidade) e mais equilíbrio com a natureza, que se alicerce na sustentabilidade.

3. O PARADIGMA DA SUSTENTABILIDADE E SUA EFETIVAÇÃO

O Estado-nação e os organismos internacionais não conseguem agir de modo efetivo diante da complexidade das demandas transnacionais pertinentes à defesa do meio ambiente. Verifica-se que o capitalismo desequilibra o sistema de solidariedade que deve existir entre as gerações, promove o esgotamento dos recursos naturais, e ainda, coloca em risco a vida no Planeta Terra.

No capitalismo tudo gira em torno do dinheiro, do lucro e da acumulação. O mercado tornou-se o protagonista, escapou do controle dos Estados e transformou tudo em mercadoria. A economia de mercado promove a exploração das pessoas e a aniquilação da natureza, o que acaba “*enfermando el cuerpo, nos está envenenando el alma y nos está dejando sin mundo*”.³¹

Assim, a globalização, no viés econômico, enfraqueceu o Estado-nação³², criou novos centros de poder e “novos tipos de poder que não são alcançados pelos direitos nacional e internacional”. Tal situação produz uma sensação de “desamparo sentida por grande parte da população global nessa segunda década do Século XXI”³³. Logo, demandas transnacionais, exigem uma regulação transnacional, como é o caso do meio ambiente.

Observa-se que, os poderes constituídos parecem não compreender o problema de

²⁸SOUSA SANTOS, Boaventura de. **De las dualidades a las ecologías**. La Paz: Red Boliviana de Mujeres Transformando la Economía REMTE, 2012. p. 40-41.

²⁹SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; ARMADA, Charles Alexandre Souza. Desenvolvimento sustentável e sustentabilidade: evolução epistemológica na necessária diferenciação entre os conceitos. **Revista de Direito e Sustentabilidade**, v. 3, n. 2, jul-dez 2017. p.17-35. Disponível em: Acesso em: 30 jul 2019. p. 25

³⁰BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é: o que não é. p. 15.

³¹GALEANO, Eduardo. **Úselo y tírelo**: el mundo visto desde una ecología latino-americana. p.11.

³²Nesse contexto, o Estado tem seu poder reduzido e acaba servindo ao capital global, momento que desempenha “funções de uma empresa de segurança” e “finge estar interessado na moralidade pública, no corpo, na memória e na privacidade dos homens: essas são mercadorias valiosas numa feira política que acontece a cada quatro ou cinco anos, ou seja, na eleição.” BAUMAN, Zygmunt. DONSKIS, Leonidas. **Cegueira moral**: a perda da sensibilidade na modernidade líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p.150.

³³CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012. p.12.

agressão ao meio ambiente e suas consequências, na totalidade. Menciona Guattari, que o tema é abordado por uma “perspectiva tecnocrática, ao passo que só uma articulação ético-política — a que chamo ecosofia — entre os três registros ecológicos (o do meio ambiente, o das relações sociais e o da subjetividade humana) é que poderia esclarecer convenientemente tais questões.” Defende que os problemas não se apresentam mais por oposições dualistas decorrentes do pensamento social ou da geografia, mas são multipolares e complexos³⁴, ou seja, são demandas transnacionais.

Desse modo, a noção de sustentabilidade exsurge como novo paradigma ao direito, apresenta novos sujeitos (as gerações futuras), ultrapassa a noção de Estado, de direito nacional e de território, colocando a solidariedade entre as gerações como valor cardeal.³⁵

A sustentabilidade diz respeito às pessoas de modo individual, bem como “às comunidades, à cultura, à política, à indústria, às cidades e principalmente ao Planeta Terra com seus ecossistemas”. Logo, representa “um modo de ser e de viver que exige alinhar as práticas humanas às potencialidades limitadas de cada bioma e às necessidades das presentes e das futuras gerações.”³⁶

Explica Freitas que a sustentabilidade representa “um princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial” que deve ser “socialmente incluso, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem estar.”³⁷

Nesse viés, relevante compreender a noção de sustentabilidade por meio de um conceito ampliado e integrador, ou seja: como “toda a ação destinada a manter as condições energéticas, informacionais, físico-químicas que sustentam todos os seres, especialmente a Terra viva, a comunidade de vida, a sociedade e a vida humana, visando sua continuidade”, bem como para “atender as necessidades da geração presente e das futuras, de tal forma que os bens e serviços naturais sejam mantidos e enriquecidos em sua capacidade de regeneração, reprodução e coevolução”.³⁸

A sustentabilidade é difícil de ser definida e não comporta respostas simples ou definitivas. Segundo Veiga “é o único valor a dar atenção às futuras gerações”, portanto, vem “a evocar a responsabilidade contemporânea pelas oportunidades, leque de escolhas, e direitos, que nossos trinetos e seus descendentes terão alguma chance de usufruir.”³⁹

Verifica-se que a sustentabilidade de um grupo social é aferida pela capacidade de efetivar

³⁴ GUATTARI, Félix. **As três ecologias**. GUATTARI, Félix. **As três ecologias**. Tradução de Maria Cristina F. Bittencourt. Campinas, SP: Papyrus, 1990. p.8.

³⁵ FERRER, Gabriel Real. GLASENAPP, Maikon Cristiano. CRUZ, Paulo Márcio. Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, vol. 19, n. 4 – edição especial, p. 1433-1464, 2011. p. 1461.

³⁶ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é: o que não é. p. 17.

³⁷ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.41.

³⁸ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é: o que não é. p. 116.

³⁹ VEIGA, José Eli da. Para entender o desenvolvimento sustentável. p. 40.

a inclusão de todos e garantir uma vida digna, bem como o “grau de humanidade de um grupo humano se avalia pelo nível de solidariedade, de cooperação e de compaixão que cultiva face aos coiguais necessitados.”⁴⁰ Todavia, o sistema capitalista é perverso, mata de fome, de doença, exclui da partilha dos bens e ainda, mantém uma relação de insustentabilidade com o planeta, destruindo a natureza.

A mudança de atitude com relação à devastação do meio ambiente, seja pela produção de lixo, seja pelo esgotamento dos recursos naturais, depende de “um processo de trocas mútuas e interações entre os vários setores da sociedade, pois o social, o ambiental e o econômico não podem viver isoladamente.” Então, a “economia não pode ditar os rumos da proteção ambiental” há necessidade da participação de todos.⁴¹

Com isso, necessária “não apenas a justaposição de instituições ou superação/transposição de espaços territoriais” mas sim a criação de “novas instituições multidimensionais”⁴², com intuito de proporcionar respostas mais satisfatórias às demandas globais referentes aos direitos humanos, como a defesa ao meio ambiente.

Portanto, à luz da sustentabilidade, indispensáveis espaços transnacionais e normas transnacionais que promovam a efetiva proteção ao meio ambiente, com fundamento na solidariedade entre a atual e as futuras gerações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atual economia de mercado busca, de modo exacerbado, o lucro e a acumulação. Esse modelo capitalista neoliberal fundamenta-se no individualismo, é competitivo, excludente, produz desigualdades sociais e, também, devasta o meio ambiente, em nome do desenvolvimento econômico.

Desse modo, os Estados nacionais têm sua soberania relativizada por meio da globalização. Em especial, na economia, as grandes corporações passaram a atuar de modo global, o que fragilizou os Estados, promoveu o controle político dos mesmos e gerou desigualdade social.

Percebe-se que não há como conciliar o capitalismo neoliberal e a proteção ao meio ambiente, visto que ele promove a escassez dos recursos naturais, a produção desenfreada de resíduos, a devastação e a poluição da natureza. O atual modelo de desenvolvimento econômico não é sustentável e visa unicamente o lucro e a acumulação. Com isso, os objetivos do desenvolvimento sustentável não são atendidos e representam uma falácia, pois incompatíveis com o crescimento econômico ilimitado.

Nesse contexto surge a noção de sustentabilidade como novo paradigma do direito, para apontar as gerações futuras, como novos sujeitos, para ultrapassar a ideia de direito nacional e internacional e para buscar a proteção da pessoa e da natureza, escolhendo a solidariedade como valor maior.

⁴⁰ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é: o que não é. p. 21.

⁴¹ BRAVO, Álvaro Sánchez. PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. A superação das improbabilidades da comunicação ambiental. In **Revista Novos Estudos Jurídicos – NEJ**, v. 17 – n. 1, p. 84-100, jan-abr 2012. p. 94.

⁴² CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. p.57

Como alternativa para superar o enfraquecimento do Estado-nação, necessária e urgente a criação de espaços transnacionais, bem como de direito transnacional, que tragam respostas mais satisfatórias para a efetivação da sustentabilidade ambiental.

Constata-se que, a noção de desenvolvimento sustentável não se revela capaz de efetivar a sustentabilidade, visto que a resolução de questões transnacionais exige uma consistente mudança, com a possibilidade do surgimento de espaços públicos transnacionais que consigam implementar estratégias de governança e regulação por meio de um direito transnacional, que proteja a vida no Planeta Terra.

Portanto, a sustentabilidade poderá ser efetivada em um espaço transnacional, à luz do valor da solidariedade, que envolve a preocupação de todos com a vida duradoura no planeta, contemplando a presente e as futuras gerações.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ACOSTA, Alberto. El buen vivir. Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos. Barcelona: Icaria Editorial, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. DONSKIS, Leonidas. **Cegueira moral**: a perda da sensibilidade na modernidade líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário**: e outros temas contemporâneos. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2010.

BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo**: respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é: o que não é. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016.

BRAVO, Álvaro Sánchez. PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. A superação das improbabilidades da comunicação ambiental. In **Revista Novos Estudos Jurídicos – NEJ**, v. 17 – n. 1, p. 84-100, jan-abr 2012.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma do direito na pós-modernidade. Porto Alegre – RECHTD/UNISINOS. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 3, p. 75-83, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. . In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 55-71.

FERRER, Gabriel Real. GLASENAPP, Maikon Cristiano. CRUZ, Paulo Márcio. Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, vol. 19, n. 4 – edição especial, p. 1433-1464, 2011.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GALEANO, Eduardo. **Úselo y tírelo**: el mundo visto desde uma ecologia latino-americana. 7.ed. Buenos Aires: Booket, 2010.

GARCIA, Heloise Siqueira; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Dos objetivos de desenvolvimento do milênio aos objetivos do desenvolvimento sustentável: de onde viemos e onde pretendemos chegar. In: FERRER, Gabriel Real (Coord.). **Governança transnacional e sustentabilidade**. Umuarama: Universidade Paranaense – UNIPAR, 2016. Disponível em http://pos.unipar.br/files/publicacao_academica/d02871b6841b1503eadee34581799358.pdf . Acesso em 20 jul 2019.

GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 173-200.

GUATTARI, Félix. **As três ecologias**. Tradução de Maria Cristina F. Bittencourt. Campinas, SP: Papirus, 1990.

MORIN, Edgar. **La Vía**: para el futuro de la humanidad. Tradução de Núria Petit Fontseré. Barcelona: Paidós, 2011.

NAÇÕES UNIDAS. **A ONU e o meio ambiente**. Disponível em <https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/> . Acesso em: 25 jul 2019.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Tradução de José Lins de Albuquerque Filho. 3.ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **De las dualidades a las ecologías**. La Paz: Red Boliviana de Mujeres Transformando la Economía REMTE, 2012.

SOUSA SANTOS, Boaventura de; GARAVITO, César A. Rodríguez (editores). **El derecho y la globalización desde abajo**: Hacia una legalidad cosmopolita. Traducción de Carlos F. Morales de Setién Ravina. Rubi (Barcelona):Anthropos; México: UAMCuajimalpa, 2007.

SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; ARMADA, Charles Alexandre Souza. Desenvolvimento sustentável e sustentabilidade: evolução epistemológica na necessária diferenciação entre os conceitos. **Revista de Direito e Sustentabilidade**, v. 3, n. 2, jul-dez 2017. p.17-35. Disponível em: Acesso em: 30 jul 2019.

VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável**: o desafio do século XXI. 3.ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

VEIGA, José Eli da. **Para entender o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Editora 34, 2015.

A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL EXECUTIVA E O PRAZO PARA PAGAMENTO VOLUNTÁRIO NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

Ana Paula Barison Diehl¹

Vanderlise Wentz Baú²

INTRODUÇÃO

Uma das grandes novidades introduzidas pelo CPC de 2015 foi o cômputo dos prazos processuais em dias úteis, e não mais contínuos, desconsiderando, assim, os feriados e finais de semana, regra que não se estendeu aos prazos de natureza material, os quais seguem sendo computados em dias corridos.

A alteração substancial da forma de contagem dos prazos da legislação processual civil ensejou a discussão a respeito da definição de certos prazos, notadamente quando se destinam à prática de atos pelas partes, como é o caso do prazo de 15 dias constante do *caput* do artigo 523³ do CPC para cumprimento voluntário de sentença que reconheça obrigação de pagar quantia certa.

Nesse contexto, o presente trabalho busca investigar a natureza jurídica do referido prazo, em razão da omissão da legislação processual no ponto, uma vez que, conforme seja material ou processual, será computado em dias contínuos ou apenas úteis, o que refletirá na razoável duração do processo e na efetividade da tutela jurisdicional executiva.

Para tanto, a presente pesquisa será dividida em cinco seções. Em um primeiro momento, analisar-se-á brevemente a forma como as tutelas de conhecimento e de execução são tratadas no atual sistema jurídico processual brasileiro, com ênfase na tutela executiva, seus requisitos fundamentais e seu procedimento legal conforme esteja embasada em título executivo extrajudicial ou judicial. Em seguida, examinar-se-á os prazos materiais e processuais e a relevância destes na prestação da tutela jurisdicional e, ao final, investigar-se-á a natureza jurídica do prazo de 15 dias para pagamento voluntário do débito, previsto no artigo 523 do CPC, a partir da análise dos argumentos das correntes doutrinárias e jurisprudência pátria sobre a questão controvertida.

O presente trabalho foi desenvolvido a partir do método de pesquisa dedutivo, com a utilização da técnica de abordagem de revisão bibliográfica e jurisprudencial.

¹ Bacharela em Direito pela Universidade de Passo Fundo. E-mail: anapaulabdiehl@gmail.com.

² Professora Mestra da Universidade de Passo Fundo. E-mail: wemntz@upf.br.

³ Art. 523. No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver.

1. A TUTELA DE CONHECIMENTO E A TUTELA DE EXECUÇÃO NO CPC

O CPC prestigiou duas tutelas jurisdicionais de modo específico: a de conhecimento e a de execução. Ambas são tratadas na Parte Especial do Código e, embora tenham escopos distintos, guardam em comum entre si a ideia de que compete ao Estado, a partir da vedação da autotutela, o poder-dever de prestar a tutela jurisdicional sempre que o direito, enquanto fator de controle social, sofrer alguma ameaça ou lesão.

O instrumento do qual o Estado se vale para prestar a tutela jurisdicional é o processo. Por isso, o CPC trata do processo de conhecimento e do processo de execução, conforme a pretensão seja a de resolver uma crise de certeza ou de colaboração, respectivamente.

A tutela de conhecimento pressupõe uma crise acerca da existência ou inexistência de um direito ou, excepcionalmente, sobre a autenticidade ou falsidade de um documento, a ser alcançado por meio de uma sentença de mérito (crise de certeza), enquanto a tutela de execução visa à satisfação de uma prestação devida – a atividade jurisdicional é de transformação da realidade fática (crise de cooperação).

Nesse passo, a tutela jurisdicional destinada a revelar a norma jurídica concreta (tutela de conhecimento) se distingue daquela que tem por função tornar real e eficaz no mundo dos fatos o direito previamente reconhecido por uma decisão judicial ou mesmo pela vontade daqueles que se obrigaram a partir de determinado negócio jurídico privado (tutela executiva). Assim, a existência desses dois momentos – revelar e atuar a norma jurídica concreta – separa a atividade (função) jurisdicional cognitiva da executiva.

Pode-se dizer, portanto, que ao Poder Judiciário não é conferido somente o poder-dever de dizer o direito, mas o de concretizá-lo, torná-lo efetivo. Na mesma linha, o CPC, em seu artigo 4º⁴, dispõe que a prestação jurisdicional não se esgota com a atividade cognitiva, mas com a entrega efetiva/satisfação da prestação devida ao respectivo credor, ampliando a noção da atividade jurisdicional do Estado⁵.

2. A TUTELA JURISDICIONAL EXECUTIVA E SEUS PRESSUPOSTOS

Na tutela executiva, o Estado desempenha uma função que competiria originariamente ao devedor se a execução fosse voluntária, qual seja, a satisfação da prestação a que tem direito o credor, notadamente, em se tratando de execução por quantia. Nesse caso, diz-se que o Estado atua como substituto do devedor, fazendo aquilo que deveria ser feito por este voluntariamente⁶.

A execução voluntária é a regra, já a execução forçada é exceção e será sempre aquela em que ocorrerá a intervenção estatal na realização da prestação. Assim, sempre que se fala em execução ou execução forçada, está-se a falar do processo de execução ou do cumprimento de

⁴ Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

⁵ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil: execução, processos nos tribunais e meios de impugnação das decisões**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 36.

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 47. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 3. p. 316.

sentença.

A execução forçada exige que a prestação/obrigação esteja representada em um documento ao qual a lei atribui força executiva – título executivo –, que pode ser extrajudicial (processo de execução autônomo) ou judicial (cumprimento de sentença), e, também, que tenha ocorrido o inadimplemento.

Nesse passo, o exercício da tutela jurisdicional executiva depende do atendimento de determinados requisitos – existência de título executivo e inadimplemento – e terá tratamento diverso, conforme se trate de processo autônomo de execução ou cumprimento de sentença.

O título executivo, como requisito formal, é a representação documental de uma norma concreta (judicial ou extrajudicial) que atribui a alguém uma prestação certa, líquida e exigível, sendo, portanto, essencial para fundamentar a pretensão de executar⁷. É a partir do seu conteúdo que se identifica as partes da execução, determina-se o objeto da atividade jurisdicional e delimita-se a responsabilidade patrimonial do executado.

A certeza da obrigação é pré-requisito dos demais atributos. É certa a obrigação quando não depender de qualquer elemento extrínseco para ser identificada: se, pela leitura do título, for possível perceber que há uma obrigação contraída e constatar quem é o credor, o devedor e quando aquela deve ser cumprida, haverá, então, certeza da obrigação⁸.

Além de certa, deve a obrigação ser líquida. A liquidez está presente quando a obrigação compreende todos os elementos indispensáveis à apuração da quantia devida. “É líquida a obrigação contida no título quando, de sua leitura, ou pela simples realização de cálculos aritméticos, possa apurar-se a quantidade de bens devidos”⁹.

Ao lado da certeza e da liquidez, a obrigação deve, ainda, ser exigível. É preciso que exista o direito à pretensão da obrigação e que o dever de cumprir seja atual. Não estando sujeito a termo ou à condição suspensiva, a obrigação é exigível diante do vencimento (inadimplemento) ou da demonstração do implemento da condição.

O inadimplemento, por sua vez, constitui requisito prático/material e necessário para promover a execução forçada. O seu conceito pertence ao direito material, que considera devedor inadimplente aquele que não cumpriu, na forma e no tempo devidos, o que lhe competia segundo a obrigação pactuada.

A obrigação pode estar representada por um título executivo judicial ou extrajudicial, ensejando uma nova fase – cumprimento de sentença – ou um processo autônomo de execução, e, conforme a natureza da obrigação, demandará a adoção de um ou outro procedimento. Ao presente trabalho interessa, de modo específico, o cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa, cujo procedimento será abordado a seguir.

⁷ ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 18 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 46.

⁸ DIDIER JR., Fredie et al. **Curso de Direito Processual Civil: execução**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 5. p. 263.

⁹ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil: execução, processos nos tribunais e meios de impugnação das decisões**. p. 69.

3. PROCESSO AUTÔNOMO DE EXECUÇÃO E CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

A terminologia utilizada pelo CPC se dá de acordo com a necessidade de se instaurar, ou não, uma nova relação jurídica processual para a prestação da tutela executiva. Na primeira hipótese, ter-se-á o processo autônomo de execução, enquanto na segunda, o cumprimento de sentença¹⁰.

O processo autônomo de execução está regulado pelo CPC no Livro II da Parte Especial, enquanto o cumprimento de sentença no Livro I da Parte Especial, já que ligado ao processo de conhecimento, na medida em que segue a fase cognitiva, na hipótese de inadimplemento.

A natureza do título executivo é que norteará a adoção do processo de execução ou do cumprimento de sentença. Em se tratando de algum dos títulos executivos extrajudiciais previstos no artigo 784¹¹ do CPC, a execução se dará de forma autônoma. Cuidando-se, por outro lado, de algum dos títulos executivos judiciais previstos no artigo 515¹² do mesmo diploma legal, adotar-se-

¹⁰ ABELHA, Marcelo. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 209.

¹¹ Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:

- I - a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque;
- II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor;
- III - o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas;
- IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal;
- V - o contrato garantido por hipoteca, penhor, anticrese ou outro direito real de garantia e aquele garantido por caução;
- VI - o contrato de seguro de vida em caso de morte;
- VII - o crédito decorrente de foro e laudêmio;
- VIII - o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio;
- IX - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;
- X - o crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas na respectiva convenção ou aprovadas em assembleia geral, desde que documentalmente comprovadas;
- XI - a certidão expedida por serventia notarial ou de registro relativa a valores de emolumentos e demais despesas devidas pelos atos por ela praticados, fixados nas tabelas estabelecidas em lei;
- XII - todos os demais títulos aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.

¹² Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:

- I - as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa;
- II - a decisão homologatória de autocomposição judicial;
- III - a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza;
- IV - o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal;
- V - o crédito de auxiliar da justiça, quando as custas, emolumentos ou honorários tiverem sido aprovados por decisão judicial;
- VI - a sentença penal condenatória transitada em julgado;
- VII - a sentença arbitral;
- VIII - a sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça;
- IX - a decisão interlocutória estrangeira, após a concessão do exequatur à carta rogatória pelo Superior Tribunal de Justiça;

á o cumprimento de sentença (processo sincrético).

Assim, há duas formas pelas quais a execução pode ser aperfeiçoada: com a formação de um processo próprio e a citação do devedor, ou de modo imediato, como sequência natural do processo de conhecimento, sem o estabelecimento de um novo e autônomo processo. Nesse passo, a execução imediata ocorre quando há título executivo judicial, enquanto o título executivo extrajudicial pressupõe o estabelecimento de um novo processo¹³.

Além dessa questão de ser a execução um processo autônomo ou uma nova fase, conforme esteja respaldada por um título executivo extrajudicial ou judicial, respectivamente, importa definir o procedimento a ser seguido para alcançar a satisfação da pretensão do exequente, a partir da prestação devida.

A execução fundada em título executivo extrajudicial possui natureza jurídica de ação, de modo que seu início depende da provocação do credor, por meio de uma petição inicial, seguindo-se a citação do executado para cumprir a prestação antes do início da execução forçada, mediante o uso de técnicas executivas que variarão conforme a natureza da obrigação constante do título¹⁴.

A execução com base em título executivo judicial, por outro lado, processa-se no mesmo processo em que a decisão exequenda foi proferida, porém em uma nova fase denominada cumprimento de sentença, dando origem ao processo sincrético, misto ou multifuncional¹⁵.

Independentemente de a execução se dar em processo autônomo ou na forma de cumprimento de sentença, a obrigação constante do título é que definirá o procedimento a ser adotado para a efetividade da tutela executiva.

O presente trabalho manter-se-á restrito ao estudo do cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa, previsto no artigo 523 e seguintes do CPC, porquanto é exatamente no curso do procedimento comum que se investiga se o prazo concedido ao executado para pagamento voluntário possui natureza material ou processual.

Inaugurada a fase do cumprimento de sentença pelo requerimento do credor, o executado será intimado – de regra, por meio de seu procurador constituído nos autos – para adimplir voluntariamente a obrigação a que restou condenado na decisão judicial, no prazo de 15 dias, sob pena de acréscimo de multa de 10% e honorários advocatícios de 10% ao montante da condenação, consoante dispõem o *caput* e o § 1º¹⁶ do artigo 523 do CPC. Apenas após a fluência desse prazo sem o pagamento do débito é que podem ser iniciados os atos estatais executivos (fase de constrição de bens)¹⁷.

Nesse contexto, considerando que os atos executivos apenas são autorizados uma vez não

¹³ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil: teoria geral e processo de conhecimento**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 24.

¹⁴ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Direito Processual Civil**. 13. ed. ref., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018. p. 559.

¹⁵ DIDIER JR., Fredie et al. **Curso de Direito Processual Civil: execução**. p. 46.

¹⁶ Art. 523. [...]

§ 1º Não ocorrendo pagamento voluntário no prazo do *caput*, o débito será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários de advogado de dez por cento.

¹⁷ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Direito Processual Civil**. p. 558-559.

efetuado o pagamento do débito após regular intimação, importante se mostra a análise acerca da natureza jurídica do prazo de 15 dias para pagamento voluntário, já que, conforme seja material ou processual, será contado em dias corridos ou apenas úteis, questão que repercute diretamente na efetividade e na razoável duração da tutela executiva.

4. O PRAZOS E SUA RELEVÂNCIA NA TUTELA JURISDICIONAL

O prazo, em geral, é um limite temporal para que algo possa ser realizado. No âmbito do direito, o prazo encontra relevância na possível perda do direito de praticar atos, ou mesmo nas eventuais consequências jurídicas incidentes em caso de sua inobservância.

No ordenamento jurídico brasileiro, existem duas espécies de prazos: os de natureza material e os de natureza processual.

Os prazos materiais, tais como os de prescrição e decadência, pertencem ao direito material, referindo-se a circunstâncias que antecedem a instauração do processo. A sua contagem é regulada pelo artigo 132¹⁸ do Código Civil (CC), sendo computados em dias contínuos, diferentemente do que ocorre com os prazos processuais, conforme será visto a seguir.

Os prazos de natureza material são contados por unidade de tempo, ou seja, por hora, dia, mês ou ano, levando em consideração uma série de critérios particulares dentro de cada unidade.

Os prazos de natureza processual, por seu turno, podem ser definidos como o lapso temporal em que o ato processual – conduta humana voluntária relevante para o processo – deve ser praticado, delineado pelos termos inicial e final. No processo, o termo inicial, geralmente, é a intimação da parte para que, querendo, pratique o ato, enquanto o termo final é o momento em que se finda o lapso temporal fixado para a sua realização¹⁹.

Logo, pode-se afirmar que é por meio do estabelecimento de prazos que o processo caminha em direção ao seu objetivo: a solução dos conflitos existentes entre as partes litigantes. Daí sucede a importância dos prazos para o processo²⁰.

Assim como os de natureza material, os prazos processuais podem ser contados em horas, dias, meses e anos. São mais comuns, no atual CPC, os prazos computados em dias e, em se tratando de prazos processuais, contam-se apenas os úteis, à luz do disposto no *caput*²¹ do artigo 219 do CPC²².

O critério de contagem dos prazos em dias úteis limita-se aos de natureza processual. Os prazos materiais, por sua vez, não se sujeitam a tal regra, pois, conforme se viu, são contados em

¹⁸ Art. 132. Salvo disposição legal ou convencional em contrário, computam-se os prazos, excluído o dia do começo, e incluído o do vencimento.

¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 59. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1. p. 535.

²⁰ ABELHA, Marcelo. **Manual de Direito Processual Civil**. p. 342.

²¹ Art. 219. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis.

²² BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 5. ed. ampl., atual. e int. rev. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 265.

dias corridos, na forma do que dispõe o parágrafo único²³ do supracitado artigo 219.

A contagem dos prazos em dias úteis é uma das novidades trazidas pelo novo CPC, considerando-se úteis, para fins forenses, aqueles não incluídos na previsão do artigo 216²⁴ do referido diploma legal.

Vale mencionar, no ponto, que um dos principais objetivos do novo CPC ao estabelecer a contagem dos prazos processuais em dias úteis foi justamente conferir maior tranquilidade aos advogados, que, assim, não mais precisam trabalhar nos recessos, feriados e finais de semana, como já reivindicava o Conselho Federal da OAB²⁵.

Exploradas as espécies de prazos existentes no atual ordenamento jurídico brasileiro – materiais e processuais –, convém investigar a natureza jurídica do prazo legal de 15 dias para cumprimento voluntário da obrigação de pagar quantia certa de que prevê o *caput* do artigo 523 do CPC.

5. A NATUREZA JURÍDICA DO PRAZO PARA PAGAMENTO NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA QUE RECONHEÇA OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL EXECUTIVA

A preocupação de viabilizar a tutela jurisdicional de conhecimento e satisfativa do modo mais célere e efetivo possível resta evidenciada já no artigo 4º do CPC, o que deve ser observado, sem, contudo, descuidar-se dos direitos e garantias processuais constitucionais contemplados no devido processo legal, que guardam relação direta com o tema dos prazos processuais.

Os prazos processuais, consoante já abordado anteriormente, têm a função de impulsionar o processo em direção ao resultado por ele pretendido. O processo começa por iniciativa das partes, mas se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei (art. 2º²⁶ do CPC).

Ao se referir à satisfação, o legislador manifesta sua preocupação não apenas à tutela de conhecimento, na qual se busca a resolução de uma crise de certeza, por meio de uma decisão judicial, mas, sobretudo, com o momento seguinte, que é a satisfação, a efetivação concreta do eventual direito reconhecido, referindo-se à tutela executiva (satisfativa).

No presente trabalho investiga-se exatamente a efetividade da tutela executiva no cumprimento de sentença, notadamente diante do debate que tem sido posto no que diz respeito à natureza do prazo legal de 15 dias para pagamento voluntário da obrigação de pagar quantia previsto no artigo 523 do CPC: se material ou processual, o que influenciará sua forma de

²³ Art. 219. [...]

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se somente aos prazos processuais.

²⁴ Art. 216. Além dos declarados em lei, são feriados, para efeito forense, os sábados, os domingos e os dias em que não haja expediente forense.

²⁵ WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. Dos prazos: regramento do “prazo” no Novo Código de Processo Civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 602-633.

²⁶ Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

contagem. Isso porque, como se viu, os prazos de direito material são contados em dias corridos, enquanto os de direito processual são computados apenas em dias úteis.

Ressalta-se que o prazo de 15 dias ora em comento está previsto no CPC, mas se destina à parte executada para que pratique um ato previsto no CC, qual seja, o pagamento, uma das modalidades de extinção de obrigações.

Nessa linha, considerando que o prazo está previsto na legislação processual, mas a prática do ato a que se destina é regulada pela legislação material, a discussão que se apresenta, diante da nova forma de contagem dos prazos processuais (apenas dias úteis), diversamente da contagem dos prazos materiais (dias corridos), é a de como deverá ser efetuada essa contagem. Aplica-se a regra de contagem do prazo de direito material ou processual? Qual delas coaduna mais à efetividade e duração razoável do processo?

Sobre a questão, parte da doutrina entende que o pagamento de que trata o *caput* do artigo 523 do CPC é ato destinado à própria parte devedora – que poderá realizar, ou não, o cumprimento espontâneo da decisão judicial –, e não a seu advogado, de forma que o prazo de 15 dias lá previsto é de natureza material, e, assim, deve ser contado em dias contínuos, por aplicação do disposto no parágrafo único do artigo 219 do CPC.

De outro lado, sob o argumento de que o cumprimento voluntário da decisão judicial (pagamento) produzirá efeitos no processo, influenciando nas etapas seguintes, tais como o início da fase executiva, de constrição de bens, parcela da doutrina sustenta que o prazo constante do artigo 523 é de natureza processual e, conseqüentemente, a sua contagem deverá observar a regra do direito processual, aplicando-se o *caput* do artigo 219 do CPC.

Dentre aqueles que se filiam à teoria de que o prazo legal de 15 dias para cumprimento voluntário da sentença é de natureza material, Neves argumenta que “[...] o prazo é material, porque o pagamento é ato a ser praticado pela parte e não pelo advogado, não se tratando, portanto, de ato postulatório”²⁷.

No mesmo sentido, Amaral defende que o referido prazo é de natureza material, uma vez que se destina à prática de ato pela parte: pagamento, e não do procurador, razão pela qual deve ser contado em dias corridos²⁸.

Shimura, nessa linha, sustenta que, embora a intimação do devedor se dê na pessoa do seu advogado, o pagamento do débito, em si, constitui ato de natureza material. Tanto é verdade que, na hipótese de o executado adimplir a dívida, depositando-a integralmente em juízo, sem a intervenção de seu procurador, o ato é considerado válido para fins de extinção do processo. Por essas razões, o autor defende que “o prazo de 15 dias há de fluir de modo ininterrupto, e não apenas nos dias úteis”²⁹.

Montenegro Filho também se filia à corrente doutrinária que entende se tratar de prazo

²⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 9. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 1.212.

²⁸ AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às Alterações do Novo CPC**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 310.

²⁹ SHIMURA, Sergio. Do cumprimento definitivo da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. p. 1297-1313.

material, argumentando que “[...] o prazo de 15 (quinze) dias de que o devedor dispõe para pagar é corrido, não considerando apenas os dias úteis, o que afasta a regra geral do art. 219 da lei processual, sob o fundamento de que não é prazo processual”³⁰.

Bueno, por outro lado, faz o contraponto, defendendo que o prazo para cumprimento da sentença previsto no *caput* do artigo 523 do CPC possui natureza processual, porque a oportunidade para o pagamento voluntário se dá no âmbito do processo e, por isso, deve incidir a regra processual de contagem desse prazo apenas nos dias úteis³¹.

Theodoro Júnior, da mesma forma, considera processual o prazo do artigo 523, sob o argumento de que se refere a um evento próprio do processo de execução, ainda que destinado à parte executada³².

No mesmo sentido, Medina sustenta que a intimação do devedor se dá no âmbito da tutela executiva e o pagamento pela parte deve ser considerado como sendo de natureza processual, de modo que o prazo para tanto deve ser contado apenas em dias úteis³³.

Além de Bueno, Theodoro Júnior e Medina, Didier Jr., Cunha, Braga e Oliveira igualmente se filiam ao entendimento de que o pagamento do débito pelo executado produzirá efeitos no processo, tratando-se, portanto, de ato processual, de modo que a natureza do prazo para praticá-lo também é processual, e, consequentemente, a regra a ser aplicada para a contagem do prazo é em dias úteis³⁴.

Em sintonia com a posição doutrinária referida no parágrafo anterior, o processualista Donizetti sustenta que, se o ato é realizado no processo, ainda que produza reflexos no direito material, trata-se de ato processual, e, assim, o prazo fixado para sua prática também deve ser considerado processual³⁵.

Acerca do debate quanto à natureza jurídica do prazo do artigo 523, *caput*, do CPC – se material ou processual –, a I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal, ao apreciar o tema, aprovou o Enunciado 89, que dispõe o seguinte: “conta-se em dias úteis o prazo do *caput* do art. 523 do CPC”³⁶, em consonância com a corrente doutrinária majoritária antes analisada.

No mesmo sentido, a jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do REsp 1708348/RJ³⁷, firmou-se no sentido de que o prazo para pagamento

³⁰ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Direito Processual Civil**. p. 682.

³¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. p. 538.

³² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 51. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 3. p. 118.

³³ MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 695

³⁴ DIDIER JR., Fredie et al. **Curso de Direito Processual Civil: execução**. p. 517.

³⁵ DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado: análise comparativa entre o NCPC e o CPC/1973**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 189.

³⁶ Centro de Estudos Judiciários. I Jornada de Direito Processual Civil: enunciados aprovados. Conselho da Justiça Federal, Brasília, p.1-33, ago. 2017.

³⁷ (Resp 1708348/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 01/08/2019)

voluntário no cumprimento de sentença de obrigação de pagar quantia é de natureza processual e, conseqüentemente, a ele deve ser aplicada a regra processual do *caput* do artigo 219 do CPC.

Nessa decisão do STJ merece destaque o voto do Ministro Marco Aurélio Belizze, o qual sustenta que, ainda que o prazo se destine à prática de ato pela parte executada, em razão de seu potencial de produzir conseqüências ao processo – com o pagamento haverá extinção, sem o pagamento haverá a incidência de multa de 10% e honorários advocatícios de 10%, bem como o início da fase de constrição de bens –, aquele deve ser considerado como de natureza processual e, por conseguinte, computado em dias úteis, incidindo a regra do artigo 219, *caput*, do CPC.

Como se viu, embora existisse divergência doutrinária sobre a natureza jurídica do prazo para pagamento previsto no artigo 523, *caput*, do CPC, a recente decisão do STJ parece ter resolvido a discussão que vinha sendo travada desde a vigência do CPC de 2015, reconhecendo-o como tendo natureza processual e, portanto, contado apenas em dias úteis, em consonância com a corrente majoritária que já vinha se consolidando.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao estabelecer a contagem dos prazos processuais em dias úteis, o CPC de 2015 visou a conferir maior tranquilidade aos advogados, que não mais precisam trabalhar nos recessos, feriados e finais de semana, pois, nesses períodos, os prazos não estão fluindo contra si.

Diante dessa alteração da forma de contagem dos prazos da legislação processual civil, passou-se a discutir acerca de ser o prazo previsto no artigo 523, *caput*, do CPC, para pagamento voluntário no cumprimento de sentença de obrigação de pagar quantia certa, de natureza processual ou material.

Analisando as ponderações trazidas por doutrinadores processualistas e mesmo pelas decisões jurisprudenciais, notadamente a recente decisão do STJ, citadas ao longo do trabalho, conclui-se que o prazo do *caput* do artigo 523 do CPC ostenta natureza processual, porquanto previsto na legislação processual civil, e, embora o pagamento deva ser efetuado pelo executado, o advogado tem o ônus processual de comunicá-lo e adverti-lo acerca das implicações processuais da ausência da prática do ato.

Dessa forma, independentemente de quem seja o seu destinatário – o executado ou o seu procurador –, o prazo do artigo 523 do CPC tem natureza processual e deve, portanto, ser computado apenas em dias úteis, nos termos do artigo 219, *caput*, do CPC.

Ora, ainda que o pagamento ou a sua ausência produzam reflexos no direito material, não resta dúvidas de que provocarão conseqüências processuais: se não ocorrer o pagamento, incidirá multa de 10% e honorários advocatícios de 10% sobre o montante da condenação, além de autorizar o início da fase executiva, com a constrição dos bens do devedor e a abertura do prazo para impugnação; se, por outro lado, ocorrer o pagamento, a fase executiva será extinta pela satisfação da obrigação.

Ressalta-se que a adesão à corrente doutrinária majoritária e à recente posição do STJ sobre o tema não afasta a preocupação com a efetividade da tutela jurisdicional executiva, porque

ao dilatar o tempo para pagamento, já que computados apenas os dias úteis, na forma do disposto no *caput* do artigo 219 do CPC, inevitável será o retardamento da satisfação do exequente/credor, objeto final da atividade jurisdicional executiva, na medida em que no prazo, se material, seriam contados não mais de 15 dias, o que não ocorre no prazo processual.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às Alterações do Novo CPC**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 18 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 5. ed. ampl., atual. e int. rev. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

Centro de Estudos Judiciários. I Jornada de Direito Processual Civil: enunciados aprovados. Conselho da Justiça Federal, Brasília, p.1-33, ago. 2017.

DIDIER JR., Fredie et al. **Curso de Direito Processual Civil: execução**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 5.

DONIZETTI, Elpídio. Novo Código de Processo Civil Comentado: análise comparativa entre o NCPC e o CPC/1973. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Novo Curso de Direito Processual Civil: execução, processos nos tribunais e meios de impugnação das decisões. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Novo Curso de Direito Processual Civil: teoria geral e processo de conhecimento. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Direito Processual Civil**. 13. ed. ref., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 9. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

SHIMURA, Sergio. Do cumprimento definitivo da sentença que reconhece a exigibilidade de

obrigação de pagar quantia certa. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1297-1313.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 47. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 3.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 51. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 3.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 59. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1.

WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. Dos prazos: regramento do “prazo” no Novo Código de Processo Civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 602-633.

A POSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO DE ÓRGÃO JURISDICIONAL TRANSNACIONAL PARA OS DIREITOS DE MIGRAÇÃO E REFUGIADOS¹

Jaqueline Moretti Quintero²

INTRODUÇÃO

Os Estados, como principais sujeitos do Direito Internacional, valem-se do Direito de Soberania como ideia de utilização desse Poder Soberano para tomada de decisões em nível internacional, como forma de proteger seus domínios e fronteiras em relação a poderes soberanos que se igualem a ele. Considerando que um Estado, de acordo com o princípio da jurisdição territorial, incontestável no direito internacional, é o único competente para exercer jurisdição sobre o seu território, população e patrimônio. Este é o único competente para decidir sobre as condições de entrada e de estada daqueles que não são seus Nacionais de acordo com a legislação estadual atual e proceder a uma expulsão subsequente, se necessário.

Analisando o aspecto das Migrações Internacionais, pode-se entender que a proteção dos Refugiados irá mudar de acordo com as circunstâncias, tanto no país de origem do requerente de asilo como no país de acolhimento. O contexto político, legal, social e cultural determina os meios utilizados para proporcionar-lhes a proteção garantida pelas convenções internacionais.

Há dois aspectos, do ponto de vista do indivíduo, o Refugiado é um estrangeiro particularmente desprotegido que tem garantias individuais limitadas. Do ponto de vista dos Estados receptores, a presença de Refugiados cria conflitos e internacionaliza os problemas das violações dos direitos humanos. Era necessário, portanto, criar o direito de regulamentar essa situação e tornar a proteção um ato humanitário e pacífico. Os direitos protegidos são vida, integridade física e liberdade.

Existem duas categorias principais de pessoas: os deslocados internos e os deslocados externamente. Nos dois casos, referimo-nos a vítimas deslocadas de violência política. A dramática situação dos deslocados internos constitui um novo desafio para o ACNUR e para a comunidade internacional.

1. A PLURALIDADE DE ORDENS JURÍDICAS PARA UM MUNDO DE PROBLEMAS CONSTITUCIONAIS COMUNS

A União Europeia pode ser considerada como projeto bem-sucedido de regionalismo político no mundo. É possível perceber que esse complexo institucional admite modelos

¹ Alguns trechos do presente artigo fazem parte da investigação publicada na tese de doutorado: QUINTERO, Jaqueline Moretti. Constitucionalismo e Migrações Transnacionais. UNIVALI. 2018.

² Doutora em Ciência Jurídica pela UNIVALI com Dupla Titulação com a Universidade de Perugia/Itália. Professora do Mestrado Profissional Internacional Conjunto em Direito das Migrações Transnacionais e do Curso de Direito da UNIVALI.

avançados de Democracia e de Estado de Direito desenvolvidos no decorrer das últimas décadas, inicialmente com objetivos econômicos, que acabaram por desenvolver um amplo sistema jurídico. A preocupação com a manutenção da estrutura jurídica e social da EU requer algumas condições a serem observadas pelos seus Estados-membros, pois³,

[...] candidatar-se a membro pleno de direito exige mais do que compartilhar um espaço geográfico, mas a observância de uma série de quesitos, em especial dos valores, prioridades, interesses e objetivos que regem a União Europeia (UE). Desde o Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia até a sua reforma — o Tratado da União Europeia e o Tratado de Funcionamento da União Europeia de 2010 —, foram muitos os avanços no processo de integração: traçou-se a união aduaneira, desenvolveram-se instituições políticas próprias, estabeleceu-se a moeda única, adotou-se um modelo de cidadania, desenvolveu-se uma política exterior e de segurança comum.

Este processo de integração abrange um contexto Constitucional mais amplo em termos de direitos humanos, com relação à doutrina de direitos estatutários individuais e garantias de não discriminação juntamente com uma perspectiva contextual sobre fatores que influenciam a reorientação das políticas de integração. Para Edgar Morin⁴

Em um mundo doravante multipolar, devemos nos esforçar por dar consistência à Europa, propiciando-lhe unidade, autonomia e vontade política. Isso lhe permitiria agir, visando à compreensão humana e à paz, sobre todos os grandes problemas do século. Tal continente deveria, então, por um lado, elaborar uma política comum de inserção dos imigrantes e, por outro, intervir contra a radicalização dos conflitos geradores de barbárie por toda parte onde eles se desencadeiam ou se prolongam, [...]

É evidente que o processo de Globalização apresenta níveis de dificuldade sociais que atingem não somente o Ocidente (e como se está falando de Globalização e aspectos mundiais, não se pode dividir o mundo em duas partes interdependentes), mas principalmente o Oriente, que (muitas vezes) carece de políticas e normas protetivas do ser humano e de uma Democracia participativa, por questões que vão de ordem econômica a influências religiosas que impõem um retrocesso a questões relativas à tutela da dignidade da pessoa humana e ao respeito aos direitos humanos⁵.

Em razão de todas essas questões e, principalmente do acesso a informações trazidas pela rede de comunicação mundial, que permite conhecer e perceber, ainda que a distância, um

³ SILVA, Wanise Cabral; AMARAL, Nemo de Andrade. **A Imigração na Europa: a ação política da União Europeia para as migrações extracomunitárias.** In: Sequência (Florianópolis), n. 66, p. 235-259, jul. 2013. p. 236.

⁴ MORIN, Edgar; HESSEL, Stéphane. **O Caminho da Esperança.** Trad. Edgard de Assis Carvalho, Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertand Brasil, 2012. p. 14.

⁵ Para Guido Fernando Silva Soares: “Embora os direitos humanos, por sua própria natureza, não possam comportar uma distinção entre indivíduos nacionais e estrangeiros, foram, nos primórdios da história de seu desenvolvimento, na forma de normas do “jus scriptum direitos expressos num sistema jurídico nacional fechado, dentro do qual seria possível comportar uma discriminação entre os nacionais e os estrangeiros. Mas, na medida em que a pessoa humana tem seus direitos definidos em normas internacionais, que desbordamos limites dos ordenamentos jurídicos nacionais, aquela discriminação perde sua razão de ser e, bem ao contrário, torna-se odiosa. À medida que os direitos humanos são definidos em relação a qualquer indivíduo, onde quer que se encontre, no tempo e no espaço, e que são direitos exigíveis de qualquer Estado, fazer discriminação em razão de origem nacional, passa a ser a negação da universalidade da pessoa humana.” SILVA SOARES, Guido Fernando. Os Direitos Humanos e a Proteção dos Estrangeiros. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.** p. 407.

mundo no qual alguns direitos fundamentais são respeitados, diferentemente do que algumas regiões da África e do Oriente Médio estão acostumadas a vivenciar, que as migrações ocorridas fortemente nas últimas décadas têm se expandido nessa direção Oriente-Occidente.

É importante, sem dúvida nenhuma, discutir como os Estados mais desenvolvidos poderão receber esses migrantes e estabelecer regras de permanência dessas pessoas que almejam conquistar uma nova vida, com mais dignidade. Essa discussão deve abranger os aspectos sociais, mas principalmente critérios econômicos e normas jurídicas para atingir todas essas perspectivas.

No entanto, o recebimento de migrantes pelo Estado receptor, ainda que amparados pelas decisões da Corte de Justiça da União Europeia e por políticas de Migração nacional estipuladas por cada Estado-membro, como é o caso da União Europeia, não consegue alcançar todas as dificuldades e problemas encontrados por esses migrantes no que tange ao desenvolvimento de trabalho digno, oferecido pelo país receptor, como aspectos de desrespeito e de atitudes xenófobas que enfraquecem as relações sociais em determinado grupo.

Nessa composição de pluralidade de ordens jurídicas para um mundo de problemas Constitucionais comuns, é possível identificar no método Transconstitucional como o modelo mais adequado para a evolução de uma simples situação fragmentada para uma caracterização muito mais construtiva entre ordens jurídicas, para além de métodos lineares definitivos (internacionais, Supranacionais, Transnacionais ou, até mesmo, jurídico-antropológicos locais).⁶

Não se pode impor sobre os Estados mais desenvolvidos a responsabilidade integral de responder jurídica, social e economicamente sobre o acolhimento de pessoas imigrantes. Torna-se necessário um debate aprofundado sobre a possibilidade de criação de órgãos jurídicos Transnacionais com capacidade coatora para impor sanções àqueles Estados e seus governos que não estão respeitando a dignidade do homem em seu estado de origem, com amplo poder de decisão.

A definição tradicional de Controvérsia Transnacional para Remo Caponi⁷ é considerada simples, mas já revela uma pluralidade de aspectos críticos. Em primeiro lugar, indica o problema: identificar os limites do exercício do poder jurisdicional do sistema estatal em relação a outras jurisdições. Em segundo lugar, revela o critério para resolvê-lo: os elementos de contato e extrínsecos da disputa são medidos em relação ao território do Estado no qual a jurisdição é exercida. Em terceiro lugar, revela o papel central desempenhado pela Soberania do Estado. Jurisdição é um aspecto da Soberania do Estado.

Uma vez que este último é exercido em um determinado território, a jurisdição encontra seus próprios limites nas fronteiras do estado. A globalização das relações sociais e econômicas certamente produz controvérsias, já que é difícil levar imediatamente a essa dimensão tradicional, como as que surgem na Internet ou nos mercados globais. De maneira mais geral, os sistemas jurídicos nacionais enfrentam dificuldades para regular eficientemente as relações Transnacionais. A disciplina destes últimos tende a mover-se do Estado para o nível internacional. Para tanto, é

⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 276.

⁷ CAPONI, Remo. Controversie Transnazionali ed Elementi di Giusto Processo. In: **Relazione Generale al XIV Convegno Mondiale dell'Associazione Internazionale di Diritto Processuale**. Heidelberg, 26-30 luglio 2011. ps.1-130. p. 80.

necessário considerar as influências dos fenômenos da mundialização e da internacionalização, como alerta José Flávio Sombra Saraiva⁸:

É necessário considerar os fenômenos da mundialização e da internacionalização como etapas prévias da evolução do capitalismo rumo à globalização. Esta corresponde à soma de fluxos transnacionais que percebemos afetar o cotidiano das pessoas e que levam à crise do Estado-nação, cujo universalismo e cuja soberania já são questionados. Atores não agem necessariamente contra o Estado, mas exigem mudanças de sua conduta tanto em termos de políticas internas quanto externas. Exigem que o Estado considere a comunidade internacional, uma vez que a interdependência e os problemas globais são responsabilidade de todos.

Assim, a Transnacionalização terá como objetivo ampliar as perspectivas jurídicas de atuação dos atores internacionais, para atender ao maior número possível de pessoas que percebam que seus direitos fundamentais (e aqui teremos que apelar ao direito natural na ausência de um Estado Constitucional de Direito) estão sendo reduzidos ou inobservados, prioritariamente, neste caso, na delimitação de direitos migratórios, coincidindo com a possibilidade de normatização sobre o cidadão cosmopolita.

Como preconiza Habermas⁹

Um ordem mundial e uma ordem econômica global mais pacífica e mais justa não podem ser concebidas sem instituições internacionais capazes de agir, nem sem processos de conciliação entre os regimes continentais ora emergentes, nem tampouco sem políticas que provavelmente só poderão se impor sob a pressão de uma sociedade civil capaz de transitar em esfera global.

O quadro oferecido pela doutrina Constitucional e jurisprudência em relação aos direitos dos estrangeiros em alguns sistemas jurídicos europeus é extremamente variado e complexo; é possível, no entanto, apontar uma tendência prevalecente destinada a superar a informação literal das constituições - que geralmente reconhecem direitos e liberdades "dualisticamente" fundamentais para "homens" e "cidadãos" - em vista da inclusão de estrangeiros dentro do global sistema Constitucional de direitos e liberdades.¹⁰

Estabelecer critérios que possam garantir a nacionalidade ao estrangeiro é garantir direitos, é permitir uma participação mais inclusiva na Sociedade Civil para demonstrar seus interesses de melhoria dessa Sociedade, não somente baseados em desejos particulares, mas em perspectivas solidárias baseadas na coirmandade.

Isso porque o processo democrático legitimado pode, quando necessário, “produzir um cultura política comum diante de uma composição cultural modificada da população”¹¹. Portanto, “[...] falta à cultura política da sociedade mundial a dimensão ético-política comum que seria

⁸ SARAIVA, José Flávio Sombra (Org.). **História das Relações Internacionais Contemporâneas**: a sociedade internacional do século XIX à era da globalização. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 324.

⁹ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p. 145.

¹⁰ LOCCHI, Maria Chiara. **I Diritti degli Stranieri**. Roma: Carocci editore, 2015. p. 103.

¹¹ HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional**: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.p. 94.

necessária para uma tal construção de uma comunidade e de identidade globais”.¹²

Já existe, em caráter Supranacional, como exemplo para reforçar as exposições propostas, o Tribunal Penal Internacional (TPI), que é um tribunal permanente, criado pelo Estatuto de Roma em 1998 e independente do sistema das Nações Unidas¹³, para julgar crimes de uma tal gravidade que possam constituir uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade.

O Estatuto de Roma distingue os conceitos de Jurisdição e refere-se aos parâmetros legais, ou critérios positivos de jurisdição e de admissibilidade, prevendo os critérios negativos que excluem a aceitação da jurisdição. Para respeitar a Soberania dos países, devem ser implementadas nas legislações nacionais dos Estados-parte as regras necessárias à cooperação com o Tribunal e à persecução penal dos delitos previstos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional (ETPI), de forma a concretizar a aplicação do princípio da complementaridade da jurisdição do TPI. De tal forma, o referido Estatuto prevê em seu artigo 1º¹⁴:

Artigo 1º: [...] O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto.

Tal exemplo vem coadunar com a possibilidade de criação de órgãos similares para a preservação dos direitos humanos, com a jurisdição efetivamente focada no direitos de Migração e de Refugiados, como ora se pretende propor.

A perspectiva Transnacional em face da migração é ainda mais relevante devido às forças da Globalização e suas repercussões na mobilidade. Agora é mais fácil do que nunca estar conectado a duas ou mais realidades além das fronteiras nacionais. O rápido desenvolvimento das redes de comunicação, transporte, comércio e informação, resultantes da Globalização, fortaleceram as conexões dos migrantes com dois ou mais lugares.

Os padrões de Migração também mudaram: hoje a migração pode ser curta ou longa, temporária ou permanente, ou consistir de uma série de itinerários em etapas, incluindo o retorno ao ponto de origem. Através do que é chamado "a cadeia de migração", migrantes de uma região ou cidade, em um determinado país, podem partir para outra região ou cidade específica em outro país, muitas vezes graças à ajuda do redes. Embora isso não seja um fenômeno novo, promove o Transnacionalismo.

¹² HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional**: ensaios políticos.p. 137.

¹³ Luigi Ferrajoli destaca a quebra de paradigma no modelo de normativas internacionais de Vestfália e um novo padrão voltado para os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana: “A Carta da ONU assinala, em suma, o nascimento de um novo direito internacional e o fim do velho paradigma – o modelo vestfaliano –, que se firmara três séculos antes com o fim de outra guerra europeia dos trinta anos. Tal carta equivale a um verdadeiro contrato social internacional – histórico e não metafórico, efetivo ato constituinte e não simples hipótese teórica ou filosófica –, com o qual o direito internacional muda estruturalmente, transformando-se de um sistema pactício, baseado em tratados bilaterais interpartes (entre partes homogêneas), num verdadeiro ordenamento jurídico supraestatal: não mais um simples pactum associationis (pacto associativo), mas também pactum subiectionis (pacto de sujeição). Mesmo porque a comunidade internacional, que até a Primeira Guerra era identificada como a comunidade das “nações cristãs” ou civilizadas – Europa e América –, é estendida pela primeira vez a todo o mundo como ordem jurídica mundial.” FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 40-41.

¹⁴ BRASIL. DECRETO Nº 4.388, DE 25 DE SETEMBRO DE 2002 **que Promulga o Estatuto do Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acessado em 03.11.2017

Depois dessas transformações, os migrantes podem estudar em um país, trabalhar e criar seus filhos em outro e se aposentar em um terceiro, além de muitas outras variações.

A partir do momento em que a preocupação com o desenvolvimento da Sociedade global estiver construída em bases que, além do desenvolvimento econômico, contemplem aspectos de interesses sociais, necessariamente embasados em leis que protejam o direito do homem, essa Sociedade poderá, talvez, tornar-se efetivamente cosmopolita e os direitos estabelecidos em sua base poderão atingir a um número maior de pessoas envolvidas.

Tudo isto requer, obviamente, vontade política dos governantes estatais e a possibilidade de órgãos jurídicos competentes e com legitimidade para exigir o cumprimento das normas de inclusão social e respeito à dignidade humana, independente de sua origem.

Um aspecto a ser observado é que a declaração nas normas internas dos Estados, sobre quem são seus Nacionais, bem como as eventuais distinções entre Nacionais e não-nacionais e, por implicação, quais os direitos dos estrangeiros, nos respectivos territórios, tradicionalmente, eram aspectos que o Direito Internacional Público definia como domínio reservado à competência interna dos Estados.

2. A NECESSIDADE DE DISCUSSÃO SOBRE A CRIAÇÃO DE ÓRGÃO JURISDICIONAL TRANSNACIONAL PARA OS DIREITOS DE MIGRAÇÃO

Nos tempos anteriores à Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, ou seja, nas épocas históricas em que os Direitos Humanos eram definidos unicamente em normas internas dos Estados, as únicas limitações aos poderes dos Estados, no relativo a direitos dos estrangeiros, referiam-se a poucas questões sobre a efetividade das concessões de Nacionalidade, e os limites que as próprias normas constitucionais internas impunham ao legislador infraconstitucional.

Se as políticas de Migração são abordadas de uma perspectiva Transnacional, é importante ter em mente as diferentes categorias de migrantes: por exemplo, alguns são migrantes temporários ou circulares que realizam atividades transnacionais que não sejam aquelas dos que migram com caráter permanente (viajam por razões de ensino superior ou por transferências dentro de uma empresa).

Da mesma forma, os Migrantes irregulares exigem atenção especial: certamente empreenderão atividades transnacionais, mas terão de enfrentar maiores obstáculos e eles terão menos acesso a medidas que possam facilitar suas contribuições Transfronteiriças, pois:

A elevação das normas de proteção à pessoa humana ao nível internacional, outras importantes limitações ao poder indiscriminado dos Estados de legislarem sobre a situação dos estrangeiros, foram sendo introduzidas nos ordenamentos internos dos Estados.¹⁵

De um modo geral, o Transnacionalismo diz respeito a pessoas que permanecem no país

¹⁵ SILVA SOARES, Guido Fernando. Os Direitos Humanos e a Proteção dos Estrangeiros. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo: USP, v. 99, 2004. p. 403-460. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67631/7024>. Acessado em 11/07/2018. p. 455.

quanto àqueles que se movem. As famílias dos migrantes que permanecem no país de origem, por exemplo, são parceiros importantes que devem ser levados em conta.

Normalmente, de caráter histórico, as experiências dos Migrantes, incluindo sua situação familiar ou condenações políticas, afetam o modo e a magnitude em que participam das atividades de Transnacionalismo, bem como em seu sentimento de identidade individual e coletiva. Existem efeitos favoráveis e desfavoráveis que podem surgir a partir destes Intercâmbios transnacionais para migrantes, suas famílias e sociedades em causa.

A possibilidade de criação de normativas Transnacionais que visem à garantia de direitos fundamentais e humanos, de forma igualitária para nacionais e migrantes, é emergencial em face da ausência de interesses percebido pelos grupos capitalistas, que não representam de forma alguma os interesses da coletividade.

O Transnacionalismo torna-se, portanto, um fator chave na gestão contemporânea da Migração.

As políticas de migração devem ser informadas e registradas para que os Governos possam conhecer as diversas realidades de possível atingimento do Transnacionalismo, seja positivo ou negativo, com vistas a aproveitar ao máximo os benefícios que isso pode trazer. Embora, globalmente, existam desafios inegáveis a migrantes que participam em atividades Transnacionais, tais interações contribuem para enriquecer numerosos espaços que ocupam.

A participação direta dos diferentes parceiros - incluindo os governos de origem e de acolhimento, as autoridades locais, os migrantes e as suas famílias, redes e associações de migrantes, da sociedade civil e do setor privado - são o eixo central que fortalece alianças para obter os melhores resultados para todos.

Defende-se, assim, que a tutela jurídica aos Direitos do Refugiado deve ser ampliada para a esfera global, através da institucionalização de um organismo competente para tal feito, que possa representar os interesses da população mundial, com regras à preservação das conquistas jurídicas já alcançadas em nível internacional sem estar vinculado a grupos privados, possuindo autonomia de decisão de imposição de regras que visem ao bem-estar das populações mundiais.

Na concepção de José Flávio Sombra Saraiva¹⁶, os conflitos mudaram e existe um processo de transição que deve ser observado, já que:

Existem mudanças em curso, há busca por novos princípios e regras de conduta que conformariam uma nova ordem. [...] Emergiram vários arquipélagos de valores e interesses que tornam difícil a comunicação entre as diferentes visões acerca do devir da sociedade internacional do futuro.

E prossegue reforçando o entendimento sobre a necessidade de criação de novo ordenamento jurídico internacional, afirmando que:

Reivindicar a dimensão do movimento em substituição aos esquemas estáticos e excessivamente estruturais é uma outra recomendação para o debate em torno da busca de

¹⁶ SARAIVA, José Flávio Sombra (Org.). **História das Relações Internacionais Contemporâneas**: a sociedade internacional do século XIX à era da globalização. p. 346.

explicação plausível para a construção de um ordenamento inédito internacional.¹⁷

A unidade de Direito Internacional de Direitos Humanos se reflete na existência de um conjunto de elementos e características básicas que são comuns a esses Direitos. Os sistemas de Promoção e Proteção Internacional dos Direitos Humanos estão intimamente vinculados ao fenômeno das Organizações Internacionais, já que surgem e se desenvolvem sempre dentro de uma Organização Internacional que lhes oferece suporte ideológico, institucional e material e que possa garantir a sobrevivência e autonomia de cada um dos sistemas.¹⁸

A harmonização de sistemas jurídicos diferentes (Nacionais, Supranacionais), por meio de uma identidade de normas provenientes de cada região na qual se originou, mostram como a União Europeia pode servir como experiência não de unificação normativa, mas de diálogos transnacionais entre normas distintas, pois segundo Mireille Delmas-Marty¹⁹, isso impediria o retrocesso a uma ordem totalitária:

Na escala planetária, o espaço normativo ainda é apenas muito pouco ordenado. Daí o interesse de combinar conformidade e compatibilidade para se esforçar em organizar a diversidade dos sistemas sem importância a impossível unidade, pois a busca de uma ordem planetária unificada traria o risco de redundar numa ordem totalitária, que impõe hegemonia de uma cultura, de um Estado ou de uma região sobre as outras.

Reforça, ainda, que tais processos dialogados auxiliam na elaboração de princípios comuns:

A esse respeito, a sobreposição dos conjuntos normativos nacionais, regionais e mundiais já implantada, ou cuja criação é incentivada pela ata final da Conferência de Viena, parece ser um instrumento adequado. Pois essa sobreposição permite todo um jogo de referências cruzadas (de um país ou de uma região à outra, mas também de um nível nacional, regional ou mundial ao outro), o que facilita a elaboração de princípios comuns, não só declarativos, mas que regem as escolhas e a interpretação das normas jurídicas nacionais.”

A Transnacionalidade jurídica como dialética de intervenções e regulações propositivas tende a buscar alternativas para alcançar todos os envolvidos nos interesses de suplantat atos e leis internas que possam atingir os direitos do homem e, assim, garantir decisões e julgamentos institucionais internacionais que mantenham a salvo os direitos e garantias fundamentais ao homem, especialmente, no caso em tela, do Migrante ou Refugiado.

O Estado cosmopolita é o Estado de paz de longo prazo. A ideia de uma Constituição cosmopolita que garanta uma “unificação de todos os provos sob leis públicas” tem como significado um Estado de paz “verdadeiro”, peremptório e não meramente provisório.²⁰

O centro nevrálgico do Transconstitucionalismo é trabalhar com todos os tipos de ordens jurídicas no sistema jurídico mundial multinível (estatais, internacionais, supranacionais,

¹⁷ SARAIVA, José Flávio Sombra (Org.). **História das Relações Internacionais Contemporâneas**: a sociedade internacional do século XIX à era da globalização. p. 346-347.

¹⁸ VELASCO, Manuel Díez de. **Instituciones de Derecho Internacional Público**. 13. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2001. p. 544.

¹⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um Direito Comum**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 289.

²⁰ HABERMAS, Jürgen. **O Ocidente Dividido**: pequenos escritos políticos X. p. 171.

transnacionais e locais), para trazer respostas aos conflitos e problemas jurídicos relacionados, especialmente, com os direitos humanos, preocupados com a pluralidade de “[...] interpretações/concretizações das normas e da incongruência prática dos diferentes tipos de direitos humanos”²¹, para que não interfira negativamente na decisão ou julgamento para dirimir tais problemas. A tendência de um julgamento liberal pode ter um apelo diverso de um julgamento social-democrata para o mesmo conflito de direitos humanos analisado.

A Constituição do Estado Democrático de Direito, como esclarece Marcelo Neves²², é reestruturada de forma permanente, através da interpretação e aplicação do Direito pelos organismos julgadores. “Esse é o paradoxo das hierarquias entrelaçadas: a sentença Constitucional, subordinada normativamente à Constituição, [...], o que é Constitucional.”²³

[...] a ‘Constituição Europeia’ não é uma verdadeira constituição, que passe a CRP para um segundo plano, infraconstitucional. E parece claro – e esta é a razão decisiva – que nenhuma revisão constitucional pode consagrar uma solução com este alcance, porque isso equivaleria a perder a constituição, fruto da vontade do povo soberano, equivaleria a perder a soberania que reside no povo, equivaleria a perder a independência nacional. Ora esta questão nunca foi sequer equacionada politicamente e, portanto, estava em absoluto fora da cogitação dos deputados que votaram a revisão constitucional.²⁴

Os desafios apresentados por problemas Transnacionais e novos arranjos Geopolíticos proporcionam uma oportunidade para uma nova abordagem progressiva à interação global.

Encontramos, para tanto, dificuldades da teoria do direito de assumir uma representação de Direito Transnacional como um conceito supostamente universal, pois a nossa linguagem jurídica está intimamente ligada ao Direito do Estado-nação. O campo está aberto a inovações conceituais, que podem fazer parte do vocabulário da linguagem em que o discurso jurídico Global e Transfronteiriço será conduzido.

O aspecto normativo defende o tratamento discursivo de conflitos de autoridade, em busca de soluções compatíveis para esses conflitos, através de um processo de aprendizagem mútua e de integração, com perspectiva de ordens legais internacionais relevantes para o fim de alcançar reconstruções coerentes da lei e da justiça.

O questionamento da primazia da Soberania do Estado é a pedra angular do Sistema Europeu de Integração Regional. O principal objetivo da Proteção Internacional dos Direitos Humanos como um todo seria o de interligar o Estado em uma rede de compromissos internacionais que poderiam ser invocados em apoio a sanções contra Governos que estivessem minando a Democracia e os Direitos Fundamentais.

²¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 256.

²² Como forma de solução de controvérsias comuns em nível internacional, “[...] o transconstitucionalismo implica o reconhecimento de que as diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução de um problema-caso constitucional – a saber, de direitos fundamentais ou humanos e de organização legítima do poder –, que lhes seja concomitantemente relevante, devem buscar formas transversais de articulação para a solução do problema, cada uma delas observando a outra, para compreender os seus próprios limites e possibilidades de contribuir para solucioná-lo.”. Fonte: NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 297.

²³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 296.

²⁴ NUNES, A. J. AVELÃS. **A Constituição Europeia** - A Constitucionalização do Neoliberalismo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 46.

A submissão dos Estados à lei resultou na criação de Jurisdições Internacionais com o intuito de assegurar a implementação de Princípios superiores definidos nos textos Constitucionais. Tal imposição de Princípios Internacionais, baseados nos valores Constitucionais Nacionais do respeito à vida e à Liberdade, para garantir os Direitos Humanos, apresentou um processo de rejeição, na medida em que tais imposições jurisdicionais poderiam minar a autonomia e, consequentemente, a Soberania Estatal.

Analizando essa consternância, na concepção de Jürgen Habermas²⁵, o ponto da juridificação pacificadora das relações internacionais constitui um Direito Internacional na sua forma clássica, apresentando o reflexo invertido da relação entre o Estado e a Constituição.

Esse Direito Internacional clássico pode até mesmo ser entendido como uma espécie de Constituição, na medida em que cria uma comunidade jurídica entre as partes que formalmente têm os mesmos Direitos. Certamente, esta protolitização do direito internacional difere de uma Constituição Republicana em vários aspectos essenciais. Ele não é composto de indivíduos que formam uma comunidade jurídica, mas sim de atores coletivos, e também tem a função de constituir uma autoridade política.

O Constitucionalismo Transnacional que a Europa vem discutindo desde o pós Segunda Guerra Mundial é parte do movimento liberal que inspirou o desenvolvimento de salvaguardas Constitucionais a nível nacional no século XIX. Reconhecendo a ideia de limites à Soberania do Estado e ao controle jurisdicional sobre os atos dos governos, ele lançou as bases para uma nova sociedade na qual o que acontece dentro das fronteiras nacionais não mais constitui a área reservada dos Estados, e onde os remédios são fornecidos para permitir que o indivíduo tenha proteção contra a arbitrariedade.

Para uma organização de parceiros com mesmos direitos consagrados na Liberdade e igualdade, segundo Jürgen Habermas²⁶:

[...] falta é um poder supranacional, para além dos Estados que rivalizam entre si, que forneça à comunidade de Estados **constituída internacionalmente possibilidades de sanção e capacidades de atuação necessárias para a imposição de suas regras**. [grifo nosso]

A ONU não conseguiu impor a Convenção de 1990 sobre os Direitos dos Migrantes e não consegue lançar uma linha de ação coletiva na arena multilateral sobre a questão da Migração. No entanto, na esfera da ONU e além, as organizações internacionais estão discutindo o surgimento de uma agência especializada em migração.

De todo modo, merece destaque, a adoção por parte da Assembleia Geral da ONU, em de 19 de setembro de 2016, da Declaração de Nova York para Refugiados e Migrantes, que trata de um conjunto de compromissos para melhorar a proteção de Refugiados e Migrantes. A Declaração reafirma a importância do regime internacional de proteção e compromete os Estados a fortalecer e aperfeiçoar os mecanismos para proteger as pessoas Migrantes. Nele, os Estados se comprometem a trabalhar para a adoção de um Pacto Global sobre Refugiados e um Pacto Global

²⁵ HABERMAS, Jürgen. **O Ocidente Dividido**: pequenos escritos políticos X. p. 185.

²⁶ HABERMAS, Jürgen. **O Ocidente Dividido**: pequenos escritos políticos X. p. 185.

para uma Migração Segura, Ordenada e Regular. Embora o Pacto não seja um documento juridicamente vinculativo, muitos vêem a sua negociação como uma oportunidade importante para melhorar a resposta da comunidade internacional aos Refugiados e Migrantes.

Ainda assim, existem lacunas observadas como a omissão sobre deslocados internos, e a falta de clareza sobre como responder àqueles que precisam de proteção internacional que estão fora da definição de Refugiado. Em última análise, se os Pactos fazem a diferença na vida dos refugiados e Migrantes dependerá da vontade política dos Estados para desenvolver e implementar compromissos, especialmente de ordem jurídica, para maior proteção a essas pessoas que não possuem direitos ou garantias jurídicas suficientes.²⁷

O processo pelo qual o Pacto Global sobre Migração Segura, Ordenada e Regular está sendo desenvolvido é muito mais complicado e aberto. Este processo é apoiado por várias entidades ligadas ao sistema das Nações Unidas, incluindo a Organização Internacional para as Migrações, o Grupo Global de Migração, o Gabinete do Secretário-Geral e a Presidência da Assembleia Geral. A liderança política vem dos dois estados membros que servem como co-facilitadores para o pacto migratório - México e Suíça - cada um dos quais está fortemente comprometido com o sucesso do processo.

Os processos que levam aos compactos globais demonstram a crescente multilateralização das questões da mobilidade humana global. No lado da migração, o caminho da Declaração de Nova York, o desenvolvimento de um pacto global e a conferência de 2018 fazem deste um período de consolidação rápida e significativa de um regime nascente de migração internacional. A relativa autonomia do processo de compactação da migração da política em nível Nacional significa que, para muitos atores, a arena global oferece uma plataforma mais aberta para a discussão de inovações políticas do que o espaço político nacional.

As lutas globais mais amplas sobre poder e recursos moldam o movimento internacional de pessoas, e não se pode esperar que a Política de Migrantes e Refugiados resolva questões fundamentais de governança, desenvolvimento, economia política global e segurança humana. Trata-se, portanto, de uma oportunidade única de geração de uma estrutura política e jurídica internacional para Migração.

Os Direitos Humanos têm sido tradicionalmente enquadrados numa perspectiva vertical com os deveres dos Estados confinados aos seus próprios cidadãos ou residentes e as obrigações além desse espaço territorial têm sido mínimas. No entanto, o paradigma territorial tem sido

²⁷ “O pacto global prevê medidas específicas que beneficiam ambos os refugiados e as comunidades de acolhimento, como o fortalecimento da infraestrutura educacional e de saúde do país de acolhimento, além de economias em potencial. O Pacto Global também prevê medidas como o reassentamento e outros caminhos para países terceiros para ajudar a aliviar as pressões sobre os países que abrigam os maiores números. O processo que levou ao pacto global sobre os refugiados foi estabelecido em setembro de 2016, quando a Assembleia Geral da ONU adotou a Declaração de Nova Iorque para Refugiados e Migrantes, que deu ao ACNUR a tarefa de desenvolver um “pacto” baseado nessas consultas. O novo acordo internacional também se baseia em lições importantes da aplicação de uma nova perspectiva para uma resposta mais abrangente a essas crises, conhecida como a Estrutura Abrangente de Resposta aos Refugiados (CRRF, em inglês), em 15 países. As experiências compartilhadas na câmara do Conselho Econômico e Social da ONU (ECOSOC, em inglês) sugeriram uma enorme promessa na nova abordagem que sustenta o pacto global a ser considerado pela Assembleia Geral antes do final do ano.”. Fonte: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Agência da ONU para Refugiados.** Líderes mundiais expressam forte apoio ao novo acordo sobre refugiados na Assembleia Geral da ONU. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/2018/09/27/lideres-mundiais-expressam-forte-apoio-ao-novo-acordo-sobre-refugiados-na-assembleia-geral-da-onu/>>. Acessado em 27/09/2018.

seriamente desafiado nos últimos anos, em parte devido à crescente conscientização da capacidade dos Estados e de outros atores de impactar os direitos humanos longe de casa, tanto positiva quanto negativamente.

Em resposta a essa conscientização, Princípios Jurídicos surgiram estabelecendo algumas obrigações Transnacionais de direitos humanos de diferentes graus. No entanto, apesar dessas iniciativas, instituições judiciais e órgãos de monitoramento continuam a mostrar uma enorme hesitação em ir além de uma leitura territorial do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Para apresentar garantias e segurança jurídica para além do Estado e além das fronteiras, é essencial o desenvolvimento de diálogos constitucionais dentre órgãos jurisdicionais, com o intuito de auxiliar em decisões jurídicas protetoras dos Direitos Humanos, além de buscar na construção de jurisprudências estatais referências que possam fornecer elementos de subsídio para a construção de Tribunal Mundial competente para dizimar conflitos de direitos humanos e Direitos dos Migrantes e Refugiados em nível global.

No esclarecimento de Marcelo Neves²⁸ sobre o desenvolvimento de diálogos Constitucionais em nível Transnacional, pode-se perceber a preocupação de ausência de Tribunal competente:

Além do fato de que as ideias constitucionais migram mediante legislação e doutrina de uma ordem jurídica para outra, há um entrecruzamento de problemas que exigem um diálogo constitucional no nível jurisdicional, sobretudo através do desenvolvimento de tribunais constitucionais ou cortes supremas.

Reforça ainda²⁹, que não se trata apenas de utilização de jurisprudência de um tribunal de determinado Estado por outro tribunal de outro Estado-Nação, influenciando seus cidadãos, mas sim, criando decisões com efeitos vinculantes e com aplicações baseadas nas razões de cada tribunal:

Não se trata simplesmente de constatar que as decisões tomadas no âmbito de uma ordem estatal influenciam outras ordens estatais e têm efeitos sobre os cidadãos de outros Estados. Tampouco a questão se refere simplesmente a um “transjudicialismo”, como forma de referências recíprocas entre decisões de tribunais de Estados diversos. Mais do que isso, o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas importa que, em casos tipicamente constitucionais, as decisões de cortes constitucionais de outros Estados são invocadas em decisões de tribunal constitucional de um determinado Estado.

Uma deficiência do status atual da lei de direitos humanos dentro do quadro mais amplo do direito internacional público é o foco exclusivo dos direitos tratados de direitos e seus mecanismos de monitoramento sobre os Estados como portadores de deveres. Isso não corresponde mais às realidades do nosso mundo Globalizado onde outros atores além dos Estados, como instituições financeiras internacionais e outras organizações intergovernamentais, corporações transnacionais e outros atores não estatais desfrutam de poderes crescentes que afetam a vida dos indivíduos independentemente das fronteiras Nacionais. Essa aplicação acaba,

²⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 166-167.

²⁹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 168.

naturalmente, se redefinindo aos Migrantes que buscam inserção nos países de acolhimento.

Com relação ao Transconstitucionalismo entre Direito Internacional Público e Direito Estatal, existem ainda discrepâncias decisórias e de aplicação jurisdicional, como alerta Marcelo Neves³⁰:

Na relação entre ordens jurídicas internacionais e ordens jurídicas estatais, surgem cada vez mais frequentemente casos-problemas jurídicos-constitucionais cuja solução interessa, simultaneamente, às diversas ordens envolvidas. São situações em que é invocado mais de um tribunal para a solução do caso, sem que, necessariamente, existam normas de solução de conflitos de competência ou, em havendo, sem que haja convergência em torno delas por parte dos respectivos tribunais.

Nesse diapasão, entende-se fortemente necessária a criação de Órgão Transnacional com poderes sancionatórios para a manutenção do equilíbrio e da paz mundial, para que possa concentrar, de forma justa, adequada e convergente as decisões jurídicas que afetarão as pessoas envolvidas em determinados temas jurídicos (neste trabalho procura-se destacar os problemas que envolvam direitos dos Refugiados e dos Migrantes em geral) que exigirão julgamentos imparciais e amplamente protegidos pelos Direitos Humanos para qualquer demanda de Direito Migratório em nível global.

Na concepção de Jürgen Habermas³¹, uma comunidade com ações sancionatórias é necessária para a manutenção da paz internacional e o banimento da guerra, com perspectivas de atuação Transnacional:

A aliança entre os povos e o banimento da guerra estão na lógica de um desenvolvimento ligado ao *status de membro* dos sujeitos de direito internacional. No início existe apenas uma comunidade de Estados constituída de forma “fraca” em comparação com o Estado republicano, que precisa ser complementada no plano transnacional por órgãos de regulação e de aplicação do direito, bem como por potenciais sancionatórios, se for se tornar uma comunidade com capacidade de atuação.

Diante das pesquisas realizadas, apresenta-se como sugestão de resolução de conflitos em nível Transnacional, a criação de um Tribunal Mundial de Direitos dos Refugiados e Migrantes, que assinala a capacidade da proposta para responder aos desafios contemporâneos em nosso mundo globalizado. O Tribunal exerceria jurisdição não apenas em relação aos Estados, mas também em relação a uma ampla gama de outros atores, incluindo organizações intergovernamentais, organizações Transnacionais e outros atores não estatais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Utilizando o modelo da Corte Internacional de Justiça como forma de Transnacionalização de decisões judiciais, pode-se destacar que a Corte Internacional de Justiça, tem competência juridicamente vinculante em respeito aos Estados, somente quando apreendidos por Estados, e somente em relação a direitos e obrigações dos Estados uns aos outros. O indivíduo, bem como os

³⁰ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 132.

³¹ HABERMAS, Jürgen. **O Ocidente Dividido**: pequenos escritos políticos X. p. 186.

Direitos Humanos a ele concernentes, não estão em foco. É verdade que o procedimento para pareceres consultivos para a Corte Internacional de Justiça, abre um espaço mais amplo para atores e questões em nível mundial.

Essa análise nos permite lançar luz sobre este fenômeno contemporâneo das condições legais e estatutárias da mobilidade e as respostas pragmáticas a esse processo. As possibilidades e limites da intervenção do Estado em questões de Migração foram ficando mais claras, mas o texto permanece muito vago e cauteloso quanto à forma de pressões e ações de Organizações Internacionais ou Regionais sobre política Estatal.

Reconhecer a Migração Internacional como uma realidade multidimensional que afeta o desenvolvimento dos países de origem, trânsito e destino, faz possível a realização do entendimento de que a Migração Internacional é uma questão transversal que deve ser abordada de maneira coerente, ampla e equilibrada pelos Estados.

A tendência atual na evolução das políticas de migração é orientada para o aumento sustentado da seletividade, deixando de lado as pessoas com menos educação e gerando um viés social. Exige uma ênfase sobre essa situação, abrindo o mercado de trabalho de forma igualitária. É necessário continuar a aprofundar a questão da migração a partir da realidade transversal e transnacional.

Diante dos argumentos apresentados, defende-se a possibilidade de criação de Órgão Jurisdicional Transnacional para os Direitos de Migração e Refugiados com o intuito de estabelecer normas específicas para o Direito de Migrantes e Refugiados, atingindo os Estados que se vincularem ao referido órgão. Estas normas devem prever sanções aos Estados que contrariem os Direitos Humanos e a Proteção Internacional a esses Direitos. Tal órgão Jurisdicional seria denominado de Tribunal Mundial de Direitos dos Refugiados e Migrantes.

Este Órgão de interferência Transnacional deverá ser independente e com poder coercitivo a ser aplicado sempre que forem julgados processos judiciais que verifiquem transgressões aos Direitos Humanos e dos Refugiados e Migrantes, impulsionado pelo reconhecimento da pluralidade de interesses nacionais, regionais e dos sistemas jurídicos internacionais e seu próprio dever de fidelidade a tais sistemas.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. DECRETO Nº 4.388, DE 25 DE SETEMBRO DE 2002 **que Promulga o Estatuto do Tribunal Penal Internacional.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acessado em 03.11.2017

CAPONI, Remo. Controversie Transnazionali ed Elementi di Giusto Processo. *In: Relazione Generale al XIV Convegno Mondiale dell'Associazione Internazionale di Diritto Processuale.* Heidelberg, 26-30 luglio 2011.p.1-130.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um Direito Comum.** Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional**: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. O Ocidente Dividido: pequenos escritos políticos X. Tradução de Bianca Tavorari. São Paulo: Editora UNESP, 2016. ITZCOVICH, G. **Teorie e Ideologie del Diritto Comunitário**. Torino: Giappichelli. 2006.

LOCCHI, Maria Chiara. **I Diritti degli Stranieri**. Roma: Carocci editore, 2015.

MORIN, Edgar; HESSEL, Stéphane. **O Caminho da Esperança**. Trad. Edgard de Assis Carvalho, Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertand Brasil, 2012.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

NUNES, A. J. AVELÃS. A Constituição Europeia - A Constitucionalização do Neoliberalismo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SARAIVA, José Flávio Sombra (Org.). **História das Relações Internacionais Contemporâneas**: a sociedade internacional do século XIX à era da globalização. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA SOARES, Guido Fernando. Os Direitos Humanos e a Proteção dos Estrangeiros. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo: USP, v. 99, 2004. p. 403-460. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67631/7024>. Acessado em 11/07/2018.

SILVA, Wanise Cabral; AMARAL, Nemo de Andrade. **A Imigração na Europa: a ação política da União Europeia para as migrações extracomunitária**. *In: Seqüência* (Florianópolis), n. 66, p. 235-259, jul. 2013.

VELASCO, Manuel Diez de. **Instituciones de Derecho Internacional Público**. 13. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2001.

A EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO COM BASE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Norberto Hafermann Neto¹

Ricardo Stanzola Vieira²

INTRODUÇÃO

O presente artigo possui como objetivo analisar a educação ambiental no contexto de garantia do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado inserto na Constituição Federal de 88, procurando demonstrar a necessidade de maior incentivo à participação permanente e responsável na preservação do equilíbrio ambiental para o desenvolvimento sustentável.

Assim, o direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado configura-se como um direito fundamental na ordem constitucional brasileira parte do pressuposto de que o art. 225 da CF/88 sendo um enunciado normativo de direito fundamental que expressa uma norma de direito fundamental atributiva de um direito subjetivo, e que esta norma se fundamenta formal e materialmente como uma norma de direito fundamental.

Desta forma, para melhor compreensão, em um primeiro momento conceituaremos e demonstraremos a evolução dos direitos fundamentais e suas gerações.

Posteriormente, com base na CF/88, será dada ênfase ao direito fundamental ao meio ambiente equilibrado para que ao final possamos entender a importância do princípio da educação ambiental como forma de garantir a qualidade ambiental e o direito ao meio ambiente equilibrado por meio da conscientização dos cidadãos acerca dos problemas ambientais.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Objetivando a necessidade de proteger o homem do poder estatal e a ampla liberdade individual, juntamente com o Estado liberal surgem os direitos fundamentais.

Acerca do surgimento dos direitos fundamentais, Alexandre de Moraes³ explica:

¹ Bacharel em direito, Advogado, Pós graduado em direito previdenciário - Faculdade Damásio de Jesus. Mestrando em Ciências Jurídicas - Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), E-mail: netohn@hotmail.com.

² Professor Doutor Programa de Pós graduação em Ciências Jurídicas (UNIVALI).

³ MORAES, Alexandre. **Os 10 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 178.

“[...] surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosóficos-jurídicos, das ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural”.

Assim, os direitos fundamentais devem ser vistos como a categoria instituída com o objetivo de proteção aos direitos à dignidade, à liberdade, à propriedade e à igualdade de todos os seres humanos. A expressão fundamental demonstra que tais direitos são imprescindíveis à condição humana e ao convívio social.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet⁴ ensina:

Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo.

Nesse contexto, a teoria dos direitos fundamentais, como conhecemos hoje, é o resultado de uma lenta e profunda transformação das instituições políticas e das concepções jurídicas.

Já em relação a sua conceituação, Moraes⁵ define o direito fundamental como:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

A Unesco, por sua vez, conceitua como sendo:

[...] de um lado a proteção de maneira institucionalizada dos direitos da pessoa humana contra os excessos do poder cometido pelos órgãos do Estado, e por outro, regras para se estabelecer condições humanas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

Desta feita, a evolução dos direitos fundamentais até alcançar a importância que possui atualmente, da forma que vincula todas as esferas do direito, passa pela evolução do Estado de direito juntamente com o desenvolvimento da teoria constitucional.

No Brasil, esse processo de desenvolvimento dos direitos fundamentais e o processo de constitucionalização do direito é um processo mais recente, todavia muito mais vigoroso, iniciado com o surgimento da Constituição de 1988 e o surgimento do Estado Democrático de Direito.

Segundo Barroso⁶:

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.70.

⁵ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Ed. Atlas, 2002. p.39.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional do Brasil)**. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMAMENTO, D. (Orgs.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.226.

A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também da supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios.

Deste modo, a pessoa humana é colocada em um patamar diferente do que se tinha no Estado liberal, haja vista a incidência dos princípios constitucionais sobre todo o direito, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, os direitos fundamentais da Constituição caracterizam-se por uma fundamentalidade, simultaneamente, material e formal, pois reconhecidos na Constituição formal e, em resumo podem ser definidos, por Sarlet⁷, como:

[...] todas as posições jurídicas relativas à pessoa humana que, por seu conteúdo e por sua importância (e daí a fundamentalidade material) foram consagrados no texto constitucional, sendo retirados da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), vem como todos aqueles que, por seu conteúdo, possam lhes ser equiparados, tenham ou não assento na Constituição Formal (tratados internacionais, aos direitos implícitos e os direitos fora do Catálogo em geral).

Vale, entretanto, destacar que não obstante os direitos fundamentais governarem toda a Constituição e a ordem jurídica que deles deriva, não o fazem como uma monarquia absoluta. Por outro lado, verifica-se que o problema de como implementar o plano de governo dos Direitos Fundamentais, constitui temática intimamente vinculada à sua eficácia e efetividade.

No que cerne à classificação dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões, há autores que vislumbram a existência de até cinco dimensões de direitos fundamentais, sendo que há consenso doutrinário na classificação das três primeiras dimensões, as quais serão explicadas resumidamente a seguir.

Podemos classificar como direitos fundamentais de primeira dimensão aqueles direitos relacionados à liberdade, ou seja, os direitos e garantias individuais e políticos, cujos titulares são os indivíduos, possuindo um caráter negativo, sendo que são opostos principalmente ao Estado.

Neste sentido Biagi⁸:

Enquanto direitos de defesa, os direitos fundamentais implicam para o Estado, um dever de abstenção de agir, de não-interferência ou de não intromissão na esfera de liberdade individual que estaria, então, imune ao *jus imperii* do Estado.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão podem ser considerados como aqueles de detenção coletiva e que possuem um caráter positivo, relacionando-se com o princípio da igualdade, os quais são representados pelos direitos sociais, econômicos e culturais.

Nessa acepção, Brega Filho⁹ explica:

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais e sua eficácia na ordem constitucional**. Revista da Ajuris n. 76. Porto Alegre: Ed. Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 1999. p.367.

⁸ BIAGI, Cláudia Perotto. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p.44.

⁹ BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: Conteúdo Jurídico das Expressões**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p.23.

Foram definidos e assegurados os direitos sociais, econômicos e culturais buscando garantir condições sociais razoáveis a todos os homens para o exercício das liberdades individuais. Haveria uma complementação entre as Liberdades Públicas e os direitos sociais, “pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas.

Já os direitos fundamentais de terceira dimensão estão intimamente ligados aos direitos de solidariedade ou fraternidade, e conforme destaca Marcelo Novelino¹⁰, podendo ser considerados como os direitos relacionados ao desenvolvimento (*ou* progresso), ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, bem como o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

Moraes¹¹, ensina nessa perspectiva:

Enquanto os *direitos de primeira geração* (direitos civis e políticos)- que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os *direitos de segunda geração* (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou

concretas – acentuam o princípio da igualdade, os *direitos de terceira geração*, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pena nota essencial inexauribilidade.

Dessa forma, é imprescindível o reconhecimento e respeito aos direitos fundamentais em qualquer sociedade, além do que, com a preservação de tais direitos, será também respeitada a dignidade da pessoa humana, que é a base vital de qualquer cidadão.

2. DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO – VISÃO CONSTITUCIONAL

De acordo com o que fora abordado anteriormente, observa-se que a proteção ambiental adquiriu relevância jurídica através das mudanças ocorridas no cenário global, tendo destaque nesse cenário os direitos fundamentais de terceira geração.

Segundo Bobbio¹²:

Esses direitos não poderiam ter sido sequer imaginados quando foram proposto os de segunda geração, do mesmo modo como estes últimos (por exemplo, o direito à instrução ou à assistência) não eram sequer concebíveis quando foram promulgadas as primeiras Declarações setecentistas.

E, seguindo essa mudança, a Constituição de 1988¹³ reconheceu o meio ambiente como um direito fundamental essencial para uma sadia qualidade de vida:

¹⁰ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. p.356.

¹¹ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 2002.p.59.

¹² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.6/7.

¹³ Constituição Federativa do Brasil de 1988.

Todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Élida Seguin¹⁴ possui o entendimento de que:

O direito fundamental reconhecido no art. 225 da CF, de que todos têm direito a uma “sadia qualidade de vida e meio ambiente ecologicamente equilibrado”, trouxe à tona uma análise mais extensiva da expressão Meio Ambiente.

Desta forma, o artigo desenvolvido dentro do capítulo constitucional destinado aos direitos sociais eleva assim a prerrogativa da sociedade contemporânea em seu direito reconhecido, de habitar um ambiente ecologicamente equilibrado.

Nas considerações do Ministro José Celso de Mello Filho, trata-se de um típico direito de terceira geração, aplicado a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica em especial obrigação – que incumbe o Estado e a própria coletividade, de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações.

Extraí-se jurisprudência¹⁵ nesse sentido:

E M E N T A: MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGERACIONAIS - ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III) - ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELES PERTINENTE - MEDIDAS SUJEITAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI - SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS, AUTORIZAR, LICENCIAR OU PERMITIR OBRAS E/OU ATIVIDADES NOS ESPAÇOS TERRITORIAIS PROTEGIDOS, DESDE QUE RESPEITADA, QUANTO A ESTES, A INTEGRIDADE DOS ATRIBUTOS JUSTIFICADORES DO REGIME DE PROTEÇÃO ESPECIAL - RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225) - COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES - OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) - A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170,

VI) - DECISÃO NÃO REFERENDADA - CONSEQÜENTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS

PESSOAS. - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é

¹⁴ SEGUIN, Elida. **Direito Ambiental: nossa casa planetária**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.17.

¹⁵ (ADI 3540 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ 03- 02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528).

irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA

A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que arege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. O ART. 4º DO CÓDIGO FLORESTAL E A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.166-67/2001: UM AVANÇO EXPRESSIVO NA TUTELA DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. - A Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4º do Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão. - Somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal. - É lícito ao Poder Público - qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) - autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III).

Da análise de tal jurisprudência, verificam-se diversos preceitos constitucionais ligados a proteção ambiental, existindo uma verdadeira consagração de uma política ambiental, também como dever jurídico constitucional atribuído ao Estado e à coletividade.

Assim, vislumbra-se na Constituição que o direito fundamental ao meio ambiente

ecologicamente equilibrado se insere ao lado do direito à vida, à igualdade, bem como, à liberdade, caracterizando-se pelo cunho social amplo e não individual.

Em relação ao conceito do meio ambiente ecologicamente equilibrado, Milaré¹⁶ explica:

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é, assim, condição inafastável para o desenvolvimento saudável da vida humana, assim com a saúde ambiental é pressuposto básico para a saúde humana, notadamente nos quadros da saúde pública. A integração harmônica entre o homem e a natureza implica a imersão da figura humana no ambiente. O homem está na natureza, faz parte do meio onde vive e, ao agredi-lo, agride a si próprio. Ao protegê-lo, por outro lado, garante o futuro de seus descendentes e realiza-se como indivíduo e como ser biótico. É nesse momento que passa a sentir-se unido e conectado à rede infinita e palpitante da vida planetária.

Assim, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é, sem dúvidas, imprescindível à realização da vida humana digna, por isso, o direito a este ambiente salubre e harmônico é um direito humano fundamental.

Élida Seguin¹⁷ entende que a expressão meio ambiente ecologicamente equilibrado possui significado utópico e somente será atingido depois de modificados os instrumentos de alcance do desenvolvimento científico-tecnológico, explicando:

Meio Ambiente ecologicamente equilibrado representa uma abrangência conceitual de significado utópico. A determinação dos parâmetros de uma sadia qualidade de vida dependerá de paradigmas sócio-culturais e do avanço do conhecimento científico-tecnológico.

Desta forma, entende a autora a necessidade da conscientização ecológica de todos os indivíduos atuando como sujeitos ativos deste direito fundamental, buscando sempre o desenvolvimento sustentável. Somente desta forma seria possível a garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e uma sadia qualidade de vida para as presentes e futuras gerações.

Destaca-se ainda que o meio ambiente compreende a todos os seres vivos e não podemos nos limitar a uma visão antropocêntrica.

Segundo Capra¹⁸:

A ecologia rasa é antropocêntrica, ou centralizada no ser humano. Ela vê os seres humanos como situados acima ou fora da natureza, como a fonte de todos os valores, e atribui apenas um valor instrumental, ou de "uso", à natureza. A ecologia profunda não separa seres humanos — ou qualquer outra coisa — do meio ambiente natural. mundo não como uma coleção de objetos isolados, mas como uma rede de fenômenos que estão fundamentalmente interconectados e são interdependentes. A ecologia profunda reconhece o valor intrínseco de todos os seres vivos e concebe os seres humanos apenas como um fio particular na teia da vida.

Assim, em que pese a Constituição Federal adotar uma visão antropocêntrica ao exprimir que é direito do ser humano usufruir de um meio ambiente equilibrado, devemos notar a interdependência entre todas as espécies, pois todas as vidas estão inevitavelmente conectadas.

¹⁶ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 7. ed. rev. atual. e reform. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.137.

¹⁷ SEGUIN, Elida. **Direito Ambiental: nossa casa planetária**. p.17.

¹⁸ CAPRA, Frijof. **A teia da vida: uma compreensão científica dos sistemas vivos**. São Paulo: Cultrix, 1996. p.17.

Destarte, conservar os bens ambientais torna-se imprescindível para manutenção da qualidade de vida em um meio ambiente equilibrado, e, conseqüentemente, incontestável é a relevância do direito ao meio ecologicamente equilibrado nos direitos fundamentais da pessoa humana.

3. A EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO

A educação ambiental nasce com o objetivo de gerar uma consciência ecológica em cada ser humano, preocupada em dar oportunidade e conhecimento que permitam mudar o comportamento, pendendo à proteção da natureza.

Sabemos que a educação é uma das bases que forma o ser humano, sendo que neste pilar reside à necessidade de educar para se atingir um bom nível de democracia.

Percebemos que uma sociedade formada por pessoas de grau de escolaridade elevado é mais participativa. Reuter¹⁹, explica que embora não se possa atrelar a participação ao grau de escolaridade da população, percebe-se que a educação popularizada tem trazido significativos avanços na autonomia, liberdade e consciência das decisões.

Nesse sentido, a educação ambiental deveria assumir caráter de instrumento fundamental, sendo que, as oportunidades de transformar os aspectos éticos das relações entre a sociedade e o ambiente físico dependem, em grande parte, de nosso nível de abertura à tradição em que estamos inseridos.

Essa tradição, segundo Gadamer²⁰ “nos coloca frente a todas as nossas possibilidades humanas e, desta maneira, nos põe em contato com o nosso futuro”.

Nesse sentido, Carvalho aduz que a educação ambiental crítica tem:

[...] a intenção de contribuir para uma mudança de valores e atitudes, formando um sujeito ecológico capaz de identificar e problematizar as questões socioambientais e agir sobre elas.

Sabe-se que a preocupação com a educação ambiental teve um ápice em 1972 por meio da Declaração de Estocolmo, em seu 19º princípio, sendo determinado a essencialidade de um trabalho de educação em matéria ambiental, tanto para as gerações mais jovens como para as mais adultas, que tenha em conta os menos favorecidos.

Trindade²¹ entende que este princípio possui a finalidade de possibilitar a formação de uma opinião pública esclarecida e uma conduta responsável por parte dos indivíduos, das empresas e comunidade, na proteção e melhoria do ambiente e sua dimensão humana global.

Nesta perspectiva a educação ambiental tem fundamental papel, consubstanciando-se

¹⁹ REUTER, Luciano. **Políticas públicas para a implementação de uma educação ambiental**. Revista de divulgação científica da ULBRA/Torres. Torres: ULBRA, v. 1, n.1, 2002. p.35.

²⁰ GRÜN, Mauro. **Ética e Educação Ambiental: a conexão necessária**. 9 ed. Campinas, SP: Papirus, 2005. p.114.

²¹ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e meio ambiente**. Porto Alegre: Safe, 1993. p.56.

em uma necessidade do mundo moderno, existindo no sentido de serem criadas condições para a participação dos diferentes segmentos sociais, tanto na formulação de políticas para o meio ambiente, quanto do meio natural, social e cultural.

Ivanaldo Soares da Silva Junior²² explica que a prática educativa deve partir de uma premissa de que a sociedade é um lugar em constantes conflitos e confrontos, não existindo harmonia, nas esferas políticas, econômicas, das relações sociais, e dos valores, possibilitando que diferentes segmentos da sociedade, possam ter condições de intervirem no processo de gestão ambiental.

Assim, objetivando a formação da personalidade em relação a um meio ambiente ecologicamente equilibrado é preciso que este trabalho seja contínuo e permanente, como acrescenta Geraldo Ferreira Lanfredi²³:

A educação ambiental objetiva a formação da personalidade despertando a consciência ecológica em crianças e jovens, além de adulto, para valorizar e preservar a natureza, porquanto, de acordo com princípios comumente aceito, para que se possa prevenir de maneira adequada, necessário é conscientizar e educar. A educação ambiental é um dos mecanismos privilegiados para a preservação e conservação da natureza, ensino que há de ser obrigatório desde a pré-escola, passando pelas escolas de 1º e 2º grau, especialmente na zona rural, prosseguindo nos cursos superiores.

Promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente é o que está redigido no artigo 225, inciso VI da nossa Constituição.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[...]

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

Nesse sentido, acerca da temática conscientização, conveniente trazer os ensinamentos de Freire²⁴:

[...] [a conscientização] consiste no desenvolvimento crítico da tomada de consciência. A conscientização implica, pois, que ultrapassemos a esfera espontânea de apreensão da realidade, para chegarmos a uma esfera crítica na qual a realidade se dá como objeto cognoscível e na qual o homem assume uma posição epistemológica. [...] A conscientização não pode existir fora da

²² JUNIOR, Ivanaldo Soares da Silva. **A educação ambiental como meio para a concretização do desenvolvimento sustentável**. Revista dos Tribunais. v. 13, n. 50, 2008. p.104.

²³ LANFREDI, Geraldo Ferreira. **Política ambiental – Busca da efetividade de seus instrumentos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.197.

²⁴ FREIRE, Paulo. **Conscientização, teoria e prática da libertação: uma introdução ao pensamento de Paulo Freire**. São Paulo: Moraes, 1980, p.26.

“práxis”, ou melhor, sem o ato ação-reflexão. Esta unidade dialética constitui, de maneira permanente, o modo de ser ou de transformar o mundo que caracteriza os homens.

Assim, a conscientização em prol da proteção do meio ambiente implica não apenas em tomada de consciência da realidade, mas principalmente, no reconhecimento da realidade com olhar crítico. A conscientização demanda, obrigatoriamente, reflexão.

O conhecimento é utilizado e os problemas são desvelados e analisados em busca de soluções viáveis na tentativa de transformar a realidade ambiental.

Neste contexto, Patrícia Mousinho²⁵ expõe:

A educação, que é o alicerce do Estado Democrático de Direito, é um direito público subjetivo do cidadão, por intermédio do qual ele assume a plenitude de sua dignidade e resgata a cidadania, figurando no rol dos direitos humanos, reconhecidos pela comunidade internacional. É a forma, ainda, de atingir diversas finalidades, como saúde pública. É um processo em que se busca despertar a preocupação individual e coletiva para a questão ambiental, garantindo o acesso à informação em linguagem adequada, contribuindo para o desenvolvimento de uma consciência crítica e estimulando o enfrentamento das questões ambientais e sociais.

Nessa mesma linha de raciocínio Ivanaldo Soares da Silva Junior²⁶ enfatiza que:

A educação ambiental deve se constituir em uma ação educativa permanente por intermédio da qual a comunidade têm a tomada de consciência de sua realidade global, do tipo de relações que os homens estabelecem entre si e com a natureza, dos problemas derivados e de ditas relações e suas causas profundas. Este processo deve ser desenvolvido por meio de práticas que possibilitem comportamentos direcionados a transformação superadora da realidade atual, nas searas sociais e naturais, através do desenvolvimento do educando das habilidades e atitudes necessárias para dita transformação.

Porém, em que pese a Constituição Federal em seu artigo 225 dizer que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, não é o vemos nos dias atuais em que se vê a devastação do meio ambiente, como os desmatamentos, poluição dos rios, mares e do ar.

Assim, a educação ambiental é um processo de aprendizagem permanente, frente às profundas transformações que precisamos experimentar. É necessário um convívio respeitoso e articulado com todas as formas de vida, pois tal educação reafirma valores e ações que contribuem para a transformação humana, social e ecológica.

Cláudio Portilho de Jesus²⁷ afirma que:

O despertar da consciência de estar incluído num grande movimento em defesa da vida, a partir dos problemas ambientais, constitui um novo espaço aglutinador de gestos solidários e ações de cidadania.

²⁵ MOUSINHO, Patrícia. **Glossário**. In: Trigueiro, André. (Coord.) **Meio ambiente no século 21**. Rio de Janeiro: Sextante, 2003. p.158.

²⁶ JUNIOR, Ivanaldo Soares da Silva. **A educação ambiental como meio para a concretização do desenvolvimento sustentável**. 2008. p.100.

²⁷ JESUS, Claudio Portilho de; STOREY, Christine; JESUS, Edilza Larey; SANTOS, Elizabeth da Conceição; SILVA, Rosilene Gomes da. **Educação Ambiental**. Universidade Estadual da Amazônia, 2004. p.11.

Tal educação confirma os valores e ações que contribuem para a transformação humana e social, estimula a formação de sociedades socialmente justas e ecologicamente equilibradas, que conservam entre si relação de interdependência e diversidade, requerendo, portanto, responsabilidade individual e coletiva.

A educação ambiental cumprirá o seu papel, pois o dever de preservação cabe ao Estado e a coletividade, uma vez que o meio ambiente não é um bem privado ou público, mas bem de uso comum do povo.

Neste sentido, é importante ressaltar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 3º), quando diz que todo indivíduo tem direito “à vida”, incluído está o meio ambiente equilibrado, pois este é uma das condições essenciais à existência da vida em toda a sua plenitude e dignidade humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto neste artigo, entendemos que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é pressuposto essencial para o desenvolvimento da vida humana com qualidade.

O ser humano ao proteger tal meio ambiente, garante o futuro próprio e de seus descendentes. Assim, a Educação Ambiental visa atingir essa ligação entre homem e natureza, proporcionando aos cidadãos a conscientização em relação à sua função diante da natureza e diante dos problemas ambientais.

A conscientização ecológica, advinda da educação ambiental, possibilita aos indivíduos um agir reflexivo, ético e ativo para transformação da realidade destrutiva do meio natural, construindo a cidadania ambiental e efetivando os valores e princípios de conservação do ambiente expressos na Constituição de 1988.

Em suas diversas formas, a educação ambiental deve transmitir um conhecimento necessário para que os alunos adquiram uma base adequada de compreensão dos problemas e soluções, da importância da responsabilidade de cada um para construir uma sociedade mais ambientalmente sustentável.

Assim, serão formados cidadãos com comportamentos direcionados a preservação e estimulados para o desenvolvimento sustentável com o intuito de proporcionar um meio ambiente ecologicamente equilibrado em consonância com a dignidade da pessoa humana.

Por fim, observamos por meio deste estudo a necessidade de maior incentivo à participação permanente e responsável na preservação do equilíbrio ambiental, para fortalecer o desenvolvimento sustentável, como fundamento para o futuro da humanidade, devendo ser inserido desde as séries iniciais e tendo continuidade nas séries subsequentes.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ADI 3540 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional do Brasil)**. In: SOUZA NETO, C. P; SARMAMENTO, D. (Orgs.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BIAGI, Cláudia Perotto. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: Conteúdo Jurídico das Expressões**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

CAPRA, Frijof. **A teia da vida: uma compreensão científica dos sistemas vivos**. São Paulo: Cultrix, 1996.

Constituição Federativa do Brasil de 1988.

FREIRE, Paulo. **Conscientização, teoria e prática da libertação: uma introdução ao pensamento de Paulo Freire**. São Paulo: Moraes, 1980, p.26.

GRÜN, Mauro. **Ética e Educação Ambiental: a conexão necessária**. 9 ed. Campinas, SP: Papirus, 2005.

JESUS, Claudio Portilho de; STOREY, Christine; JESUS, Edilza Larey; SANTOS, Elizabeth da Conceição; SILVA, Rosilene Gomes da. **Educação Ambiental**. Universidade Estadual da Amazônia, 2004.

JUNIOR, Ivanaldo Soares da Silva. **A educação ambiental como meio para a concretização do desenvolvimento sustentável**. Revista dos Tribunais. v. 13, n. 50, 2008.

LANFREDI, Geraldo Ferreira. **Política ambiental – Busca da efetividade de seus instrumentos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Les dimensions internationales des droits de l’homme. Unesco, 1978. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001342/134209fo.pdf>> Acesso em 10 de fevereiro de 2018.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 7. ed. rev. atual. e reform. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MOUSINHO, Patrícia. **Glossário**. In: Trigueiro, André. (Coord.) **Meio ambiente no século 21**. Rio de Janeiro: Sextante, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Ed. Atlas, 2002.

_____. **Os 10 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Atlas, 1999.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

REUTER, Luciano. **Políticas públicas para a implementação de uma educação ambiental**. Revista de divulgação científica da ULBRA/Torres. Torres: ULBRA, v. 1, n.1, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais e sua eficácia na ordem constitucional**. Revista da Ajuris n. 76. Porto Alegre: Ed. Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 1999.

SEGUIN, Elida. **Direito Ambiental**: nossa casa planetária. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e meio ambiente**. Porto Alegre: Safe, 1993.

O PREJUÍZO DA “REGRA DO PREJUÍZO”: A NÃO RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 563 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (*PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*).

Airto Chaves Junior¹

Leonardo Costa de Paula²

Thiago Aguiar de Pádua³

INTRODUÇÃO

Este estudo propõe uma revisão crítica da literatura jurídica processual penal brasileira no que se refere ao sistema de nulidades. Para tanto, busca demonstrar a incompatibilidade constitucional vertical da norma pré-constitucional prevista no art. 563, do Código de Processo Penal (*pas de nullité sans grief*), dispositivo que radica em antigo postulado napoleônico que buscava calar os magistrados contra o poder imperial e que, hoje, nem mesmo é prestigiado no sistema jurídico processual francês.

Para o abandono do obscurantismo criminal que o alberga e num convite ao diálogo e à reflexão, inicia-se a pesquisa com o estudo das raízes do significado do postulado consubstanciado na máxima jurídica incorporada ao Processo Penal Brasileiro de que “não há nulidade se não houver prejuízo”. Neste primeiro momento, procura-se discutir a absoluta discricionariedade do referido postulado à ambiência instalada pela Constituinte de outubro de 1988, pois a sua incidência autoriza que se suspendam, arbitrariamente, as normas constitucionais consubstanciadas no contraditório, na ampla defesa, enfim, no devido processo legal.

A partir disso, passa-se a interpretar a CRFB/88 conforme a lei, ao tempo em que a legislação ordinária se transforma em orientador de validade da norma constitucional numa verdadeira “interpretação constitucional retrospectiva”, fazendo que o novel ordenamento constitucional interpretado de modo a não inovar, de acordo com os preceitos anticonstitucionais e antidemocráticos pretéritos a 1988, num claro prejuízo a todos que são processados de acordo com um verdadeiro “devido processo inconstitucional”.

Mais adiante, demonstra-se as impropriedades na recepção do postulado *pas de nullité sans grief* no sistema jurídico brasileiro sob o prisma da ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 612, permitindo-se uma discussão sobre este importante tema

¹ Doutor e Mestre em Ciência Jurídica (UNIVALI). Doctor en Derecho (Universidad de Alicante, Espanha); Professor do Programa de Pós-Graduação *Strito Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Advogado.

² Doutor em Direito do Estado (UFPR), Mestre em Direito Público e Evolução Social (UNESA) Coordenador da Escola Brasileira de Direito Criminal. Professor e coorganizador do Programa Brasileiro sobre Reforma Processual Penal, edição de Curitiba (CEJA-Observatório da Mentalidade Inquisitória). Vice-presidente do Observatório da Mentalidade Inquisitória. Vice-presidente da Comissão Científica e Acadêmica Nacional da ABRACRIM. Advogado.

³ Doutor e Mestre em Direito (UniCEUB). Professor do Programa de Pós-Graduação *Strito Sensu* em Direito do UDF - Centro Universitário do Distrito Federal. Membro do Centro de Estudos Constitucionais – CBEC. Vice-Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da ANACRIM – Associação Nacional da Advocacia Criminal. Advogado.

relacionado às garantias constitucionais do processo penal. Discute-se, a partir disso, a equivocada aplicação generalizada daquilo que se compreende uma “cláusula geral” de interpretação de nulidades no Processo Penal. Neste ponto, evidencia-se que o sistema de prejuízo do *pas de nullité sans grief* não é aplicado no Processo Penal Francês, mas sim, a regra da garantia dos interesses do acusado, e não do prejuízo.

Na sequência, o texto busca tratar das razões da não recepção vertical do postulado do *pas de nullité sans grief* no sistema jurídico brasileiro, bem como da importância da tipicidade das formas no âmbito de proteção da parte mais fraca da relação processual penal: o acusado. Por consequência disso, ao final, apresentam-se propostas consubstanciadas na revogação no plano legislativo do art. 563, do Código de Processo Penal, declaração de inconstitucionalidade desse dispositivo e, ainda, inversão do ônus probatório (prova do não prejuízo) para o Estado, uma vez que a tipicidade é instrumento de garantia de toda pessoa submetida ao Processo Penal.

Quanto ao método de pesquisa, adota-se o indutivo, o qual é subsidiado pela pesquisa bibliográfica, análise da legislação brasileira e francesa, bem como de precedentes jurisprudenciais.

1. SOBRE O PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF E AS RAÍZES DO ART. 563 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

1.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

O tema ora discutido diz respeito ao profundo e enraizado desrespeito ao artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na dupla face do devido processo legal: substantivo e objetivo. É que essa norma constitucional é violada sempre que se aplica (e isso ocorre com muita frequência) nas decisões judiciais o suposto postulado *pas de nullité sans grief*, representativo do art. 563 do Código de Processo Penal, como se fosse ele “princípio geral do direito”⁴.

Numa formulação bastante simples, embora provocativa, pode-se dizer que o chamado postulado *pas de nullité sans grief* é uma espécie de regra nº 42, tal qual aquela famosa regra mencionada em “Alice no País das Maravilhas”, sacada da manga de maneira casuística de modo a permitir que juízes e tribunais, mediante decisionismo discricionário, e, portanto arbitrário, violem regras legais garantidas na legislação processual penal ordinária, encartada dentre os direitos fundamentais da CRFB/88 e, ainda, nos tratados internacionais de direitos humanos⁵.

O fragmento remete, implicitamente, à “denúncia” à seletividade das agências do controle penal. A “regra nº 42” bem materializa metáfora do “problema criminal” e do “controle penal” e,

⁴ CPP: “Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”.

⁵ Num outro contexto, falando sobre o legado da criminóloga venezuelana Lola Anyar de Castro e a mesma regra n. 42 de Alice “sacada pelo Supremo Tribunal Federal nos crimes contra a humanidade, cfr.: PÁDUA, Thiago Aguiar; MACHADO, Bruno Amaral. Reminiscências do pensamento crítico de Lola Anyar de Castro e o julgamento dos crimes contra a humanidade no Brasil. *Utopía y praxis latinoamericana*. año: 24, nº extra 2, 2019, pp. 101-123.

também, da articulação entre ambos, centrais para analisar as realidades periféricas⁶. No caso de Alice, na clássica cena do julgamento sobre o furto das tortas, o julgador “inventa uma regra” para prejudicar Alice, que bem percebe o truque e o denuncia:

(...) Tão logo o júri recuperou-se do choque e que suas lousas e lápis foram encontrados e devolvidos, eles sentaram-se e começaram a trabalhar diligentemente no relato do acidente. Todos, exceto o Lagarto, que parecia muito chocado para fazer outra coisa que ficar com a boca aberta, olhando para o teto da corte com os olhos esgazeados. “Que você sabe a respeito do caso?”, o Rei perguntou a Alice. “Nada”, respondeu Alice. “Nada de nada?”, insistiu o Rei. “Nada de nada”, disse Alice. “Isso é muito importante”, disse o Rei, voltando-se para o júri. Os jurados estavam começando a escrever em suas lousas quando o Coelho interrompeu: “Desimportante, é o que Vossa Majestade quer dizer, claro”, ele disse, em um tom respeitoso, mas franzindo o cenho e fazendo caretas. “Desimportante, é claro, foi o que eu quis dizer”, o Rei retomou rapidamente, e continuou falando consigo mesmo a meia-voz “importante... desimportante... desimportante... importante...” como se estivesse procurando qual palavra soava melhor. Alguns dos jurados escreveram “importante” e alguns “desimportante”. Alice pôde ver por que estava perto o suficiente para ver as lousas. “Mas isso não tem a menor importância”, ela pensou consigo mesma.” Nesse momento o Rei, que estivera ocupado por algum tempo escrevendo alguma coisa em um caderno de anotações, gritou: “Silêncio!” e leu o que estava escrito. “Artigo Quarenta e dois. Todas as pessoas com mais de um quilômetro e meio de altura devem abandonar o tribunal.” Todo mundo olhou para Alice. “Eu não tenho mais de um quilômetro e meio”, disse Alice. “Tem sim”, disse o Rei. “Quase três quilômetros”, completou a Rainha. “Bem, de qualquer jeito, não vou embora”, disse Alice. “Além do mais, esse artigo não é legal, pois vocês acabaram de inventá-lo.” “É o artigo mais antigo do código”, retrucou o Rei. “Então deveria ser o Número Um”, argumentou Alice. O Rei empalideceu, fechando seu livro de notas rapidamente (...).⁷

Pois bem, é exatamente o que ocorre quando os juízes e tribunais aplicam o art. 563, do Código de Processo Penal Brasileiro para validar ilegalidades. Referido dispositivo preconiza que não será declarada a nulidade quando não demonstrado o prejuízo, construção que radica no postulado *pas de nullité sans grief*, verdadeira “Regra nº 42 do Processo Penal”, pois mediante a mesma discricionariedade arbitrária articulada na literatura de Lewis Carrol, o Estado-juiz permite que um ato praticado em desacordo com o Código de Processo Penal, em descompasso com a CRFB/88, bem como, em violação a Tratados Internacionais que regulamentam normas de Direitos Humanos, tenha eficácia legal e factual. A prática, pois, acaba por suspender a norma relativa ao devido processo legal, criando-se uma zona cinzenta entre a vigência do texto constitucional e a sua efetiva aplicação, como no caso de Alice.

1.2 DA RECEPÇÃO EQUIVOCADA À APLICAÇÃO GENERALIZADA

Conforme Daniel Zaclis⁸, não é tarefa das simples traçar com exatidão as origens da regra relacionada ao “prejuízo”, havendo um marco introdutório, dissociado de uma concepção histórica do postulado *pas de nullité sans grief*, valendo citar, a passagem:

⁶ DE CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da Libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 237 e ss.

⁷ Fragmento da “regra nº 42”, inventada pelo julgador na explícita denúncia de Lewis Carrol. Cfr. CARROL, Lewis. **Alice no País das Maravilhas**. Tradução de Clélia Regina Ramos. São Paulo: Universo dos Livros, 2014, p. 125-126.

⁸ ZACLIS, Daniel. **A regra do prejuízo e as nulidades processuais: construção de um modelo racional de aplicação do 'pas de nullité sans grief' no âmbito do Processo Penal brasileiro**. São Paulo: USP, Faculdade de Direito, 2015.

Demonstrar a dificuldade de definir com precisão a origem do *pas de nullité sans grief*, há de se registrar os diferentes pontos de vista históricos da doutrina. Afirmando encontrar raízes no Código Napoleônico: Trata-se de um princípio cujos contornos remontam ao Processo Penal francês, justamente no processo de instituição do Código Napoleônico" (Gloeckner, Ricardo. Nulidades no Processo Penal...). Entendendo que a origem remonta à Ordenação Tolosa: "Compreendendo a extensão destes malefícios, surgiu já em 1667, com a ordenação de Tolosa, um primeiro protesto contra a *outranae*, expresso na máxima: *pas de nullité sans grief*, não há nulidade quando não há prejuízo (Rosa, Inocêncio. Nulidades no processo...) (...). Há, no entanto, quem entenda que a necessidade de se identificar o prejuízo para reconhecimento da nulidade nasceu de uma construção pretoriana no século XIX: '*De célèbres maximes sont par ailleurs nées de la reprise d'une jurisprudence d'Ancient droit. C'est le cas du pas de nullité sans texte et sans grief. Au XIXème siecle, la jurisprudence créé encore des adages* (Pierre-Maurice, Sylvie. Le Code de Procédure Civile et les maximes...).

Consta que a primeira oportunidade em que a questão do “prejuízo” teria sido levantada para anulação de ato processual teria se dado numa reação necessária a um formalismo exacerbado, remontando à *Ordonnance* francesa de 1667, de Luiz XIV, que estabelecia que o único intérprete da lei era o próprio rei, vedando-se aos Parlamentos (que no antigo regime exerciam a função de Tribunais) qualquer pretensão de exercer a interpretação da norma. E mais: considerando-se que se estava diante de uma época plenamente absolutista, a eventual nulidade constituiria instrumento utilizado pelo rei para se assegurar que os juízes cumprissem rigorosamente a *letra da lei*, instrumentalização que impediria que a discricionariedade dos magistrados suplantasse a vontade do soberano⁹. Ainda sobre a *Ordonnance* francesa de 1667, de Luiz IV, pode-se observar que:

(...) vale recordar que a edição da Ordenança de abril de 1667 pretendia servir de guia para ser respeitada, junto com as ordenanças posteriores, por todos aqueles a quem se dirigiam (Parlamento, Grande Conselho, Câmaras de Contas, Cortes, juízes, magistrados, oficiais). Depreende-se daí que sua edição foi direcionada para os órgãos públicos encarregados de efetivar os mandamentos reais. Quando da remessa da ordem às comarcas (pela tradução livre se identificou por '*compagnies*', ou companhias que não seria fiel ao termo representado hoje), ela deveria ser publicada e registrada imediatamente, independente se isso ocasionasse o atraso de negócios secundários e até de julgamento de processos criminais. (...) A Ordenança de abril de 1667 previa prisão e julgamento daqueles que não observassem as ordens reais, passando a serem consideradas nulas de efeito ou de valor as decisões dos juízes que não se submetessem a tal ordem. Os juízes seriam considerados responsáveis pelos prejuízos (dano) e interesses das partes, quando da inobservância da ordem expedida. Essa peculiaridade permite que se compreenda a direção do documento, cujo intuito era o de exigir dos magistrados a observância prioritária e absoluta de ordens reais, controlando-os.¹⁰

E foi justamente sob a égide da *Ordonnance* (e como forma de tentar contrariar seus dispositivos) que o parlamento de Toulouse teria introduzido em um caso julgado (e depois repetido) “*um critério mediante o qual os magistrados se abstinham de declarar a ineficácia de um ato, em virtude de não vislumbrarem prejuízo algum às partes*”. Ali nascia o chamado *nullité sans grief n'opere rien*, como forma de irresignação dos juízes em relação a um ordenamento que

⁹ ZACLIIS, Daniel. **A regra do prejuízo e as nulidades processuais: construção de um modelo racional de aplicação do 'pas de nullité sans grief' no âmbito do Processo Penal brasileiro**. São Paulo: USP, Faculdade de Direito, 2015, p. 100.

¹⁰ PAULA, Leonardo Costa de. **As nulidades no Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 42-43.

impedia todo e qualquer traço de subjetivismo no processo decisório¹¹”.

No Brasil, Lenio Luiz Streck¹² aponta que há uma patente violação a CRFB/88 relacionada à mixagem teórica devido a não recepção do art. 563, do Código de Processo Penal Brasileiro.

A propósito da verificação da aplicação do postulado *pas de nullité sans grief* no Brasil, em pesquisa realizada no ano de 2019, restou constatado o uso indiscriminado deste discutível critério de verificação de nulidade processual. O estudo revelou, sob os mais diferentes enfoques, que o postulado é tratado na forma de verdadeiro “escudo” para que não se reconheçam a invalidação de atos (ilegais) no Processo Penal, violando-se a norma de Direito Fundamental do devido processo legal e a própria concepção do Modelo Acusatório do Processo em sua concepção constitucional. A título de exemplo, mencionam-se os recentes julgamentos (apenas do ano de 2019) no âmbito dos 27 Tribunais de Justiça: Acre¹³, Alagoas¹⁴, Amazonas¹⁵, Amapá¹⁶, Bahia¹⁷, Ceará¹⁸, Distrito Federal¹⁹, Espírito Santo²⁰, Goiás²¹, Maranhão²², Minas Gerais²³, Mato Grosso do

¹¹ ZACLIIS, Daniel. **A regra do prejuízo e as nulidades processuais: construção de um modelo racional de aplicação do 'pas de nullité sans grief' no âmbito do Processo Penal brasileiro**. São Paulo: USP, Faculdade de Direito, 2015, p. 101-102.

¹² Entre outros, confira-se: STRECK, Lenio; OLIVEIRA, Rafael Thomaz de. **O que é isto? As Garantias Processuais Penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2018; STRECK, Lenio. **Supremo pode deixar de aplicar lei sem fazer jurisdição constitucional?** Conjur de 25 de outubro de 2014; STRECK, Lenio; TRIDADE, André Karam. **Produção de prova cabe ao MP e à defesa**. Conjur de 11 de janeiro de 2010.

¹³ Cfr. “O reconhecimento de nulidades no curso do Processo Penal reclama a efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (*pas de nullité sans grief*)”. Acórdão n. 28.226, Habeas Corpus n. 1000275-80.2019.8.01.0900, Relator: Des. Pedro Ranzzi, Acre, 28 de março de 2019.

¹⁴ Cfr. “uma vez que não houve comprovação de prejuízo ao réu, obedecendo ao princípio do *pas de nullité sans grief* e o que assevera o e o que assevera o art. 563 do Código de Processo Penal.” Apelação n. 0700104-74.2017.8.02.0049, Rel. Des. João Luiz Azevedo Lessa, 10 de abril de 2019.

¹⁵ Cfr. “Com relação à não caracterização das nulidades apontadas, ao compulsar os autos, verifica-se terem sido oportunizadas ao recorrente todas as garantias processuais, do contraditório à ampla defesa, não tendo o apelante demonstrado prejuízo. (*pas de nullité sans grief*)”. Apelação Criminal nº 0610875-62.2018.8.04.0001 Relatora: Dra. Onilza Abreu Gerth, DJ. 25.03.2019.

¹⁶ Cfr. “Não prospera a alegação de nulidade por força de falhas nas gravações da audiência de instrução e julgamento, uma vez que, não obstante os ruídos, são perfeitamente audíveis as falas, de tal sorte que, nos termos do art. 563 do CPP, não se deve declarar a nulidade de ato processual sem que haja efetiva demonstração de prejuízo (*pas de nullité sans grief*)”. Apelação. nº 0000682-80.2017.8.03.0007, Relator Des. Sueli Pereira Pini, 29 de Janeiro de 2019.

¹⁷ Cfr. “Consoante a legislação penal em vigor, é imprescindível, quando se trata de alegação de nulidade de ato processual, a demonstração do prejuízo sofrido, em consonância com o princípio *pas de nullité sans grief*, consagrado pelo legislador no artigo 563 do Código de Processo Penal. Tendo em vista a ausência de demonstração do efetivo prejuízo sofrido pelo impetrante, não há de se falar em nulidade processual”. Apelação Criminal n. 0000064-25.2007.8.05.0139, Rel. Des. Carlos Roberto Santos Araújo.

¹⁸ Cfr. “a título de ilustração, ressalto que, nos moldes do art. 563 do CPP, somente será declarada a nulidade de ato processual se houver efetiva demonstração de prejuízo, em observância ao princípio *pas de nullité sans grief*”. Apelação Criminal. 0000442-64.2015.8.06.0044, Relator Des. Henrique Jorge Holanda Silveira, 16/04/2019

¹⁹ Cfr. “Nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal, não se proclama nulidade sem a demonstração de prejuízo (*princípio do pas de nullité sans grief*)”. Acórdão n.1163663, 20160510059133APR, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, Revisor: SILVANO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 04/04/2019, Publicado no DJE: 09/04/2019. Pág.: 89/112.

²⁰ Cfr. “Como se sabe, a declaração judicial de invalidade de atos processuais tem por pressuposto prejuízo concreto, pois vige no ordenamento jurídico pátrio o princípio do *pas de nullité sans grief*”. Apelação Criminal n. 0023703-94.2016.8.08.0035, Rel. Des. Elisabeth Lordes, 03/04/2019.

²¹ Cfr. “A ausência de comprovação de prejuízo concreto para a parte impossibilita a anulação do ato processual em que o acusado esteve algemado, em razão do princípio do *pas de nullité sans grief*”. Rel. Des. Edison Miguel da Silva Junior, Habeas Corpus n. 5117725-35.2019.8.09.0000 -, DJ de 04/04/2019.

²² Cfr. “A declaração de nulidade exige a comprovação de prejuízo, em consonância com o princípio *pas de nullité sans grief*, consagrado no art. 563 do CPP e no enunciado nº 523 da Súmula do STF, o que não ocorreu na hipótese”. Apelação Criminal n.

Sul²⁴, Mato Grosso²⁵, Pará²⁶, Paraíba²⁷, Pernambuco²⁸, Piauí²⁹, Paraná³⁰, Rio de Janeiro³¹, Rio Grande do Norte³², Rondônia³³, Rio Grande do Sul³⁴, Santa Catarina³⁵, Sergipe³⁶, São Paulo³⁷ e Tocantins³⁸.

Perceba-se que o uso do discutível critério da análise de prejuízo para reconhecimento da nulidade processual é extraído de abordagem que leva em consideração decisões dos Tribunais Regionais das 5 regiões do Brasil: 1ª Região, 2ª Região, 3ª Região, 4ª Região e 5ª Região, quando a utilização do suposto postulado do *pas de nullité sans grief*, igualmente, é lido como se fosse a

0414702018, Relator: Des. Josemar Lopes Santos, acórdão: 2411692019, 19.02.2019.

²³ Cfr. “*não há violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, não sendo demasiado pontuar que o tema das nulidades no Processo Penal é regido pelo princípio pas de nullité sans grief, segundo o qual não pode ser declarado nulo qualquer ato que não gere demonstrado prejuízo às partes*”. Apelação Criminal n 2033643-78.2015.8.13.0024, Relator(a): Des.(a) Catta Preta Data de Julgamento: 11.04.2019

²⁴ Cfr. “*O nosso sistema processual penal consagra o princípio “pas de nullité sans grief”, ou seja, não há nulidade sem prejuízo*”. Apelação - Nº 0041104-37.2015.8.12.0001, Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, 11.04.2019.

²⁵ Cfr. “*Em matéria de nulidade, rege o consagrado princípio pas de nullité sans grief, segundo o qual não há nulidade sem que o ato tenha gerado prejuízo para a acusação ou para a defesa. Não se prestigia, portanto, a forma pela forma, mas o fim atingido pelo ato*.” Apelação Criminal n 0000361-40.2018.8.11.0087, Relator: Luiz Ferreira Da Silva, 21.02.2019.

²⁶ Cfr. “*Inexistência De Prejuízo. Princípio “pas de nullité sans Grief”. Inocorrência*”. Habeas Corpus n. 0800686-65.2018.8.14.0000, Rel. Des. Maria de Nazare Silva Gouveia dos Santos, 12/03/2018.

²⁷ “*Suposta inobservância do prazo previsto no § 1º do art. 433 do CPP se constitui como mera irregularidade processual que não enseja prejuízo ao paciente, especialmente quando carente de demonstração. Aplicação do princípio do pas de nullité sans grief*”. Habeas Corpus nº: 0804073-66.2015.8.15.0000, Des. Márcio Murilo da Cunha Ramos, 05.02.2016.

²⁸ Cfr. “*A demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que “(...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief compreende as nulidades absolutas*”, Apelação 505434-6 0002394-69.2016.8.17.0260, Rel. Des. Democrito Ramos Reinaldo Filho, 02/04/2019.

²⁹ Cfr. “*Quando não verificado qualquer prejuízo para o apelante, enquanto a defesa tenha se limitado a meras alegações de existência de vícios, sem, contudo, se desincumbir da demonstração inequívoca do efetivo prejuízo suportado, exigência necessária para o reconhecimento de nulidade, seja relativa ou absoluta, em atenção ao dogma fundamental que a disciplina (“pas de nullité sans grief”)*”. Apelação Criminal n. 2017.0001.010345-7, Des. Pedro de Alcântara Macêdo, 20.03.2019.

³⁰ Cfr. “*A declaração de nulidade de ato processual exige a demonstração da ocorrência de efetivo prejuízo ao réu, em face do princípio pas de nullité sans grief*”. Apelação Criminal n 0001974-34.2012.8.16.0098, Relator: Celso Jair Mainardi, 11.04.2019.

³¹ Cfr. “*Portanto, não se vislumbra nenhum prejuízo à defesa, o que impede a declaração de nulidade da sentença, em prestígio ao princípio pas de nullité sans grief*”, Apelação Criminal n. 0086981-68.2016.8.19.0001, Des(a). Claudio Tavares de Oliveira Junior, 13/02/2019.

³² Cfr. “*Outrossim, não logrou demonstrar dano efetivo e concreto, prevalecendo, pois, o disposto no art. 563 do Código de Processo Penal, consagrador do princípio pas de nullité sans grief, segundo o qual não se declara nulidade quando inexistente prejuízo à parte*”. Recurso em Sentido Estrito nº 0806969-39.2018.8.20.0000, Relator: Gab. Des. Saraiva Sobrinho, 11.12.2018.

³³ Cfr. “*O sistema das nulidades processuais é informado pela máxima “pas de nullité sans grief”, segundo a qual não se decreta nulidade sem prejuízo*”. Apelação Criminal nº 1000918-72.2017.8.22.0011, Rel. Des. Miguel Monico Neto, 03/04/2019.

³⁴ Cfr. “*O direito processual brasileiro é regido pelo princípio pas de nullité sans grief , ou seja, não há nulidade sem prejuízo . Inocorrendo este, inexistente nulidade a ser proclamada*”. Apelação Criminal n. 71008316739, Rel. Des. Edson Jorge Cechet, 15.04.2019.

³⁵ Cfr. “*Quando se fala em nulidade de ato processual, a demonstração do prejuízo sofrido é imprescindível, em face do princípio pas de nullité sans grief*”. Apelação Criminal n. 0000450-84.2016.8.24.0018, Rel. Des. Paulo Roberto Sartorat, 28.03.2019.

³⁶ Cfr. “*De outra banda, não percebo a comprovação do alegado prejuízo suportado pelo Apelante, o que impede o reconhecimento da nulidade pretendida, na forma do princípio pas de nullité sans grief*”. Apelação Criminal n. 201800326345, Rel. Des. Edson Ulisses de Melo, 27.11.2018.

³⁷ Cfr. “*Os defensores não demonstraram a existência de prejuízo à defesa, nos termos do artigo 563, do Código de Processo Penal, que explicita o pas de nullité sans grief*”. Apelação Criminal nº 0006645-55.2017.8.26.0322, Rel. Des. Péricles Piza, 22.04.2019.

³⁸ Cfr. “*Em matéria de nulidade, o Processo Penal brasileiro adota o princípio pás de nullité sans grief, segundo o qual não há nulidade sem prejuízo*.” Apelação Criminal nº 0000632-77.2015.8.27.0000, Rel. Des. Helvécio De Brito Maia Neto, 30.06.2016.

tradução do art. 563, do Código de Processo Penal. Realiza-se, por aqui, uma interpretação do Processo Penal Brasileiro conforme um adágio francês que nem é mais utilizado no sistema jurídico daquele país (menos ainda, no Processo Penal da França), ao invés de uma interpretação do art. 563, do Código de Processo Penal conforme a (e à luz da) Constituição Federal da República de 1988.

Constatou-se, pela pesquisa, ainda, outra característica bastante preocupante: o art. 563, do Código de Processo Penal costuma ser invocado de maneira “automática” aliado ao enunciado nº523 da Súmula de Jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal³⁹, súmula que fora aprovada em Sessão Plenária de 03.12.1969, ou seja, em plena ditadura e na vigência do Ato Institucional nº5, e 19 anos antes da própria Constituição de 1988.⁴⁰

O mais curioso, entretanto, é que nesses quatro precedentes que dão sustentação à orientação extraída da Súmula referida, foi deferida a ordem de *Habeas Corpus* por desrespeito às determinações da Lei Processual Penal (oitiva de testemunhas, apresentação de defesa e formulação de perguntas), oportunidades em que nem mesmo se chegou a se discutir o suposto postulado do *pas de nullité sans grief*. A propósito, o caso mais antigo presente no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação do suposto postulado do *pas de nullité sans grief* remonta ao ano de 1950. No Recurso Extraordinário nº14.175/SP, relatado pelo ministro Orosimbo Nonato, discutiu-se uma Ação de Divisão de Terras a partir do art. 278, §2º, do vetusto Código de Processo Civil de 1939, acerca da irrepetibilidade de certos atos⁴¹, culminando com a seguinte assertiva de seu voto:

(...) inexistindo prejuízo para as partes, não se repetirá o ato omitido e nem lhe suprirá a falta. Adversa o legislador, a todo poder que pode inutilizar o processo por falhas que não geram prejuízo. O '*pas de nullité sans grief*', princípio que informa uma série de dispositivos processuais, confluentes todos no combate ao 'flagelo vitando da referência de Tito Fulgêncio.

Isso não pode deixar de causar estranheza, sobretudo, o uso de tal termo porque o referencial ancorado nos termos da legislação processual civil de 1939 remonta ao ainda mais vetusto Regulamento 737, de 1850 (especificamente aos artigos 98 e 676)⁴², todos eles demasiado distantes do Poder Constituinte de 1988, especialmente no que toca ao sistema acusatório e à noção de preservação dos direitos do acusado no Processo Penal.

³⁹ Sum: 523 - No Processo Penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. Fonte de Publicação: DJ de 10/12/1969, p. 5933; DJ de 11/12/1969, p. 5949; DJ de 12/12/1969, p. 5997.

⁴⁰ Essa orientação do Supremo Tribunal Federal vincula-se aos casos dos seguintes julgados originários: RHC 43.501, HC 42.274, RHC 45.336, e HC 45.015.

⁴¹ CPC/1939: Art. 278. A nulidade de qualquer ato não prejudicará senão os posteriores, que dele dependam ou sejam consequência. § 1º O juiz que pronunciar a nulidade declarará a que atos ela se estende e ordenará as providências necessárias para que sejam repetidos ou retificados. § 2º Não se repetirá o ato, nem se lhe suprirá a falta, quando não tiver havido prejuízo para as partes.

⁴² Cfr.:

Regulamento 737/1850: Art 98. Quando da contestação constar a arguição de nulidade, o Juiz tornando della conhecimento verbal e summario em audiencia, ou mandando que os autos lhe sejam conclusos, suprirá ou pronunciará a nulidade como fôr de direito e se prescreve no titulo - Das nulidades.

Regulamento 737/1850: Art. 676. Deve o Juiz ou suprir, ou pronunciar a nulidade logo que as partes as arguirem pelo modo determinado no artigo antecedente. Serão suprimidas as nulidades quando os actos e termos posteriores são independentes, e não ficam prejudicados por ella, devem porém ser pronunciadas quando pelo contrario ellas influem sobre os actos posteriores.

1.3 PERCURSO DE “INSTITUCIONALIZAÇÃO” NO CASO BRASILEIRO: MATRIZ HISTÓRICA

Conforme se pode perceber da pesquisa, o percurso (o caso Brasileiro) foi deveras acidentado. Não se insere a questão do “prejuízo” no Código Imperial de 1832, embora se tenha inserido a distinção entre as “formalidades substanciais” e as “formalidades acidentais”, mas se insere a questão do “prejuízo” já no Regulamento 737, de 1850 (conforme mencionado). Deixa-se, assim, nas mãos dos magistrados a análise dos casos que poderiam suscitar a nulidade do processo, oportunidade em que os julgadores passam a se utilizar de uma lista de possíveis causas de nulidade elaboradas pela doutrina, como forma de facilitar o processo decisório. Essa lista começa com 120 nulidades em 1879, passando para 624 nulidades em 1924⁴³.

Não se pode olvidar que tal confusão e vertiginosa ampliação ocorreu a partir de 1891, quando a Constituição da República passou a permitir Códigos de Processo Penal Estaduais. Foi aí que se vislumbraram as influências do Direito Francês, bem como do Regulamento 737, fazendo com que muitos Códigos de Processo Penal Estaduais passassem a dispor sobre a obrigação da verificação de “prejuízo efetivo” como condição para a declaração de nulidade (cfr., por exemplo, o art. 327, do CPP do Estado do Rio Grande do Sul⁴⁴, o art. 476, do CPP do Estado de Minas Gerais⁴⁵, etc.).

Em decorrência dessa multiplicidade de Códigos de Processo Penal, esse estado de coisas de acaba por gerar, como recordado ainda por Daniel Zaclis⁴⁶, uma jurisprudência caótica, pois, de forma incipiente, a fórmula do prejuízo do *pas de nullité sans grief* era mencionada nesses códigos estaduais, ao passo que no âmbito Federal, afigurava-se a presença de outro modelo. O ajuste para um modelo unitário, sob o aspecto federativo, ocorreu apenas em 1.941, com o surgimento do Código de Processo Penal nacional, diploma este inspirado no Código Rocco da Itália fascista.

A partir disso, redunda-se no modelo que se verifica atualmente, o qual passa longe de ser concorde com o modelo constitucional de máxima eficácia dos Direitos Fundamentais. A propósito, Leonardo Costa de Paula⁴⁷ menciona, a respeito da patente e inescapável contradição da fórmula adotada:

(...) verifica-se a tendência de proporcionar poder ilimitado aos juízes de cognição ou recursais para analisar se haverá prejuízo na inversão de atos processuais, na ausência de citação para a prática de atos, ou qualquer forma não prevista em lei. Dessa forma, seria necessário proporcionar ao magistrado um aparato tal qual uma bola de cristal, pois, como seria ele capaz de realizar uma análise hipotética se um ato praticado de acordo com a lei ou com a forma híbrida estipulada pelo juízo influenciaria, ou não, o convencimento de certa tese defensiva ou acusatória de maneira diversa? Pensar que há a

⁴³ FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. **Nulidades no Processo Penal**. São Paulo: RT, 1976, p. 14-15

⁴⁴ “Constituem nulidades insanáveis a preterição de alguma fórmula ou termo do processo, em prejuízo da acusação ou da defesa”.

⁴⁵ “Outrossim, [a nulidade] não pode ser pronunciada quando não houver prejuízo de nenhuma das partes, ou quando a falha tiver sido suprida proveitosamente no correr da ação”.

⁴⁶ ZACLIS, Daniel. **A regra do prejuízo e as nulidades processuais: construção de um modelo racional de aplicação do 'pas de nullité sans grief' no âmbito do Processo Penal brasileiro**. São Paulo: USP, Faculdade de Direito, 2015, p. 105.

⁴⁷ PAULA, Leonardo Costa de. **As nulidades no Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 48-50.

possibilidade de uma análise hipotética do prejuízo no caso concreto é dotar o juiz de poder de intuição, sexto sentido judicial e policial, já que denota um ato de fé ou de relação empática do juiz.

Aliás, não causa surpresa que uma fórmula com origens napoleônicas e positivistas, criada para evitar discricionariedade, seja justamente o instrumento que permita a ampliação da discricionariedade. Isso porque, conforme bem acentua Lenio Streck, o positivismo é caracterizado pela análise do fenômeno jurídico a partir da restrição da verificação das fontes sociais (cisão/separação – epistemológica – entre direito e moral e a ausência de uma teoria da interpretação, que acarreta uma aposta na discricionariedade (ou seja, não se consegue superar a herança kelseniana da cisão entre ciência do direito e direito ou entre observador e participante, no caso hartiano). Isso representa, ainda, a presença de um Direito sem DNA:

(...) tais posturas se aproximam, perigosamente, dos diversos matizes positivistas, que continuam a apostar em elevados graus de discricionariedade na interpretação do direito. O que os liga é uma espécie de grau zero de sentido. Trata-se de lidar com a maximização do poder: o princípio que gere as relações institucionais entre a política e o direito é o poder de o dizer em *ultima ratio*. Em síntese, a velha “vontade do poder” (*Wille zur Macht*) de Nietzsche.⁴⁸

Em termos práticos, é de se reconhecer que, no modelo atual, ainda se está (continua-se, portanto) aplicando o Código de Napoleão, pois se maximiza a discricionariedade, permitindo-se que os tribunais e juízes, ora se recusem a declarar a nulidade (sob o fundamento de que para ele – magistrado - deve haver a presença de prejuízo), ora declarem nulidades porque entenderam presente um prejuízo não muito bem explicitado (discricionariedade). O fato é que, ambos os panoramas dificultam a compreensão acusatória de processo, especialmente quanto à dimensão de Direitos Fundamentais que a própria Constituição sedimenta.

É importante observar, ainda, que o novo Código de Processo Civil francês opera atualmente no sentido de que, tratando-se de “nulidades fundamentais”, estas podem ser sancionadas com a pecha de invalidade mesmo sem texto ou sem queixa (*même sans texte et même sans grief*), e a qualquer tempo/evento; tratando-se de nulidades processuais ou de ordem pública, podem ser sancionadas sem texto, mas não sem queixa (*soulevées sans texte mais pas sans grief*); e, tratando-se de nulidades formais, que não sejam nem substantivas ou nem de ordem pública, há a imposição de obediência ao duplo preceito da exigência de texto e de queixa (*pas de nullité sans texte "et" pas de nullité sans grief*)⁴⁹. Porém, o Código de Processo Penal francês⁵⁰ não admite esta fórmula no Processo Penal. Assim, nas 126 vezes em que menciona a

⁴⁸ STRECK, Lenio. **Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista?** Revista NEJ, v. 15, n. 1, 2010, p. 158-173.

⁴⁹ Conforme o magistrado Félix Etoundi: “Le Nouveau Code de Procédure Civile Français ajoute d’abord à cet ancien système, une distinction fondamentale qui s’établit entre la nullité des actes pour vice de forme et pour irrégularité de fond. Le législateur français réalise dans ce nouveau Code un véritable compromis entre plusieurs systèmes possibles. Car dans le nouveau régime qu’il consacre trois distinctions s’imposent : les nullités de fond peuvent être sanctionnées même sans texte et même sans grief, et peuvent être invoquées en tout état de cause (1ère distinction) ; les nullités de forme substantielles ou d’ordre public peuvent soulevées sans texte mais pas sans grief (2ème distinction) ; les nullités de forme qui ne sont ni substantielles, ni d’ordre public, obéissent au double principe “ pas de nullité sans texte ” et “ pas de nullité sans grief ” ; le grief apparaissant comme le préjudice que l’irrégularité cause à l’adversaire et que celui-ci a la charge de prouver.”. Cfr. ONANA ETOUNDI, Félix. Le Régime Juridique des Nullités des Actes de Procédure dans L’acte Uniforme Portant Organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies D’exécution. Disponível em: <<http://www.institut-idef.org/Le-regime-juridique-des-nullites.html>>.

⁵⁰ Conforme se verifica do dispositivo n. 171 do Código de Processo Penal francês: “Il y a nullité lorsque la méconnaissance d’une formalité substantielle prévue par une disposition du présent code ou toute autre disposition de procédure pénale a porté atteinte aux intérêts de la partie qu’elle concerne.”, disponível em: <http://codes.droit.org/CodV3/procedure_penale.pdf>.

expressão *nullité* (nulidade), sobretudo no dispositivo de nº171, que usa a regra da garantia dos interesses do acusado, e não do prejuízo, texto ou queixa, assegura a distinção fundamental das nulidades num verdadeiro Processo Penal de Garantias de índole constitucional. Dito de outro modo e, mais claramente, o sistema de prejuízo do *pas de nullité sans grief* não é aplicado no Processo Penal Francês.

Não bastasse, a própria *Cour de Cassation* francesa, no relatório de M. Boval (*Conseiller rapporteur*), esclarece a questão sob o ponto de vista histórico, bem como sob a perspectiva processual civil (inaplicável ao Processo Penal) de que, mesmo a palavra *grief* significa queixa, e relaciona-se ao vício de fundo e de forma, e a depender do caso, independe de motivação, ou seja, a própria gravidade da queixa já se desvincula de um aspecto de prova do prejuízo. Essa assertiva milita no sentido de que, mesmo a Corte de Cassação não exige a regra da motivação no campo penal e, em razão disso, o aspecto central é a alegação, e não o efetivo prejuízo⁵¹.

2. MOTIVOS DA NÃO RECEPÇÃO VERTICAL DO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF

2.1 O PREJUÍZO DA “REGRAS DO PREJUÍZO”

Seja qual for a questão, o suposto postulado da fórmula do prejuízo (*pas de nullité sans grief*) não deveria existir no ordenamento jurídico brasileiro. Antes, o contrário, pois o princípio extraído do plano constitucional e que é o ponto de partida do ordenamento jurídico é o devido processo legal. Negar vigência à norma constitucional por uma suposição de que um princípio geral, sequer positivado, é fraude processual. Tem-se, no contexto do sistema de nulidades do Processo Penal Brasileiro a perpetuação de um mecanismo napoleônico arbitrário que deita raízes no direito civil e processual civil francês e que não pode ser aplicado aos relevantes e fundamentais temas afetos ao modelo constitucional do Processo Penal.

A fórmula criada por Francisco Campos, que remete a muitos autores ultrapassados a adotar a tal vinculação a ideia do prejuízo se compõe da análise da nulidade a partir de um rol *numerus clausus* e uma regra geral de nulidade, conforme se percebe da exposição de motivos elaborada por Chico Ciência:

As nulidades processuais, reduzidas ao mínimo, deixam de ser o que têm sido até agora, isto é, um meandro técnico por onde se escoia a substância do processo e se perdem o tempo e a gravidade da justiça. É coibido o êxito das fraudes, subterfúgios e alicantinas. É restringida a aplicação do *in dubio pro reo*. É ampliada a noção do flagrante delito, para o efeito da prisão provisória. A decretação da

⁵¹ Conforme se verifica da manifestação da própria *Cour de Cassation* francesa, no relatório de M. Boval (*Conseiller rapporteur*): “Il paraît enfin utile de citer la note (38) de M. Cornu déjà mentionnée, publiée en 1977 sous deux arrêts dont le premier, du 15 octobre 1975, subordonne (contrairement aux précédents invoqués en défense) à la preuve d’un grief la nullité de l’acte d’appel d’un tribunal paritaire des baux ruraux contenant une injonction de comparution sans indiquer de date de comparution. “La déviation, écrivait l’éminent auteur, consisterait, sous la pesée d’une intention suspecte et contraire à l’esprit de la loi (refouler la maxime “*pas de nullité sans grief*”) à faire dégénérer en irrecevabilité de fond un vice de forme, sous prétexte que ce vice est grave. Dissipant toute confusion, l’énergique insistance de l’article 114 et ses répétitions intentionnelles auraient pu faire comprendre que tout ce qui est grave ne devient pas “fond”. Ainsi le défaut de motivation demeure-t-il typiquement, dans un acte de procédure, un vice de forme (sauf à donner application, dans leur domaine, aux dispositions spécifiques prévues par certains textes, ainsi l’irrecevabilité pour le contredit non motivé)”, disponível em: < https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambres_mixtes_2740/boval_conseiller_8736.html>.

prisão preventiva, que, em certos casos, deixa de ser uma faculdade, para ser um dever imposto ao juiz, adquire a suficiente elasticidade para tornar-se medida plenamente assecuratória da efetivação da justiça penal. Tratando-se de crime inafiançável, a falta de exibição do mandato não obstará à prisão, desde que o preso seja imediatamente apresentado ao juiz que fez expedir o mandato. É revogado o formalismo complexo da extradição interestadual de criminosos. O prazo da formação da culpa é ampliado, para evitar o atropelo dos processos ou a intercorrente e prejudicial solução de continuidade da detenção provisória dos réus. Não é consagrada a irrestrita proibição do julgamento *ultra petitem*. Todo um capítulo é dedicado às medidas preventivas assecuratórias da reparação do dano *ex delicto*.⁵²

Essa fórmula, portanto, serve para validar qualquer ilegalidade. Apesar do rol do artigo 564, do Código de Processo Penal indicar que a forma dos atos é necessária, essa análise de nulidades se torna uma verificação impossível de ser realizada no plano concreto. É que essa análise se submete à possibilidade de se verificar, em hipótese, o que teria sido se fosse diferente do que foi.⁵³ Ou seja, mera elucubração que nunca se chegará a uma conformação de ferimento, a ferro e fogo, à verdade substancial (prevista no art. 566 do Código de Processo Penal Brasileiro) e ao prejuízo a acusação ou a defesa (previsto no art. 563 do mesmo diploma).

A “regra do prejuízo” esvazia por completo o princípio do devido processo legal. Todo momento que um julgador lança à mesa o *pas de nullité sans grief*, o que ele faz é revogar, implicitamente, o postulado obrigatório do devido processo legal. O Brasil, por se tratar de uma República, é regido com fundamento na lei. Assim, o princípio da legalidade dita a ação e a atuação dos indivíduos e, mais ainda, do Estado e dos indivíduos que atuam em seu nome.

A submissão de qualquer indivíduo a um Processo Penal deve ser condicionada à prática de uma infração penal (violação de norma de direito material para a qual há a imposição de uma pena, conforme CRFB/88, art. 5º, XXXIX). Essa norma é desenvolvimento da cláusula geral do princípio da compatibilidade, ou, para os que preferem, da legalidade: o indivíduo pode fazer tudo o que a lei não proíbe. Porém, ao se tratar daqueles que tornam o Estado presente (magistrados, promotores de justiça, delegados de polícia, servidores públicos em geral), são eles regidos pelo feixe das relações que os colocam nas funções que realizam, submetendo-se à outra dimensão do princípio da legalidade: o da estrita legalidade ou da conformidade. E o que é, para o processo penal, o princípio da conformidade? Eis o ponto central da discussão sobre a possível coexistência entre o devido processo legal e a falsa cláusula geral da *pas de nullité sans grief*: o princípio da estrita legalidade determina que aquele que personifica o Estado na função pública é autorizado a fazer tudo (e somente) o que a lei o autoriza.

2.2 A FORMA NO PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE “GARANTIA DO ACUSADO”: VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O fato é que, essa fórmula diabólica do sistema do *pas de nulitte* incorporada no Processo Penal Brasileiro por Francisco Campos e inspirada em uma codificação forjada no berço do fascismo de Mussolini, continua a ecoar suas vozes perversas no Brasil de 2020. Problema é que,

⁵² CAMPOS, Francisco. **Exposição de motivos do Código de Processo Penal**.

⁵³ Conforme desenvolvido por PAULA, Leonardo Costa de. **As nulidades no Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 87.

aqui, segue sendo revalidada com a aparência de refletir valores de um autêntico regime democrático. Nulidades devem ser reduzidas ao mínimo, diria o Ministro Francisco Campos, em momento autoritário. Em outro período (autoritário) da história brasileira, o referido personagem edita o Ato Institucional número 1. A partir disso, toda vez que um juiz ou tribunal entoa o *pas de nullité sans grief*, a luz por ele instalada volta a brilhar, ofuscando-se a democracia, tal como faz lembrar a célebre frase de Rubem Braga “Toda vez que acende a luz do Sr. Francisco Campos há um curto-circuito na democracia”⁵⁴.

E a democracia é violada especificamente na lesão que sofre a cláusula do Devido Processo Legal (formal e substancial). A aplicação do suposto postulado do “*pas de nullité sans grief* fere mortalmente o art. 5º, inciso LIV, da CRFB/88, na medida em que fragiliza a principal função da tipicidade das formas no Processo Penal: “garantir os princípios de proteção do imputado”⁵⁵. Desse modo, “se há um modelo, ou uma forma prevista em lei, que foi desrespeitada, o normal é que tal atipicidade gere prejuízo, sob pena de se admitir que o legislador estabeleceu uma formalidade absolutamente inútil”^{56 57}.

Assevera-se que a integralidade dos atos processuais tem forma, e é exatamente esta forma que lhe dá o sentido de realidade, “e pelo qual se exprime o conteúdo da atividade do processo”, vale dizer, sem observância mínima de sua forma, mas a forma é “garantia, sempre que seu objetivo for assegurar o conteúdo democrático do Processo Penal e seus pilares constitucionais “direcionados para a proteção aos direitos fundamentais, e muito embora forma não possa ser confundida com o soerguimento de um altar de divindade e adoração da forma, “significa, sim, o imprescindível respaldo ao devido processo legal”. Assim:

É inestimável acentuar que, na seara do Processo Penal, a forma não pode ser ignorada pela simplória e descontextualizada alegação da teoria de viés civilista da instrumentalidade das formas. Mais do que isto, é necessária a verificação dos interesses constitucionais em jogo⁵⁸.

A preservação da forma processual não é observada tão somente com a busca da finalidade utilitária do ato processual praticado, pois no transcurso imaginário das possibilidades do processo, pode ocorrer violações constitucionais pela insuficiência de asseguarção das garantias diversas. Por conseguinte, “torna-se determinante deixar demarcada a advertência de que o objetivo fulcral da existência do Processo Penal é o da efetiva proteção dos direitos da pessoa colocada na posição de indiciado/acusado”⁵⁹.

Isso equivale a dizer, em termos constitucionais, que muito embora os defensores acríticos da instrumentalidade das formas argumentem que o prejuízo concreto do ato processual será “ponderado”, fato é que “a avaliação do prejuízo deve implicar deixar intacto o respeito ao

⁵⁴ PAULA, Leonardo Costa de. **As nulidades no Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 169.

⁵⁵ BINDER, Alberto M. **El incumplimiento de las formas procesales: elementos para uma crítica a la teoria unitaria de las nulidades em el proceso penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L. 2000, p. 119.

⁵⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 189.

⁵⁷ Neste sentido, ver, também: BIZZOTTO, Alexandre. **Lições de Direito Processual Penal**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019, p. 167.

⁵⁸ BIZZOTTO, Alexandre. **Lições de Direito Processual Penal**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019, p. 168.

⁵⁹ BIZZOTTO, Alexandre. **Lições de Direito Processual Penal**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019, p. 168-69.

paradigma constitucional”, pois:

Há que se garantir que os caminhos do procedimento em contraditório estejam robustecidos pela livre possibilidade do amplo manejo do rol de garantias processuais e constitucionais. Desse modo, após ter-se ultrapassado tal crivo é que a forma processual eventualmente distorcida poderá prevalecer⁶⁰.

A cláusula do devido processo legal, desde seus eixos histórico, conceitual e decisório, veda a interpretação do art. 563, do CPP sob as luzes do suposto postulado “*pas de nullité sans grief*” como se fosse “princípio geral do direito”, eis que sua interpretação deve ser realizada sob o crivo do próprio *due process of law*. Aliás, conforme registra Alberto Binder⁶¹, a norma geral não pode ser outra que uma cláusula aberta de base constitucional, sem vínculo algum com uma interpretação restritiva, ideia de legalidade ou tipicidade das nulidades, pois esses conceitos são inaplicáveis a uma interpretação ampla e progressiva dos Direitos Fundamentais.

Para tanto, considerando que rito é forma, e forma é garantia do acusado/indiciado sob as luzes e os influxos do paradigma constitucional, e para que não se tenha uma adoração pueril da forma pela forma, é mister que se compreenda que o suposto postulado “*pas de nullité sans grief*” não foi recepcionado pela Constituição Federal da República de 1988, e suas origens (acima mencionada) vedam inclusive a sua aplicação sob o prisma da Constituição Cidadã.

Não bastassem os fundamentos jurídicos acima expendidos, verifica-se que ao se fragilizar o sistema processual penal, fora do que deve ser (modelo constitucional do processo penal), com uma marcante feição e requintes do Estado Novo de Vargas e seu “*Kronjurist*”, equivalente ao alemão Carl Schmitt durante a ditadura Nazista na Alemanha, os investigados, processados e condenados de uma maneira geral, acabam não recebendo uma “verdadeira proteção judicial” na seara recursal, conforme determinado pelo Pacto de San José da Costa Rica, a CIDH – Convenção Interamericana de Direitos Humanos:

Artigo 25. Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.
2. Os Estados Partes comprometem-se:
 - a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
 - b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e
 - c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

⁶⁰ BIZZOTTO, Alexandre. **Lições de Direito Processual Penal**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019, p. 169.

⁶¹ BINDER, Alberto M. **El incumplimiento de las formas procesales: elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L. 2000, p. 17.18.

Como visto, da forma como desenhado o sistema recursal *juspenal* e a inconstitucional válvula de escape da “teoria do prejuízo”, e do suposto princípio *pas de nullité sans grief*, acabam resultando com que os recursos no processo penal não sejam justos e, menos ainda, efetivos contra a violação de direitos fundamentais reconhecidos pela convenção, pelas leis e pela Constituição Federal da República de 1988, especialmente quando essas violações são praticadas por julgadores que perpetram a ilegalidade “atuando no exercício de suas funções oficiais”.

Com efeito, colham-se os inúmeros exemplos citados nesta pesquisa e, ainda espalhados nos mais variados rincões do Brasil. Do apanhado, impõe-se a imediata tomada de providências por parte dos Tribunais Superiores (STJ e STF) – para a declaração e inconstitucionalidade do art. 563, do Código de Processo Penal e, também, do legislador (para a revogação dispositivo mencionado), sob pena de fomentar uma crescente e perigosa “desidratação” de Direitos Fundamentais constitucionalmente previstos (vigentes, mas frequentemente suspensos). Essa suspensão de eficácia do devido processo legal a partir de norma infraconstitucional (e inconstitucional) colabora com o aumento do sentimento descrito por autores com os das “ilusões constitucionais perdidas” (ou decreta o “fim das ilusões constitucionais”). Alguns desses autores, inclusive, consideram que o STF teria colaborado para este desfazimento.⁶² Argumentam que se trata de um erro político as pessoas acreditarem num sistema normal [jurídico, ordenado, legal: vale dizer, constitucional] quando, de fato, ele não exista:

A força normativa da constituição (Hesse, 1959), tão festejada pela teoria constitucional brasileira, não resistiu a um mero ataque do órgão de jurisdição constitucional, o que leva à conclusão de que, até aqui, a Constituição de 1988 sobreviveu formalmente mais pela tolerância de seus adversários do que pela capacidade de seus defensores em se articularem materialmente em torno das ideias que ela representava. A organização política brasileira não se demonstrou competente em defender seu próprio poder constituinte, deixando que ele se esvaísse pelas mãos de uma juristocracia, defensora de seus interesses no interior do próprio Estado. Intelectuais e políticos que tiveram o sincero compromisso com as bases da transformação estatuída pela Constituição de 1988, deixaram que suas mesmas incapacidades constitucional e política revelassem-se noutros âmbitos da constituição, o que ratifica o fim da ilusão⁶³.

Portanto, tem-se uma Constituição que já não assegura, têm-se direitos fundamentais que já não garantem, e apresentam-se direitos que não mais são percebidos, o que integra uma mistura volátil e altamente explosiva. A conclusão inafastável é a de que os tribunais devem adotar qualquer meio para preservar a ordem jurídica, afastando, em qualquer caso, a aplicação do art. 563 do Código de Processo Penal, pela clara não recepção do *pas de nullité sans grief* pela Constituição da República Federativa do Brasil consubstanciada na ofensa ao devido processo legal.

⁶² Muitas são as análises reflexivas, como p. ex. a de Lenio Streck, sobre as lições de podemos colher a partir da experiência da derrocada de Weimar. Cfr. STRECK, Lenio. **Papel Social "Com Constituição alemã de Weimar, Estado é chamado a proteger o cidadão"**. Conj. de 10.08.2019. Outra abordagem também em: PÁDUA, Thiago. A balzaquiana Constituição: Constitucionalismo e Democracia nos 30 Anos do (Des)Aniversário da CF/88. Brasília: Trampolim, 2018, p. 15-25.

⁶³ BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto. LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988?** Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, 2018.

2.3 POR UMA INVERSÃO DAS CARGAS PROBATÓRIAS DO “PREJUÍZO” NO PROCESSO PENAL

O Sistema das Nulidades ou, mais especificamente, os métodos de convalidação dos atos em desconformidade com a forma são a mais importante baliza, o termômetro do grau de aceitação dos valores estampados na Constituição da República Federal para o Processo Penal. Como baliza que é, compreender esse sistema a partir do postulado *pas de nullité sans grief* como critério geral de validação de atos esculpido em plena desconformidade com a lei (ilegalidade) revela um Processo Penal apegado a um modelo inquisitorial de processo e que “serve como fonte de represamento de Direitos Fundamentais, sobretudo, porque “obsta o amadurecimento das normas constitucionais e serve de entrave para a solidificação da cultura democrática no Processo Penal”⁶⁴.

Aliás, no Brasil, grande parte da literatura processual em tema de nulidades está assentada no conceito de “prejuízo”⁶⁵. Vê-se, porém, que se trata de cláusula genérica e de extrema indeterminação. A partir disso: a) a ideia de prejuízo é dada por um determinado sentido de interpretação⁶⁶; b) como fruto de determinado processo interpretativo, está condicionado aos fatores culturais que o norteiam; c) a cultura inquisitiva, mais do que sua simples condicionante normativa, impera largamente entre os operadores do Processo Penal no Brasil; d) aquilo que se compreende por “prejuízo” está determinadamente influenciado pela cultura inquisitiva e não se mostra largamente sensível aos valores alinhados ao Processo Penal e trazidos no texto constitucional. É que, num modelo de processo de matriz inquisitiva, os conceitos (de “prejuízo”, por exemplo), não são definidos com clareza. Não há, assim, possibilidade de apresentar na doutrina e jurisprudência uma forma concreta do que é, no caso concreto, prejuízo. E é por isso que, nesse modelo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência se preocupam em dizer o que não é prejuízo ao invés de traçar um conceito para a categoria e empreender segurança jurídica ao modelo processual.⁶⁷

Todos os autores e tribunais que se dedicam a fundamentar suas decisões ou posições jurídicas poderiam dedicar um capítulo específico para esclarecer como poderia conviver a temática da presunção de inocência⁶⁸, que impõe o ônus probatório à acusação, com a assunção de inversão de regra probatória para o acusado na análise em concreto do prejuízo. Como isso não seria afastar a aplicação constitucional e o primado do Direito Processual Penal frente às suas garantias?

⁶⁴ CHOUCK, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 832.

⁶⁵ Ver por todos: GRINOVER, Ada Pellegrini *et alli*. **As nulidades no Processo Penal**. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 23 e salvo raras exceções como os trabalhos referenciados neste estudo.

⁶⁶ Nestes casos, a expressão “vai encontrar seu referencial semântico naquilo que entender o julgador; e aí não é difícil perceber, manuseando as compilações de julgados, que não raro expressam decisões teratológicas” (Ver: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro**. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre, Nota Dez Editora, n. 1, 2001, p. 44).

⁶⁷ CHOUCK, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 835-836.

⁶⁸ Sobre este ponto para aprofundamento sugere-se a obra de MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Uma das saídas para que se tenha um Sistema de Nulidades a partir do modelo constitucional e com respeito ao devido processo legal, é a inversão de sinais no sentido de que, uma vez arguida a nulidade de ato processual, é o juiz que, para manter a eficácia do ato, deveria expor as razões pelas quais a atipicidade não impediu que o ato atingisse sua finalidade.⁶⁹ Não se pode, num sistema que tem por objetivo precípua a proteção das garantias do imputado, obrigar ao réu a carga probatória de um tal prejuízo.⁷⁰ Até mesmo porque, conforme se verifica, não se sabe bem ao certo o que isso (prejuízo) significa.

Não é à toa que se devem observar considerações precisas como de Ricardo Jacobsen Gloeckner que informa que é necessária

A refundação dos princípios organizadores da teoria das nulidades é uma exigência: a) autonomização do processo penal em face do processo civil; b) de democratização e de paulatino avanço rumo a um modelo acusatório (embora a teoria das nulidades por si só, não possa alimentar e forjar um regime acusatório); c) de oxigenação de conceito de forma processual e seu potencial tratamento como matéria das mais importantes no processo penal (e não como meia dúzia de páginas dedicadas pelos mais diversos manuais, circunstância encontrada nos mais diversos ordenamentos jurídicos processuais); d) de refundação do processo penal a partir da Constituição da República. Com efeito, apesar do inquestionável contributo epistêmico que a doutrina constitucional alimentou nos últimos anos, não basta pensar a forma como mera aplicação dos princípios e garantias constitucionais. Para o desenvolvimento teórico do processo penal é preciso ingressar numa discussão profunda sobre a renovação conceitual da temática, sob pena de se mudar a fachada, mantendo-se os mesmos (antidemocráticos e eficientistas) pilares, com seus perigosos desdobramentos.⁷¹

É claro que, em razão da indeterminação da categoria “prejuízo”, outras formas de análise e abordagem podem ser consideradas, especialmente porque a nulidade é revelada exatamente quando o julgador declara que determinado ato processual foi produzido a partir de violação de normas legais e, por consequência, do devido processo legal. Neste caso, ou o ato é nulo (por ofensa ao devido processo legal) ou o ato é validado com discurso de “eficácia do processo” sustentado no sistema do *pas de nulle*, neste último caso, suspendendo-se a eficácia da norma constitucional relacionada. Veja-se que, para tanto, a Constituição é, simplesmente, desconsiderada como se fosse ela, a parte mais fraca da relação⁷².

Não é descuidada a afirmação de Leonardo Costa de Paula: “quando se olha para a nulidade, se vê o nada, mas, se olhar através dela, descobre-se o Direito”⁷³. E é justamente este o exercício desenvolvido no presente estudo, quem vale mais? A fórmula mágica solipsista elaborada por

⁶⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 190.

⁷⁰ Aliás, essa postura consubstancia-se num latente fenômeno de “violência objetiva” voltada ao controle de determinados comportamentos, pois a orientação jurisprudencial é quase que sempre convergente ao modelo de Estado que se busca atender. A inversão do ônus da prova, típica de Regimes Autoritários, é apenas uma das diversas expressões que conduzem a conclusão de que parelho judiciário (juízes e tribunais) está bastante divorciado de sua função de guarda da CRFB/88 e da máxima realização dos Direitos Fundamentais do réu a processo penal submetido. Ver: CHAVES JUNIOR, Aírto. **Além das Grades: a paralaxe da violência nas prisões brasileiras**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2008, p. 120-121.

⁷¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 331-332.

⁷² Sobre o tema, Konrad Hesse diz que, “ao mesmo tempo em que as normas constitucionais não estão desvinculadas da realidade concreta histórica de seu tempo, também não estão simplesmente condicionadas a essa realizada, de modo que em caso de eventual conflito, a Constituição não pode ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca (HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 10-11).

⁷³ PAULA, Leonardo Costa de. **As nulidades no Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 119.

Francisco Campos ao criar uma fórmula de declaração da nulidade que nunca poderá ser validada? A fórmula prevista no Código de Processo Penal de matriz fascista impõe que a declaração *numerus clausus* da nulidade prevista no artigo 564 do CPP parece impor que sempre seria declarada as nulidades, mas como referenciado acima elas deixaram de ser o que tem sido, submetem-se a uma falaciosa análise em concreto (e impossível) do prejuízo, para além da influência na busca da verdade substancial, que por força da densidade do tema responder a esses aspectos imporia um novo estudo, também impossível de se alcançar.

O reflexo visível do combatido e inconstitucional sistema de nulidades só teria serventia para se fazer uma análise impossível, ou, no máximo, adotando-se a “filosofia do *como se*” (em patente *fictio iuris*, nas palavras de Vahinger), equivalendo-se a imaginar: como teria sido a sentença se tivesse sido diferente do que foi? Isso, ninguém nunca vai saber. O fato é que, alterando-se a carga probatória para o Estado, empreender-se-ia a emulação de um demiurgo processual, criando-se uma linha de espaço-tempo alternativa para se demonstrar o “não-prejuízo” pela violação da norma: se, apesar a atipicidade do ato, o Estado mantém a sua validade, é natural que se exija desse mesmo Estado que se demonstre que referido ato atingiu a sua finalidade sem qualquer prejuízo para a parte que, em tese, teria o seu direito lesado com a atipicidade questionada.

E, todas as vezes que os tribunais reafirmam o suposto adágio francês do *pas de nullité sans grief*, Francisco Campos se faz presente para asseverar que no Brasil a lei não passa de simulacro para afastar qualquer Constituição fundada no Devido Processo Legal e nas garantias dos indivíduos seja afastada para preservar o solipsismo que tende a ser incontrollável do poder de punir a qualquer custo, mesmo que se perca a substância daquilo que deve ser preservado por uma efetiva república: se estabelecer pela lei, com base na lei e conforme a lei, ou seja, vivificar, no fim, o princípio do devido processo legal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão crítica ora empreendida buscou trazer mais relevo para a Constituição Federal de 1988, de modo a preservar a supremacia da Constituição, bem como a rigidez das normas constitucionais, para que um suposto postulado como o *pas de nulité sans grief* seja definitivamente afastado do ordenamento jurídico pátrio no caso do Processo Penal (art. 563 do CPP), por ofensa aos arts. 1º, 3º, 4º e 5º, inciso LIV, da Constituição Federal. Como visto, a origem do suposto postulado *pas de nulité sans grief* nasce de uma tentativa de calar e silenciar o poder judicial, na regra *nullité sans grief n'opere rien*⁷⁴, do ordenamento jurídico napoleônico, a partir do antagonismo entre o rei e o parlamento.

Além disso, a noção mesma de Controle de Constitucionalidade abstrato, conforme Kelsen é tributária da premissa anterior, pois este nasceu, na perspectiva do mestre de Viena, para “condenar a doutrina, segundo a qual a lei [seria] expressão da vontade do Monarca e que estabelece uma separação entre o comando dele emanado e o conteúdo criado ou proposto pelo

⁷⁴ ZACLIS, Daniel. **A regra do prejuízo e as nulidades processuais: construção de um modelo racional de aplicação do 'pas de nullité sans grief' no âmbito do Processo Penal brasileiro**. São Paulo: USP, Faculdade de Direito, 2015, p. 101-102.

parlamento [denunciando isso] como inimigo da garantia jurisdicional da constituição⁷⁵”.

O suposto postulado *pas de nullité sans grief* hoje tem servido para que os juízes e tribunais estabeleçam dúvida sobre a existência de nulidades relativas ou absolutas (determinando a prova do prejuízo), e a presença da dúvida é direcionada à determinação de absolvição dos acusados (art. 386, VII, do CPP), bem como insere o julgador em posição que fragiliza a sua necessária imparcialidade, violando, em ambos os casos, o devido processo legal substantivo (art. 5, inciso LIV, da CF/88)⁷⁶.

Mais do que isso, o suposto postulado *pas de nullité sans grief* além de não existir no ordenamento pátrio como princípio geral do direito, e de fragilizar a imparcialidade, o devido processo legal e o princípio republicano, também serve para desvirtuar a forma do Processo Penal como garantia do acusado, transformando o réu em mero objeto de pretensões processuais, despidido de sua dignidade (art. 1º, inciso III, da CF/88).

Lado outro, a regra inerente ao sistema geral das nulidades no Processo Penal deve ser tratada de maneira diferente da que ocorre no âmbito juscivil, vale dizer, não há possibilidade de aplicar o suposto postulado *pas de nullité sans grief* ao Processo Penal, sem violar o princípio da igualdade e da desigualdade, a despeito da controversa concepção de “bens jurídicos” diferentes (art. 5º, caput, da CF/88). Para além do seu princípio reitor que é o do princípio da legalidade e do devido processo legal.

E isto porque, se a Constituição é a norma que mais vale; se é ela quem deve determinar e conduzir a interpretação do ordenamento jurídico infraconstitucional; e, se o devido processo legal substancial determina que a forma é garantia do acusado, especialmente quanto aos vetores relacionados ao Código de Processo Penal, e não havendo a preponderância de um suposto postulado principiológico inexistente (como o *pas de nullité sans grief*) então o artigo 563 do CPP deve ser interpretado no sentido de se presumir o prejuízo ao acusado, com a decretação de nulidade, sempre que se relacione a violação do rito/forma em temas ligados à “medula óssea” ou “espinha dorsal” do Processo Penal”: competência, quebra da parcialidade, cerceamento de defesa, constrição da liberdade pessoal ou de direito patrimonial, prova, julgamento e fundamentação das decisões judiciais.

A regra da prova do prejuízo, para além disso, afasta até mesmo a presunção de inocência pois obriga ao acusado a provar aquilo que, como se demonstrou, é impossível de provar e a afirmação sobre a nulidade passa a ser sempre, para além de Kelsen, um ato de vontade, mas, nesse caso, ausente de controle ou de forma de verificabilidade da decisão.

Este texto buscou refletir sobre a suposta recepção do *pas de nullité sans grief*, ao lado da generalizada e equivocada aplicação por parte dos tribunais pátrios, em franca violação ao texto constitucional, merecendo ser declarada não recepcionada, inclusive na discussão que se estabeleceu perante o Supremo Tribunal Federal, na ADPF 612 a qual trata deste mesmo tema,

⁷⁵ MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Lisboa: Revista da Faculdade de Direito, 1968, p. 49-50.

⁷⁶ ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 6ª edição. Florianópolis: Emais, 2019; ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 159-160.

pois o art. 563 do CPP e o adágio *pas de nullité sans grief* não encontra espaço de convivência sob abrigo da Constituição da República Federal Federativa do Brasil de 1988. Que este texto sirva para contribuir com o necessário e urgente debate, sob lentes garantistas e constitucionalmente adequadas para as garantias penais constitucionais.

Para além disso tudo, que a partir de então se consiga observar que a análise sobre a nulidade é, no fim, uma análise da eficácia dos princípios do Devido Processo Legal Substancial, do Princípio da Presunção de Inocência e, mais ainda do princípio da Legalidade, no seu aspecto da conformidade. E, no fim, somente se poderia exigir o princípio da compatibilidade ou da legalidade ampla dos indivíduos se eticamente o Estado estivesse amparado nos princípios acima traduzidos, no fim, no fundamento da própria república: o princípio da estrita legalidade no qual o Estado assume a obrigação de processar um indivíduo na forma da lei, conforme a lei – nada mais que isso.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto. LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988?** Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, 2018.

BINDER, Alberto M. **El incumplimiento de las formas procesales**: elementos para uma crítica a la teoria unitaria de las nulidades em el proceso penal. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L. 2000.

BIZZOTTO, Alexandre. **Lições de Direito Processual Penal**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.

CAMPOS. Francisco. **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1940.

CAMPOS, Francisco. **Código penal. Exposição de motivos do Ministro Francisco Campos**. Revista de Direito Penal, vol. XXXI, dez. 1940.

CAMPOS, Francisco. **Exposição de motivos do Código de Processo Penal**, 1941.

CARROL, Lewis. **Alice no País das Maravilhas**. Tradução de Clélia Regina Ramos. São Paulo: Universo dos Livros. 2014.

CHAVES JUNIOR, Airto. **Além das Grades**: a paralaxe da violência nas prisões brasileiras. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2008.

CHOUCK, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro**. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre, Nota Dez Editora, n. 1, 2001.

DE CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da Liberdade**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

FERNANDES, Paulo Sergio Leite. **Nulidades no Processo Penal**. São Paulo: RT, 1976.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini et alli. **As nulidades no Processo Penal**. São Paulo: Malheiros, 1992.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

MIRANDA, Jorge. Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade. Lisboa: Revista da Faculdade de Direito, 1968.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ONANA ETOUNDI, Félix. **Le Régime Juridique des Nullités des Actes de Procédure dans L'acte Uniforme Portant Organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies D'exécution**. Disponível em: <<http://www.institut-idef.org/Le-regime-juridique-des-nullites.html>>, acesso em 13 de agosto de 2020.

PÁDUA, Thiago Aguiar; MACHADO, Bruno Amaral. Reminiscências do pensamento crítico de Lola Aniyar de Castro e o julgamento dos crimes contra a humanidade no Brasil. **Utopía y praxis latinoamericana**. año: 24, n° extra 2, 2019.

PÁDUA, Thiago. **A balzaquiana Constituição: Constitucionalismo e Democracia nos 30 Anos do (Des)Aniversário da CF/88**. Brasília: Trampolim, 2018.

PAULA, Leonardo Costa de. **As nulidades no Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 2013.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 6ª edição. Florianópolis: Emais, 2019.

STRECK, Lenio. Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista? **Revista NEJ**, v. 15, n. 1, 2010.

STRECK, Lenio; OLIVEIRA, Rafael Thomaz de. **O que é isto? As Garantias Processuais Penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2018.

STRECK, Lenio. **Supremo pode deixar de aplicar lei sem fazer jurisdição constitucional?** Conjur de 25 de outubro de 2014.

STRECK, Lenio. **Com Constituição alemã de Weimar, Estado é chamado a proteger o cidadão**". Conjur, de 10.08.2019.

STRECK, Lenio; TRIDADE, André Karam. **Produção de prova cabe ao MP e à defesa**. Conjur de 11 de janeiro de 2010.

ZACLIS, Daniel. **A regra do prejuízo e as nulidades processuais**: construção de um modelo racional de aplicação do 'pas de nullité sans grief' no âmbito do Processo Penal brasileiro. São Paulo: USP, Faculdade de Direito, 2015.

PRINCÍPIOS AMBIENTAIS E REGISTRAIS: UMA BASE PRINCIPIOLÓGICA COMUM EM PROL DA SUSTENTABILIDADE

Antonio Fernando Schenkel do Amaral e Silva¹

Marcelo Buzaglo Dantas²

INTRODUÇÃO

O artigo tem por objetivo científico arrolar e estudar Princípios³ ambientais e registrais estabelecidos pela doutrina pátria, com aportações na doutrina estrangeira. Pretende-se estabelecer os pontos de interseção e de convergência, verificando as possibilidades de maximização dos Princípios ambientais na prática registral imobiliária, dada a sua carga de normatividade. A partir daí, objetiva esclarecer a existência de Princípios comuns entre o Direito Ambiental⁴ e o Direito Registral⁵ que possam sugerir, informar e fundamentar uma base principiológica para legitimar dogmaticamente a inscrição das informações ambientais nas matrículas do Registro de Imóveis⁶ em prol do meio ambiente.⁷

Pretende-se registrar algumas hipóteses em que a aplicação das normas ambientais é maximizada com o auxílio do Direito Registral. São importantes tanto os aspectos preventivos quanto os repressivos a danos e/ou situações ambientais irregulares que mereçam atenção dos juristas, do Estado e da sociedade, mormente se indagarmos: por que as informações relativas aos ônus, às sanções e às obrigações ambientais não chegam ao Registro de Imóveis?

¹ Juiz Federal. Mestre e Doutor em Ciência Jurídica pela Fundação Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Florianópolis/SC, Brasil. E-mail: amaraltoninho@hotmail.com

² Advogado. Membro das Comissões de Direito Ambiental do Conselho Federal da OAB e do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB. Mestre e Doutor em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP. *Visiting Scholar* da *Elisabeth Haub School of Law - Pace University* (White Plains/NY). Pós-Doutor em Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade pela UNIVALI. Docente Permanente e do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica (Mestrado e Doutorado) da UNIVALI. Professor Visitante da *Widener University – Delaware Law School* (EUA) e da *Universidad de Alicante* (ES)

³ Princípio: É a origem de um pensamento, a causa primária, o elemento predominante de um sistema, proposição norteadora de uma ciência, a norma matriz, com a função de dar unidade e harmonia a um sistema de ideias, proporcionando orientação para a exegese do todo a que pertence.

⁴ Direito Ambiental: “O Direito Ambiental é, portanto, a norma que, baseada no fato ambiental e no valor ético ambiental, estabelece os mecanismos normativos capazes de disciplinar as atividades humanas em relação ao meio ambiente.” ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 6.

⁵ Direito Registral: é o conjunto de princípios e de normas que têm por objetivo disciplinar os registros públicos, regulamentando a forma e o procedimento para a realização de tais atos solenes, bem assim os efeitos e as consequências jurídicas que deles promanam.

⁶ Registro de Imóveis: é a instituição encarregada, por delegação constitucional, de guardar e conservar na matrícula as informações relativas a determinado bem imóvel, fornecendo a qualquer interessado certidão a respeito dos dados alusivos à propriedade imobiliária, conferindo autenticidade, segurança, validade e publicidade a atos e fatos jurídicos. SARMENTO, Eduardo Sócrates Castanheira. **A dúvida na nova lei de registros públicos**: doutrina, prática, jurisprudência, legislação. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 3.

⁷ Meio ambiente: “[...] o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Consoante o artigo 3º da Lei 6.938/1981.

Destarte, é necessário e oportuno melhorar o intercâmbio de informações entre os órgãos administrativos e os judiciais com o sistema ⁸ de registro imobiliário e, então, busca-se propor Princípios afins aptos a justificar uma maior interação entre os órgãos ambientais e as serventias imobiliárias, de tal maneira que esse diálogo possa ocorrer na vida cotidiana de ambos, em prol da sustentabilidade. ⁹

Sob a perspectiva da publicidade ambiental e da segurança jurídica, pretende-se demonstrar a importância da interligação entre as normas ambientais e as de Direito Registral, potencializando a informação de caráter ambiental com sua inscrição na matrícula imobiliária. ¹⁰

A transparência¹¹ e o acesso à informação ambiental proporcionados pelo registro imobiliário a todos, independentemente de justificação¹² e mediante simples requerimento ao Oficial do Registro de Imóveis, pode ser uma das medidas de maior eficácia para o Direito Ambiental na atualidade. Daí ser oportuno questionar quais as informações ou as situações, relativas à preservação/reparação da natureza ¹³, que devem ser inscritas na matrícula do imóvel. Sem dúvida, são inúmeras as hipóteses, especialmente quando cominadas ao proprietário obrigações de fazer ou não fazer por ordem legal, administrativa ou judicial, cujo conhecimento por terceiros somente é viável pela via da inscrição na matrícula e pela publicidade registral, sob pena de exigir-se do cidadão a difícil e onerosa busca por informações a inúmeros e, muitas vezes, desconhecidos órgãos administrativos e/ou judiciais.

A publicidade ministrada pelos registros públicos não apenas predispõe ao conhecimento geral atos e fatos jurídicos importantes, mas o faz de uma maneira cronologicamente organizada em relação a determinado bem imóvel. Dessa maneira, são ofertadas à sociedade suas modificações, extinções, restrições, condições, circunstâncias e tudo o mais que seja relevante

⁸ Sistema: "Todo conjunto ordenado de técnicas, normas e conceitos que venha a constituir-se num Modelo." MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB-SC, 2000, p. 88.

⁹ "Sin embargo, la Sostenibilidad es una noción positiva y altamente proactiva que supone la introducción de los cambios necesarios para que la sociedad planetaria, constituida por la Humanidad, sea capaz de perpetuarse indefinidamente en el tiempo." REAL FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del Derecho. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (Orgs.). **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. Dados eletrônicos. Itajaí: UNIVALI, 2013, p. 13. Tradução livre: "Porém, Sustentabilidade é uma noção positiva e altamente pró-ativa que supõe a introdução das mudanças necessárias para que a sociedade planetária, constituída pela Humanidade, seja capaz de se perpetuar indefinidamente no tempo".

¹⁰ Como leciona MÁÑEZ o "Registro de Imóveis tem por finalidade principal dar segurança ao tráfico jurídico imobiliário, no intuito de garantir a existência e conteúdo dos direitos de propriedade que se constituam e inscrevam sobre as propriedades registraes, de modo que, quem adquira tais direitos confiando em sua descrição registral e o inscreva a seu favor, será protegido pelo ordenamento jurídico diante de possíveis reclamações". MÁÑEZ, José Luis Salazar. Meio ambiente e Registro de Imóveis, uma interação mútua: o direito de acesso à informação ambiental e em apoio à sustentabilidade. In: **Registro de Imóveis e meio ambiente**. JACOMINO, Sérgio; MELO, Marcelo Augusto Santana; CRIADO, Francisco de Asís Palacios (Coordenadores). São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 175/176.

¹¹ Transparência do Estado se revela quando ele torna pública a informação que detém, de forma acessível, clara e simples, despida de tecnicismos ou outras linguagens obscuras para a maioria da população.

¹² Lei 6.015/1973: "Art. 17. Qualquer pessoa pode requerer certidão do registro sem informar ao oficial ou ao funcionário o motivo ou interesse do pedido."

¹³ "1.1.1 Defining the environment - [...] The Environmental Protection Act (EPA) 1990 provides a useful starting point. Under s 1(2) 'The 'environment' consists of all, or any of the following media, namely, the air, water and land; and the medium of air includes the air within buildings and the air within other natural or man-made structures above or below ground'. "1.1.1 Definindo o ambiente - [...] A Lei de Proteção Ambiental (EPA) 1990 fornece um ponto de partida útil. Sob s 1(2) - "O' ambiente 'consiste em todos ou qualquer um dos seguintes meios, nomeadamente, o ar, a água e a terra; e o meio do ar inclui o ar dentro de edifícios e o ar dentro de outras estruturas naturais ou feitas pelo homem acima ou abaixo do solo" (tradução livre). WOLF, Susan; WHITE, Anna. **Principles of environmental law**. Second Edition. London: Cavendish Publishing Limited, 1997, p. 1.

para o mundo jurídico, revelando a completa situação de seu objeto e proporcionando transparência.

Atualmente o Registro de Imóveis é considerado como o repositório de todas as informações significativas sobre determinada propriedade, gerando segurança e confiabilidade ao sistema. Graças ao Princípio da publicidade e da acessibilidade irrestrita aos dados matriculados, uma pessoa pode requerer, sem prestar qualquer justificativa, informações que estejam no Registro de Imóveis a respeito da situação de um bem lá inscrito. Assim, pelo menos em tese, uma vez expedida a certidão imobiliária, ter-se-ia todas as informações relevantes do imóvel, tais como a descrição do bem, os limites, as confrontações, o titular da propriedade, a cadeia dominial, a existência de ônus reais, pessoais e, particularmente, a ciência a respeito de quaisquer dados ambientais que pairam sobre a propriedade.

Entretanto, as informações ambientais raramente se encontram contempladas no Registro de Imóveis, apesar da sua importância para a sociedade. A pronta eficácia das normas ambientais se esvai por completo quando não há a inscrição de seus efeitos na matrícula do bem de raiz. Por exemplo: a ausência de publicidade da existência de uma área contaminada, na respectiva matrícula, poderá levar a incontáveis consequências para a sociedade local, como p. ex. na criação de um loteamento em um espaço inadequado à vida humana. Ou então, uma ação judicial de reparação de danos ambientais registrada, poderá induzir o proprietário a tomar medidas reparadoras antes mesmo de uma sentença, a fim de retirar o mais cedo possível o gravame da sua propriedade. Por outro lado, um possível adquirente, sabedor do problema ambiental pelo Registro de Imóveis, poderá condicionar o negócio à solução reparadora, gerando eficácia imediata à tutela do meio ambiente sem necessidade da ação administrativa (embargo, p. ex.) ou judicial (ação civil pública ou ação popular). Se incauto um adquirente, pode ele ser levado à insolvência, uma vez que caberá somente a ele o pagamento da recuperação ambiental, mesmo desconhecendo a obrigação, uma vez que ela tem natureza *propter rem* e é imprescritível.¹⁴

Diante dessa problemática, foi levantada a seguinte hipótese: A ausência de uma base principiológica comum que justifique e legitime uma legislação integradora e harmonizadora entre o Direito Ambiental e o Direito Registral, provoca falhas no sistema de proteção do meio ambiente, que não se utiliza ou mal utiliza as serventias de Registro de Imóveis para fins de publicidade, transparência e segurança jurídica.

O resultado do exame dessa hipótese está exposto no trabalho.

1. PRINCÍPIOS AMBIENTAIS

O Direito Ambiental, por lógica, cuida do meio ambiente que, segundo a definição do artigo 3º da Lei 6.938/1981, é “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. É claro que muitas outras ideias, pensamentos e noções cabem na ideia de *meio ambiente*, mas, para o

¹⁴ Súmula 623 do STJ: “As obrigações ambientais possuem natureza *propter rem*, sendo admissível cobrá-las do proprietário ou possuidor atual e/ou dos anteriores, à escolha do credor”. O STF decidiu que é imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental no Recurso Extraordinário (RE) 654833, com repercussão geral reconhecida (Tema 999). Fonte: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441746&ori=1>> Acesso em 01 de set. 2020.

operador do Direito, a definição legal é a mais importante e dela retiram-se todas as consequências jurídicas a serem operacionalizadas por uma exegética principiológica.

E o que é Direito Ambiental?

El moderno derecho ambiental, concebido como un sistema normativo dirigido a la preservación del entorno humano mediante el control de la contaminación y la garantía de un uso sostenible de los recursos naturales, tiene una origem reciente. Su génesis se sitúa en la segunda mitad del siglo XX y responde a la toma de conciencia generalizada, a nivel nacional e internacional, sobre la necesidad de frenar el proceso de deterioro de nuestro frágil ecosistema, gravemente amenazado por el potencial destructivo de la civilización moderna.¹⁵

Todos possuem uma noção clara do que seja um Princípio e, na lição de BOBBIO, os princípios gerais são normas fundamentais ou generalíssimas do sistema.¹⁶ Desta forma, “os princípios são as ideias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se”.¹⁷

Com a Constituição de 1988, diversas *normas* ambientais foram constitucionalizadas. As *normas* englobam *Princípios* e *regras*: Princípios são normas que impõem que algo deva ser feito na maior amplitude fática e jurídica possível; regras são normas que ordenam a realização, a proibição ou a permissão de determinada conduta. A diferença entre Princípios e regras é o grau de abstração que os circunda.¹⁸

Não se deve esquecer, então, da importância da interpretação da Carta Magna¹⁹ para a defesa do meio ambiente, uma vez que o artigo 225 é bastante complexo e comporta inúmeras leituras, sendo fonte da maioria dos Princípios ambientais plasmados em nossa Constituição²⁰, bem assim da legislação que os regulamenta.²¹

Environmental principles are now popular concepts in environmental law across jurisdictions, including in EU law. This popularity is driven by pragmatism, by political compromise, and by hopes to pursue

¹⁵ “O direito ambiental moderno, concebido como um sistema normativo que visa a preservação do meio ambiente humano por meio do controle da poluição e da garantia do uso sustentável dos recursos naturais, tem origem recente. A sua gênese remonta à segunda metade do século XX e responde à consciência generalizada, nacional e internacional, da necessidade de travar o processo de deterioração do nosso frágil ecossistema, gravemente ameaçado pelo potencial destrutivo da civilização moderna” (tradução livre). CUTANDA, Blanca Lozano; TURRILLAS, Juan-Cruz Alli. **Administración y legislación ambiental**. Actualizado y adaptado al EEES. Madrid: Editorial Dykynson, 2013, p. 117-118.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. São Paulo/Brasília: Polis/UNB, 1989, p. 158-159.

¹⁷ SUNDFELD, Carlos Ary. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 143.

¹⁸ SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais: proteção e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 42. No mesmo sentido: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Org. trad. Luís Afonso Heck. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 37.

¹⁹ Celso Ribeiro Bastos lembra que a interpretação constitucional apresenta peculiaridades, em particular, o autor cita três: o posicionamento singular das normas constitucionais, a inicialidade fundante e o caráter aberto das normas constitucionais. BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 76-77.

²⁰ Vide: CATALAN, Marcos Jorge. Fontes principiológicas do direito ambiental. In: **Direito ambiental: fundamentos do direito ambiental**. MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Orgs.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 493-516.

²¹ Ferdinand Lassalle, ao responder a pergunta “O que é uma Constituição?”, nos explica que a lei fundamental, para merecer esse nome, “[...] deverá informar e engendrar as demais leis ordinárias baseadas nela”. O autor reafirma a ideia central do nosso constitucionalismo na obra **O que é uma Constituição?** Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica – Ed. Líder, 2004, p. 40.

high ideals for environmental protection as well as legitimacy for environmental scholarship as a discipline.²²

HESSE leciona que a Constituição modifica a realidade, despertando “a força que reside na natureza das coisas”, tornando-a ativa e influindo para a alteração da realidade política e social. A força constitucional é tanto mais efetiva quanto mais ampla for a certeza da sua inviolabilidade, “quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional”.²³

Do exposto, compreendemos que assumem os operadores jurídicos a difícil tarefa de compatibilizar as leis à Constituição de molde a privilegiar os novos nortes exegéticos firmados por ela em seus Princípios, para que seja dada efetividade ao meio ambiente por meio de opções judiciais acertadas:

The use and protection of natural resources are often influenced by developments in constitutional law. Throughout U.S history, the Supreme Court’s constitutional pronouncements have helped shape natural resources policy. This influence may well increase in the coming years, as the country faces new and difficult environmental and energy challenges. How the Court interprets the breadth of Congress’s power under the Constitution may affect the allocation of authority and responsibility to address natural resource concerns.²⁴

Os Princípios que estão previstos na nossa Constituição correspondem a uma síntese dos valores mais importantes da ordem jurídica ambiental. O fato de estarem na Carta Magna demonstra, cabalmente, que eles são fundamentais para os fins propostos na carta política: a defesa da natureza.

O *Princípio do direito ao meio ambiente equilibrado* tem assento no artigo 225 da Carta Magna, verdadeira regra matriz do Direito Ambiental pátrio, ao assegurar a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

O Princípio reclama, para sua efetividade, que o Direito Ambiental contenha regras eficazes para prevenir ou reparar o dano ao meio ambiente, a poluição, a destruição da biodiversidade e dos ecossistemas.

Ao lado dos direitos individuais e coletivos previstos no artigo 5º da nossa Constituição, o legislador constituinte criou, no artigo 225, um novo direito fundamental da pessoa humana, o

²² “Os princípios ambientais são agora conceitos populares na legislação ambiental em todas as jurisdições, incluindo a legislação da UE. Essa popularidade é impulsionada pelo pragmatismo, pelo compromisso político e pela esperança de buscar altos ideais para a proteção ambiental, bem como a legitimidade do estudo ambiental como disciplina” (tradução livre). BOGOJEVIC, Sanja; RAYFUSE, Rosemary. *Environmental rights in Europe and beyond*. Oxford: Hart Publishing, 2018, p. 143.

²³ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998, p. 24.

²⁴ “O uso e a proteção dos recursos naturais são freqüentemente influenciados por desenvolvimentos no direito constitucional. Ao longo da história dos EUA, os pronunciamentos constitucionais da Suprema Corte ajudaram a moldar a política de recursos naturais. Essa influência pode aumentar nos próximos anos, à medida que o país enfrenta novos e difíceis desafios ambientais e energéticos. A forma como o Tribunal interpreta a amplitude do poder do Congresso de acordo com a Constituição pode afetar a alocação de autoridade e responsabilidade para lidar com questões de recursos naturais” (tradução livre). MAY, James R. *Constitutional law and the future of natural resource protection*. In: _____ MACDONNELL, Lawrence J.; BATES, Sarah F. *The evolution of natural resources law and policy*. Chicago: American Bar Association Publishing, 2010, p. 124.

qual se relaciona com a possibilidade de se viver em adequadas condições de vida em um ambiente sadio, isto é, ecologicamente equilibrado:

Los intereses ambientales son los que, directa o indirectamente, tienen al ambiente mismo como objeto jurídico de tutela, con independencia de los individuos que en él se hallan, en cuanto bien jurídico de disfrute colectivo en el que concurren solidaria y simultáneamente una pluralidad de sujetos, presentes y futuros. En tal sentido, constituyen materia propia de los intereses supraindividuales, siéndoles aplicable todo lo dicho sobre ellos y, específicamente, respecto de los intereses difusos ya que todas y cada una de las personas físicas, individualmente, agrupadas u organizadas bajo entidades jurídicas, tienen un interés supraindividual en el goce del ambiente y pueden exigir, en forma aislada o conjunta, la preservación de adecuadas condiciones ambientales.²⁵

Do citado artigo 225 da Constituição Federal extrai-se o *Princípio da obrigatoriedade da intervenção do Poder Público*, sendo-lhe imposto o dever de defender e preservar o “meio ambiente ecologicamente equilibrado” para presentes e futuras gerações, dado o caráter indisponível do bem denominado “meio ambiente”.

Destarte, o Estado é obrigado a intervir com sua força normativa, executiva e judicial, atuando em prol da preservação da natureza, como órgão regulador das atividades econômicas e sociais: “*La protección del medio ambiente es una función primordialmente pública que compete a todos y de manera particular a las Administraciones públicas*”.²⁶

A atividade pública desempenhada pelas serventias imobiliárias, por força do artigo 236 da CF, impõe aos registradores brasileiros a colaboração efetiva para o cumprimento do mandamento constitucional, exigindo-se dos titulares uma postura ativa e combativa em prol da natureza, vencendo-se, com base nesta seara principiológica, antigas tradições, interpretações e formalidades, próprias de uma cultura cartorialista, que já não cabe mais nos nossos tempos.

Pelos efeitos do *Princípio do poluidor-pagador*, evidentemente, aquele que poluiu ou ainda polui (pessoa física ou jurídica) deve ser onerado com os custos da reparação ambiental:

The principle basically means that the producer of goods or other items should be responsible for the costs of preventing or dealing with any pollution which the process causes. This includes environmental costs as well as direct costs to people or property. It also covers costs incurred in avoiding pollution, and not just those related to remedying any damage. There is a very strong link between the principle and the idea that prevention is better than cure.²⁷

²⁵ MIKLAVEC, Noemi P. Pino. **La tutela judicial administrativa de los intereses ambientales**. (Estudio comparativo de los ordenamientos español y argentino). Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013, p. 239. “Interesses ambientais são aqueles que, direta ou indiretamente, têm o próprio meio ambiente como objeto jurídico de proteção, independentemente das pessoas que nele estejam, como bem jurídico de fruição coletiva em que concorrem uma pluralidade de sujeitos conjunta e simultaneamente, presente e futuro. Nesse sentido, constituem matéria inerente aos interesses supra-individuais, cabendo-lhes tudo o que se disse sobre eles e, especificamente, quanto aos interesses difusos, visto que cada uma das pessoas singulares, individualmente, agrupadas ou organizadas em pessoas jurídicas, tem um interesse supra-individual no gozo do meio ambiente, podendo exigir, isolada ou conjuntamente, a preservação de condições ambientais adequadas” (tradução livre).

²⁶ “A proteção do ambiente é uma função essencialmente pública que pertence a todos e em particular às administrações públicas” (tradução livre). MIKLAVEC, Noemi P. Pino. **La tutela judicial administrativa de los intereses ambientales**. (Estudio comparativo de los ordenamientos español y argentino). Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013, p. 81.

²⁷ “O princípio basicamente significa que o produtor de bens ou outros itens deve ser responsável pelos custos de prevenção ou tratamento de qualquer poluição que o processo cause. Isso inclui custos ambientais, bem como custos diretos para pessoas ou propriedades. Também cobre os custos incorridos para evitar a poluição, e não apenas aqueles relacionados com a reparação de quaisquer danos. Existe uma ligação muito forte entre o princípio e a ideia de que é melhor prevenir do que remediar” (tradução

Na Argentina, tal orientação igualmente está no texto Constitucional:

Si por un lado existe la obligación de mantener los elementos del ambiente en buen estado, existe por otro lado la obligación de restaurarlos cuando hayan sido degradados, lo cual lleva aparejado el derecho de exigir al autor del daño los costes de esa reparación. El resarcimiento que el responsable tiene la obligación de pagar se calcula sobre la base del coste real de esa restauración, lo que en la Constitución Nacional se denomina recomposición (art. 41).²⁸

O *Princípio da precaução* tem por função alertar o Estado, no sentido de que a Administração Pública deve valorar e ter em conta as implicações ambientais que as decisões e as atividades econômicas ostentam para o futuro da sociedade, para a saúde pública, animal e vegetal.²⁹

Evidentemente, o risco ambiental está presente em quaisquer atividades humanas, sendo objeto de estudo em todos os ordenamentos jurídicos, em particular, quando medidas são necessárias para precaver riscos desnecessários, em quaisquer operações econômicas:

Both the European Union and the United States rely on the precautionary principle in many of their risk regulations. It is true the lack of a precise and generally accepted definition of the principle makes comparative analysis rather difficult. Regardless of the definition one uses, however, it is a fact that both political systems apply precaution to imported goods or services with particular vigor.³⁰

Na doutrina estrangeira, transmite a ideia de que é “melhor prevenir do que remediar”, além de que a “incerteza não é desculpa para inação” e “incerteza requer ação” por parte do Estado e da sociedade:

The “precautinary principle” (PP), articulated as early as the 1960s, has been at the forefront of this debate since the 1990s. Controversial, it is variously viewed as salvation or blunder. Different summaries of what the PP means include “better safe than sorry”, “uncertainty is no excuse for inaction”, and “uncertainty requires action”.³¹

De se anotar que o Princípio da precaução deve ser observado por todos diante de uma ameaça real de danos graves ou irreversíveis, proporcionada pela ausência de certeza científica ou

livre). BELL, Stuart. **Environmental law**. Fourth Edition. London: Blackstone Press, 1997, p. 124.

²⁸ “Se, por um lado, há uma obrigação de manter os elementos do meio ambiente em boas condições, por outro lado, há uma obrigação de restaurá-los quando estiverem degradados, o que implica o direito de exigir o custo dessa reparação do autor do dano. A indenização que o responsável tem a obrigação de pagar é calculada com base no custo real dessa restauração, que na Constituição Nacional é chamada de recomposição (art. 41)” (tradução livre). ITURRASPE, Jorge Mosset; HUTCHINSON, Tomás; DONNA, Edgardo Alberto. **Daño ambiental**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, Tomo II, 1999, p. 158.

²⁹ LOZANO, Ruben Serrano. *El principio de precaución en la jurisprudencia española*. In: **La jurisprudencia ambiental en Europa y América Latina**: una contribución para el desarrollo sostenible. DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; DEL POZO, Carlos Francisco Molina; MOLINA, José Antonio Moreno (orgs). Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 158-167.

³⁰ “Tanto a União Europeia quanto os Estados Unidos contam com o princípio da precaução em muitas de suas regulamentações de risco. É verdade que a falta de uma definição precisa e geralmente aceita do princípio torna a análise comparativa bastante difícil. Independentemente da definição que se use, no entanto, é um fato que ambos os sistemas políticos aplicam precauções a bens ou serviços importados com particular vigor” (tradução livre). MAJONE, Giandomenico. *Political institutions and the principle of precaution*. In: _____. WIENER, Jonathan B; ROGERS, Michel D; HAMMITT, James K; SAND, Peter H. (Ed.). **The reality of precaution: comparing risk regulation in the United States and Europe**. Washington: PRF Press, 2011, p. 411.

³¹ WIENER, Jonathan B. *The rhetoric of precaution*. In: _____. ROGERS, Michel D; HAMMITT, James K; SAND, Peter H. (Ed.). **The reality of precaution: comparing risk regulation in the United States and Europe**. Washington: PRF Press, 2011, p. 4.

diante de uma dúvida igualmente científica. A paralisação da atividade pura e simples, muitas vezes, impede o desvendamento da dúvida e, por isso, recomenda-se a adoção de medidas protetivas até o esclarecimento da situação.

Precaution is a way of coping with uncertainty. Most environmental policymaking and decisionmaking is typically plagued by uncertainty, with regard both to biogeophysical processes and socioeconomic costs and benefits [...].³²

O Princípio da prevenção leva em conta que as agressões à natureza são de difícil, demorada e custosa reparação. Ele reafirma que os objetivos do Direito Ambiental são sempre preventivos, estando com sua atenção voltada para o momento anterior ao dano, isto é, ao do mero risco de prejuízo. A doutrina inglesa também defende tal orientação:

[...] The preventive principle requires more forward thinking actions on the basis that 'prevention is better than cure' and steps should be taken to prevent or minimise the effects of pollution before the polluting process begins. [...].³³

De todo o modo, *a precaução e a prevenção* tem por escopo impedir a ocorrência de prejuízos à natureza, impondo-se medidas acauteladoras antes da implementação de um empreendimento ou de atividades consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras pela ciência. Resulta da aplicação concreta dos Princípios as exigências de licenciamento ambiental e de estudo de impacto ambiental pela legislação, aos quais se deve dar ampla publicidade pela atuação e colaboração do registro imobiliário, inscrevendo-os nas matrículas dos imóveis dos empreendedores.

O *Princípio da reparação* expressa uma orientação jurídica consagrada, segundo a qual aquele que causar dano ao meio ambiente deve repará-lo, mediante o cumprimento de obrigação de fazer ou de indenização em pecúnia.

Daño ecológico es toda degradación ambiental (Pasqualotto) que alcanza:

- 1) Al hombre, en su salud, seguridad o bienestar, en sus actividades sociales o económicas;
- 2) las formas de vida animal o vegetal;
- 3) em medio ambiente en sí mismo considerado, tanto desde el punto de vista físico como estético.³⁴

Dano ambiental, apesar da difícil tarefa de conceituá-lo, tem sido aceito como aquele

³² SAND, Peter H. Information disclosure. In: _____. WIENER, Jonathan B; ROGERS, Michel D; HAMMITT, James K; SAND, Peter H. (Ed.). **The reality of precaution: comparing risk regulation in the United States and Europe**. Washington: PRF Press, 2011, p. 323. "A precaução é uma forma de lidar com a incerteza. A maior parte da formulação de políticas e decisões ambientais é tipicamente atormentada por incertezas, tanto no que diz respeito aos processos biogeofísicos quanto aos custos e benefícios socioeconômicos [...]" (tradução livre).

³³ "[...] O princípio da prevenção requer mais ações com visão de futuro com base em que 'prevenir é melhor do que remediar' e devem ser tomadas medidas para prevenir ou minimizar os efeitos da poluição antes que o processo poluente comece. [...]" (tradução livre). WOLF, Susan; WHITE, Anna. **Principles of environmental law**. Second Edition. London: Cavendish Publishing Limited, 1997, p. 16.

³⁴ "Dano ecológico é qualquer degradação ambiental (Pasqualotto) que atinge: 1) O homem, na sua saúde, segurança ou bem-estar, nas suas actividades sociais ou econômicas; 2) as formas de vida animal ou vegetal; 3) o próprio ambiente considerado, tanto do ponto de vista físico como estético" (tradução livre). ITURRASPE, Jorge Mosset; HUTCHINSON, Tomás; DONNA, Edgardo Alberto. **Daño ambiental**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, Tomo I, 1999, p. 79.

prejuízo que afeta o conjunto do meio ambiente ou algum de seus componentes, considerado como patrimônio da coletividade, independentemente de eventuais repercussões sobre as pessoas ou os seus bens.³⁵ Na doutrina estrangeira, tem se entendido como *reacción contra el daño injusto*.³⁶

Tal obrigação civil, não se discute mais, é imprescritível e adere à coisa imóvel, obrigando o titular e seus sucessores à reconstrução ambiental.

Esta nova situação impõe a necessidade de repensarmos as funções das serventias do Registro de Imóveis, pois se tornou possível atualizarmos as matrículas das propriedades imobiliárias com as informações ambientais, notadamente quanto às imputações civis reparatórias.

A responsabilidade civil, penal e administrativa por danos ambientais tem, por outro lado, uma faceta preventiva, no momento em que incentiva a obediência à legislação pela sociedade e pelo Estado. Bem por isto, a eficácia dos institutos relacionados à responsabilidade é de máxima importância para o Direito Ambiental, que se serve desse instituto de índole civil para proteger e preservar a natureza.

Para sua maior efetividade, a responsabilidade em matéria de meio ambiente é a objetiva, nos termos do artigo 14 da Lei 6.938/1981. O texto legal, recepcionado pela Carta Magna, tem o significado uníssono de dizer que quem causar danos ao meio ambiente, independentemente de culpa (ação ou omissão), tem o dever jurídico de repará-lo, devolvendo-o no mesmo estado em que se encontrava antes do sinistro:

La reparación in natura entendida como la restitución del bien dañado al estado en que se encontraba antes de sufrir una agresión (“quo ante”) constituye la opción principal que ofrece el mecanismo de la responsabilidad civil cuando de daños ao medio ambiente se trata: “la única reparación razonable desde el punto de vista ecológico”. [...].³⁷

O *Princípio da informação* é de fundamental importância para a defesa da natureza, pois impõe ao Estado a obrigação de repassar à sociedade, independentemente de solicitação expressa, dados sobre as condições do meio ambiente, publicando todas as informações que interessam aos cidadãos, de forma a alertá-los sobre questões que afetam a saúde e a qualidade de vida da população.

Uma sociedade bem informada tem condições de participar ativamente das decisões estatais, bem como questioná-las e buscar eficiência da máquina pública na prevenção e solução dos problemas que a afetam, concretizando-se o *Princípio da participação*. Essa ideia é partilhada

³⁵ “La mayoría de autores reservan el calificativo de ‘medioambiental’ para definir aquel daño que afecta al conjunto del medio natural o a alguno de sus componentes considerado como patrimonio colectivo independientemente de sus repercusiones sobre las personas y los bienes”. CATALÁ, Lucía Gomes. **Responsabilidad por daños al medio ambiente**. Pamplona: Aranzadi, 1998, p. 67-68. “A maioria dos autores reserva o qualificador ‘ambiental’ para definir os danos que afetam todo o meio ambiente natural ou qualquer um de seus componentes considerados patrimônio coletivo, independentemente de suas repercussões nas pessoas e na propriedade” (tradução livre).

³⁶ PARKINSON, Aurora V. S. Besalú. **Responsabilidad por daño ambiental**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 593.

³⁷ “A reparação *in natura*, entendida como a restituição do bem avariado ao estado em que foi encontrado antes de sofrer o atentado (“quo ante”), constitui a principal opção oferecida pelo mecanismo de responsabilidade civil quando se trata de dano ao meio ambiente: ‘a única reparação razoável do ponto de vista ecológico’. [...]” (tradução livre). CATALÁ, Lucía Gomes. **Responsabilidad por daños al medio ambiente**. Pamplona: Aranzadi, 1998, p. 249.

por MATEO:

Es evidente que sólo si se conocen los procesos abiertos de toma de decisiones y las actuaciones en curso de las Administraciones Públicas, podrán hacerse oír los ciudadanos interesados, lo que es más factible en los niveles más inmediatos de gestión, por lo que el V Programa constata que las administraciones locales y regionales “pueden contribuir a que la opinión pública participe más en la protección del Medio Ambiente y a aumentar su confianza”.³⁸

A informação tem caráter educacional e objetivo: pretende, fundamentalmente, colocar o cidadão em condições de participar do processo de tomada de decisões, tais como as políticas públicas ambientais. Outrossim, a pessoa bem informada pode cobrar das autoridades públicas as ações administrativas ou judiciais para preservação da natureza.

En passant, não há dúvidas que a *publicidade* é uma das vigas-mestras da teoria e da prática registral brasileira, porquanto todo e qualquer serviço de registro público tem por objetivo proporcionar informações ao cidadão a respeito de atos e fatos ali guardados para domínio social eterno.

Assim, nada mais natural e salutar que essas informações ambientais sejam compartilhadas com o Registro de Imóveis, potencializando a difusão desses dados ambientais, aproveitando-se da capilaridade das serventias imobiliárias pelo Brasil, sua proximidade com as áreas atingidas e com a população do local dos fatos, além da simplicidade para o requerimento de certidão, que pode ser verbal no balcão do cartório.

Os órgãos ambientais devem trabalhar em conjunto com os Registros de Imóveis, somando esforços para a divulgação de todos os informes ecológicos que possam, de qualquer forma, interessar à sociedade. A transparência é a melhor medida para a defesa da natureza.

Partindo da premissa de que vivemos em uma sociedade capitalista, qualquer referência à ideia de sustentabilidade está umbilicalmente ligada ao *Princípio do desenvolvimento econômico sustentável*. A miséria e a pobreza são inimigos mortais da natureza. O crescimento econômico, atualmente, não pode acontecer divorciado de ideias, estratégias e projetos ambientalmente associados. A geração de riqueza deve observar um cuidado com as necessidades do meio ambiente e as necessidades sociais e culturais das populações locais, de forma que as atividades econômicas interajam com essas circunstâncias.

Sin duda alguna, no puede afirmarse seriamente que desarrollo se identifique con crecimiento económico. El desarrollo, en definitiva, implica mejorar el nivel de bienestar de las personas.

*Mas, la respuesta meditada a las preocupaciones ambientales no consiste en detener el crecimiento económico ni en mantener las pautas anteriores de crecimiento, sino en diseñar nuevos modelos de desarrollo que sean sustentables. Por ende, la solución no está en enfrentar el desarrollo industrial, científico y tecnológico con el equilibrio ambiental, sino en buscar su armonía, de modo tal de satisfacer las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias.*³⁹

³⁸ “É evidente que só se forem conhecidos os processos decisórios abertos e as ações em curso das Administrações Públicas é que os cidadãos interessados poderão fazer-se ouvir, o que é mais viável nos níveis de gestão mais imediatos, para que o Programa V observa que as administrações locais e regionais ‘podem ajudar a opinião pública a participar mais na proteção do ambiente e a aumentar a sua confiança’” (tradução livre). MATEO, Ramón Martín. **Manual de Derecho Ambiental**. 2. ed. Madrid: Editorial Trivium, 1998, p. 57-58.

³⁹ “Sem dúvida, não se pode afirmar com seriedade que desenvolvimento se identifica com crescimento econômico. O desenvolvimento, em suma, implica melhorar o nível de bem-estar das pessoas”. - “No entanto, a resposta cuidadosa às

De fato, a proteção ao meio ambiente não pode ser vista isoladamente, divorciada das demais políticas públicas sociais. Ao contrário, elas devem ser parte integrante do processo mundial de desenvolvimento dos povos e de seus Estados. Como corolário, a defesa do meio ambiente não é um fator preponderante, mas está inserida no mesmo plano de importância de outros fatores econômicos e sociais igualmente protegidos pela ordem jurídica.

A partir do *Princípio da informação* existe entre nós o *Princípio da participação ou democrático*, ao determinar que o Poder Público assegure que a população tenha a oportunidade de envolver-se nos processos decisórios, em especial nos legislativos:

Efectivamente el ambiente no es propiedad de la Administración, sino que ésta es sólo su guardián, las actividades que aquí inciden deben ser supervisadas por la opinión pública y las organizaciones ambientales “con un máximo de transparencia, discusión pública y amplios derechos adjudicados a los grupos de interés medioambientales. Un área en la cual la legislación ambiental de la Comunidad puede ser todavía desarrollada”.⁴⁰

Na Inglaterra a participação popular é de capital importância para a concessão de licenças ambientais, mediante consultas à sociedade:

A key element of the EA is the emphasis placed upon public participation and consultation. The Department of the Environment Guidance Note states that the preparation of the environmental statement should be a collaborative exercise involving discussions with the following:

- the local planning authority; - the statutory consultees; and - the public.

There are, therefore, extensive publicity requirements. Once the planning authority has determined that an EA is required to support a planning application, it must make this determination known on the public register. This gives the public the first opportunity to find out about the project.⁴¹

Destarte, para fomentar a efetiva participação social, além de disponibilizar os dados ambientais ao Registro de Imóveis, é imprescindível que imprensa possa trabalhar com independência e liberdade, a fim de propiciar a mais ampla e variada gama de informações e de investigações desvinculadas do aparelho estatal em prol do meio ambiente e da sociedade.

Estes são os Princípios ambientais mais importantes para construção de uma base

preocupações ambientais não consiste em interromper o crescimento econômico ou manter padrões anteriores de crescimento, mas em projetar novos modelos de desenvolvimento que sejam sustentáveis”. - “Portanto, a solução não é enfrentar o desenvolvimento industrial, científico e tecnológico com equilíbrio ambiental, mas buscar a sua harmonia, de forma a satisfazer as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazer as suas” (tradução livre). PARKINSON, Aurora V. S. Besalú. **Responsabilidad por daño ambiental**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 595.

⁴⁰ MATEO, Ramón Martín. **Manual de Derecho Ambiental**. 2. ed. Madrid: Editorial Trivium, 1998, p. 57. “Com efeito, o meio ambiente não é propriedade da Administração, mas apenas o seu guardião, as atividades que aqui afetam devem ser fiscalizadas pela opinião pública e pelos órgãos ambientais ‘com o máximo de transparência, discussão pública e amplos direitos atribuídos aos grupos de interesse ambiental. Uma área em que a legislação ambiental comunitária ainda pode ser desenvolvida” (tradução livre).

⁴¹ “Um elemento-chave da Avaliação Ambiental é a ênfase colocada na participação e consulta públicas. O Departamento de Nota de Orientação Ambiental afirma que a preparação da licença (declaração) ambiental deve ser um exercício colaborativo envolvendo discussões com o seguinte: - a autoridade de planeamento local; - os consultados estatutários; e - o público. Existem, portanto, muitos requisitos de publicidade. Uma vez que a autoridade de planeamento determinou que uma EA (avaliação ambiental) é necessária para dar suporte a um projeto (aplicativo de planeamento), ela deve tornar essa determinação conhecida no registro público. Isso dá ao público a primeira oportunidade de descobrir mais sobre o projeto” (tradução livre). WOLF, Susan; WHITE, Anna. **Principles of environmental law**. Second Edition. London: Cavendish Publishing Limited, 1997, p. 392.

principlológica para iluminar o Direito Registral, porque constituem as estruturas e os alicerces do Direito do Ambiente no Brasil, sendo de observância obrigatória para todos – Poderes Públicos e sociedade. Desta forma, precisam ser cumpridos para que não ocorra o comprometimento da eficácia, não só da nossa Constituição, mas de todo o arcabouço jurídico.

A compreensão e real aplicação diária dos Princípios nas atividades estatais próprias ou delegadas determinará o nível de proteção ambiental a que chegaremos na atualidade e no futuro, bem como o nível de solidariedade intergeracional a que estamos dispostos a realizar.

2. PRINCÍPIOS REGISTRAIS

O registro público de imóveis tem por finalidade não só a transferência da propriedade e a instituição de ônus reais, como também “a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos”, consoante artigo 1º da Lei 8.935/94.⁴²

Merece destaque que os Princípios de Direito Registral “não são axiomas incontestáveis, mas criações técnicas, instrumentos idôneos destinados a alcançar finalidades específicas perseguidas pela instituição registral”⁴³, quais sejam a proteção da boa-fé das pessoas e o fluxo seguro dos negócios imobiliários.

O *Princípio da especialidade* tem por foco a determinação exata de um bem imóvel, bem assim de seus titulares, de tal forma que o registro efetuado na matrícula reflita com fidelidade o negócio (ato jurídico), o seu objeto (bem econômico) e as suas partes (pessoas contratantes).

Os *Princípios da presunção de legitimidade e de veracidade* decorrem do sistema registral, expresso nas Leis 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos) e 8.935/1994 (Lei dos Notários e Registradores), onde se busca conferir autenticidade e eficácia ao registro público de bens imóveis. Presumem-se verdadeiros e legítimos os atos e fatos jurídicos inscritos na matrícula, até que tal registro ou averbação seja cancelado.

O Registro de Imóveis é fundamentalmente um instrumento de publicidade. Portanto, é necessário que as informações nele contidas coincidam com a realidade para que não se converta em elemento de difusão de inexatidões e fonte de insegurança jurídica, contrariando, dessa forma, sua finalidade básica.⁴⁴

O *Princípio da fé pública* é um princípio geral e comum a todas as categorias de registros públicos, residindo na necessidade social de confiança, estabilidade e harmonia, mediante a consideração de certeza e autoridade que se conferem às relações jurídicas devidamente autenticadas por um tabelião de notas e/ou registradas em órgãos públicos.⁴⁵ NERI destaca:

⁴² GONZÁLES, Fernando P. Mendez. *Estado, propiedad, mercado*. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (orgs.). **Registro imobiliário: temas atuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 203-300.

⁴³ BALBINO FILHO, Nicolau. **Direito imobiliário registral**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 35.

⁴⁴ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 328.

⁴⁵ Vide: GARCÍA, José Maria Franco. La exactitud registral: los principios de legitimación y fe pública en el derecho registral venezolano comparados con el español. In: **Registro imobiliário: temas atuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 361-380.

[...] el fundamento de la fe pública se halla en necesidad que tiene la sociedad, para su estabilidad y armonía, de dotar a las relaciones jurídicas de fijeza, certeza y autoridad, a fin de que las manifestaciones externas de estas relaciones sean garantía para la vida social y jurídica de los ciudadanos y hagan prueba plena ante todos y contra todos, cuando aquellas relaciones jurídicas entran en la vida del derecho en su estado normal. Tal es, en fin de cuentas, la imponente razón que ha existido para reconocer a la fe pública como el atributo de garantía erga omnes y la necesidad de fijarla en todo instrumento aseverado por funcionario público competente.⁴⁶

Entre nós a fé pública decorre expressamente do artigo 3º da Lei 8.935/1994: “Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro”.

A *Publicidade* é, além de um princípio geral, a real missão dos registros públicos. Informa que o registro torna pública a situação estampada na matrícula, tornando acessível a toda a população o conhecimento dos atos e fatos ali registrados, mediante a expedição de certidões pelo oficial da serventia.

O acesso, como não poderia deixar de ser, é amplo. Não necessita o cidadão justificar o pedido de informações, consoante prescreve o artigo 16 da Lei 6.015/1973, privilegiando-se, concretamente, o *Princípio da publicidade*.

Em virtude da publicidade e da transparência, é interessante que o Registro de Imóveis funcione como *órgão de informação ambiental*, centralizando dados relativos à propriedade e fornecendo uma visão abrangente da situação real vivida pela área, necessitando apenas que a Administração Pública encaminhe os dados ao registro imobiliário para conferir à informação ampla publicidade ambiental.

A publicidade derivada do registro público é o melhor mecanismo de oponibilidade a terceiros, uma vez que ninguém pode alegar desconhecimento ou boa-fé contra ato ou situação constante da matrícula, que se reputa válido e eficaz até a sua desconstituição pelos meios legais.

A importância prática do *Princípio da legalidade* reside na exigência de que os títulos submetidos à serventia registral devem reunir todos os requisitos impostos pela legislação para que possam ostentar a publicidade registral. Desta maneira, para que sejam assentados na matrícula, os títulos devem ser submetidos a um exame de qualificação por parte do titular do RI, que assegure sua validade e perfeição às imposições legais.

Importante para o presente trabalho é a seguinte observação: quando se tratar de atos administrativos, o controle de legalidade a ser realizado pelo Oficial do registro deve ter natureza meramente formal, porquanto estes atos já possuem as presunções de legalidade e de veracidade, não podendo ser questionados em sede de qualificação registrária, uma vez que o oficial não pode negar efeito a ato administrativo válido e eficaz *a priori*. Somente na esfera judicial poderá ser feito o controle de legalidade material ou substantivo.

⁴⁶ NERI, Argentino. **Tratado teórico e práctico de derecho notarial**. Buenos Aires: Editora Depalma, 1969, v. 2, p. 423-424. “O fundamento da fé pública é a necessidade de que a sociedade, por sua estabilidade e harmonia, forneça relações jurídicas de fixidez, certeza e autoridade, para que as manifestações externas dessas relações sejam uma garantia para a vida social. e legal dos cidadãos e faça a prova completa diante de todos e contra todos, quando essas relações legais entrarem na vida da lei em seu estado normal. Tal é, em última análise, a razão imponente que existe para reconhecer a fé pública como atributo de garantia erga omnes e a necessidade de consertá-la em todos os instrumentos declarados por um funcionário público competente” (tradução livre).

Assim, uma vez que um órgão público firme termo de compromisso para cumprimento de obrigações ambientais com particular, não cabe ao Registrador verificar o seu conteúdo ou a forma do pacto para fins de averbação na matrícula do bem, salvo se tal ato implicar uma violação direta a algum dispositivo legal expresso.

Por força do *Princípio da concentração*, a história jurídica de um bem imóvel pode ser recriada e conhecida pela série de registros, pois todos os atos pertinentes ao imóvel devem ser registrados ou averbados na sua matrícula. Não fosse essa convergência, restaria frustrada não só a finalidade da unicidade matricial, como também a função de publicidade e de segurança jurídica do sistema imobiliário.

No papel de fiel repositório dos aspectos, referências, fatos e elementos do imóvel, contendo, portanto, todos os dados importantes e relativos à propriedade e, com isso, destinando-se a dar segurança ao tráfico imobiliário e aos negócios jurídicos daí resultantes, o sistema registral deve estar aberto aos Princípios, conceitos e normas ambientais, espelhando não só os ativos e as possibilidades, mas, especialmente, os passivos que oneram a propriedade e que a acompanham por toda a vida.

A serventia imobiliária além de gerar a proteção jurídica da propriedade, deve fornecer à coletividade informações relativas à situação do bem, especialmente as de caráter ambiental, as quais se revelam de primordial importância para a tutela dos direitos insculpidos no artigo 225 da nossa Carta Magna.

Nesse diapasão, todos os Princípios e institutos de Direito Registral servem de ferramentas para assegurar o assentamento de dados relativos ao meio ambiente que pairam sobre determinada área, propiciando sua publicidade e acesso à coletividade, de molde a garantir não só a segurança jurídica dos negócios imobiliários e do crédito, mas principalmente a concretização e a eficácia da legislação protetora da natureza, de acordo com os princípios que norteiam o Direito Ambiental.

O problema da eficácia das leis ambientais é preocupante, uma vez que sem ela as regras jurídicas não tem sentido prático no mundo real:

Según el profesor Rafael Valenzuela, una norma es eficaz cuando las respuestas conductuales reclamadas por su contenido preceptivo han sido las apropiadas para encarar la situación que motivó, precisamente, su imposición.

Se habla de eficacia cuando la norma cumple con la finalidad para la cual fue dictada, y de eficiencia cuando ella es acatada por la sociedad, alude al grado de obediencia efectivo, espontáneo o provocado, del deber ser impuesto por la norma vigente.⁴⁷

É claro que o cumprimento espontâneo da norma é um ideal coletivo, porém difícil de ser atingido, senão impossível, mormente quando tratamos de regras limitadoras das liberdades patrimoniais, como sói ocorrer com as de Direito Ambiental.

⁴⁷ “Segundo o professor Rafael Valenzuela, uma regra é eficaz quando as respostas comportamentais reivindicadas por seu conteúdo prescritivo foram as adequadas para enfrentar a situação que justamente motivou sua imposição”. - “Fala-se de eficácia quando a norma cumpre o fim para o qual foi emitida, e de eficiência quando é seguida pela sociedade, referindo-se ao grau de cumprimento efetivo, espontâneo ou provocado, do dever imposto pela norma em vigor” (tradução livre). BITTERLICH, Pedro Fernández. **Manual de derecho ambiental chileno**. 2. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 64.

Bem por isto, normas restritivas devem vir acompanhadas de instrumentos para lhes dar eficácia, não necessariamente do mesmo ramo do Direito, mas do mesmo sistema jurídico, que deve ser harmônico e suficientemente completo para que as regras e os Princípios se auxiliem mutuamente em uma rede de proteção do bem jurídico que pretendem zelar: meio ambiente.

3. PRINCÍPIOS COMUNS AO DIREITO REGISTRAL E AO DIREITO AMBIENTAL

Cumpre, agora, verificar quais os Princípios ambientais que podem se relacionar harmoniosamente com os Princípios registrais, explorando as características comuns de uns e outros, a fim de estabelecer uma base principiológica que seja legitimada por ambos os ramos do Direito, ou seja, uma base que dialogue tranquilamente em suas relações jurídicas.

Os objetivos anunciados do Direito Ambiental são sempre acauteladores, porquanto não interessa ao meio ambiente e à sociedade a efetivação de um dano. Sabemos, também, que a restauração da natureza, na maioria das vezes, recai nos ombros do Poder Público e da sociedade. Desta forma, a combinação desses Princípios têm por escopo impedir a ocorrência de prejuízos à natureza, impondo-se medidas acauteladoras antes da implementação de um empreendimento ou de atividades poluidoras.

Dentre as diversas medidas preventivas, podem figurar a averbação nas matrículas dos imóveis das condicionantes para o licenciamento de uma obra e, por que não, das conclusões do estudo de impacto ambiental, especialmente quanto às obrigações do empreendedor para equilibrar ou recompor o meio ambiente.

Temos aqui uma combinação perfeita entre os Princípios da informação e da publicidade ambiental com o Princípio da concentração, bem assim com os Princípios da unitariedade matricial, da publicidade, da legitimidade, da veracidade, da fé pública, entre outros Princípios registrais que, somados, justificam o ingresso no fólio real das informações ambientais.

Assim, se há a obrigação de reparação de uma área, por exemplo, o registro imobiliário pode induzir o cumprimento da ordem pelo obrigado, mediante a *publicidade* gerada pela averbação na matrícula do título executivo administrativo ou judicial. As obrigações, penalidades e outras sanções serão acessíveis ao público, dando-se publicidade para que terceiros de boa-fé se abstenham de adquirir o imóvel ou forneçam crédito e, se vierem a realizar qualquer negócio, o façam sabendo dos custos ambientais, lembrando que as obrigações são *propter rem* e escapam à prescrição.

O assentamento destas informações nas matrículas dos imóveis, por certo, possibilitará a necessária publicidade e o acesso público sobre as condições ambientais atuais, lembrando que um dos pilares do nosso sistema registral é, justamente, o *Princípio da publicidade* e o acesso irrestrito às informações constantes do Registro de Imóveis.

O Estado tem o dever de agir, por todos os seus órgãos, especialmente os ambientais, na defesa da natureza, de partilhar as informações com a coletividade, de exigir compulsoriamente o zelo ambiental por parte de si próprio e dos particulares, bem como de comunicar às serventias imobiliárias dados de interesse do meio ambiente, para que sejam averbados nas matrículas, através de uma comunicação oficial, formal e completa com os cartórios.

Não é mais possível que os diversos membros do corpo estatal não se comuniquem eficazmente. Parecem ilhas que não dialogam, embora próximas e ligadas pela legislação ambiental, agrária e urbanística em diversas oportunidades. Aparentemente, falta o amálgama para juntar estas partes e delas extrair o máximo de eficácia, questão que pode ser resolvida pelos Princípios em comunhão.

Desta maneira, todas as providências que desencadeiam medidas formais de registro público que importem em ganhos sociais, econômicos e ambientais são justificáveis pelos Princípios ambientais e registrais combinados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Princípios são fundamentais para o sistema jurídico pátrio, especialmente, nas suas funções de orientação, sistematização e harmonização do Direito público, porquanto eles nos incentivam a procurar soluções para os mais variados problemas, sendo fecundos e promissores elementos de persuasão, além de portadores de enorme potencial teórico para diversas aplicações no cotidiano jurídico.

Verifica-se que não foi firmada, pela doutrina pátria, uma base principiológica que funcione como ponte entre o Direito Ambiental e o Direito Registral.

Essa constatação proporciona o entendimento do porquê da ausência de uma legislação integradora e harmonizadora entre esses dois ramos do Direito brasileiro, provocando falhas no sistema de proteção da natureza, que pouco se utiliza do Registro de Imóveis como ferramenta para a eficácia do Direito do Ambiente para fins de publicidade, transparência e segurança jurídica ambiental.

A legitimação de uma base principiológica, ligando o Direito do Ambiente ao Direito Registral, tem como ponto de partida a função ambiental do Registro de Imóveis, decorrência de ser parte integrante do Poder Público, uma vez que exerce atividade pública delegada, consoante artigo 236 da nossa Constituição.

Desta forma, os Princípios ambientais e registrais aptos a formar a base principiológica são os seguintes:

- 1) O Princípio *do direito ao meio ambiente equilibrado* se irradia a todo ordenamento jurídico e, assim, legitima toda e qualquer intervenção em prol da natureza no registro imobiliário;
- 2) Os Princípios ambientais da precaução, da prevenção, da reparação, do controle do poluidor, da função socioambiental da propriedade e da sustentabilidade se aplicam ao Direito Registral, encontrando no Princípio da publicidade registral a possibilidade de maximizar seus efeitos jurídicos, pelo acesso irrestrito às informações contidas na matrícula;
- 3) O Princípio *da informação ambiental* tem seu espaço garantido e sua eficácia aumentada com a inscrição de dados e de elementos informativos nas serventias imobiliárias;
- 4) O Princípio *da fé pública registral* confere às informações ambientais inscritas os atributos de veracidade e legitimidade, proporcionando a segurança jurídica necessária à defesa do meio ambiente, gerando credibilidade aos dados noticiados;

5) O *Princípio da obrigatoriedade de intervenção do Poder Público em defesa do meio ambiente* determina que os órgãos ambientais compartilhem as informações e estabeleçam cooperação institucional em prol da sustentabilidade com o Registro de Imóveis.

A propriedade tem uma função social que não se resume mais à figura do seu proprietário, transcendendo a uma posição de verdadeiro usufruto ambiental-social. Da mesma forma, a serventia imobiliária mudou seu perfil, não mais gerando apenas a proteção de um bem econômico, mas adquirindo uma função ambiental imbricada com o novo direito de propriedade e suas especificidades.

Assim, é mister que forneça à população quaisquer informações de caráter ambiental, as quais se revelam de primordial importância para a tutela dos direitos insculpidos no artigo 225 da Carta Magna e segurança jurídica negocial, imprescindível ao desenvolvimento econômico e social da nação.

Nesse sentido, todos os Princípios e institutos de Direito Registral devem servir de instrumentos para assegurar o assentamento de dados relativos ao meio ambiente que pairam sobre determinada área, bem assim de sua publicidade e acesso a todos os interessados, de molde a garantir não só a segurança jurídica dos negócios imobiliários, mas igualmente a concretização e a eficácia da legislação protetora do meio ambiente, de acordo com os Princípios que norteiam o Direito Ambiental.

As serventias de Registro de Imóveis poderão se converter em ofícios ambientais, recebendo e descentralizando a prestação de informações ao público que contribuam para a preservação do meio ambiente.

Mas para que ocorra a publicidade registral das medidas preventivas ou restauradoras do meio ambiente são necessários cuidados, evitando-se o cometimento de alguma ilegalidade, abuso ou erro. Não podemos esquecer que precisa ser observado, sob pena de nulidade absoluta do procedimento, a ampla defesa e o contraditório, antes de se promover a publicação na matrícula. Com este cuidado, inerente a qualquer processo administrativo ou judicial, evitam-se equívocos, dando ao próprio registro mais segurança e confiabilidade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Org. trad. Luís Afonso Heck. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BALBINO FILHO, Nicolau. **Direito imobiliário registral**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BELL, Stuart. **Environmental Law**. Fourth Edition. London: Blackstone Press, 1997.

BITTERLICH, Pedro Fernández. **Manual de Derecho Ambiental Chileno**. 2. ed. Santiago: Editorial

Jurídica de Chile, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. São Paulo/Brasília: Polis/UNB, 1989.

BOGOJEVIC, Sanja; RAYFUSE, Rosemary. **Environmental Rights in Europe and Beyond**. Oxford: Hart Publishing, 2018.

CATALÁ, Lucía Gomis. **Responsabilidad por daños al medio ambiente**. Pamplona: Aranzadi, 1998.

CATALAN, Marcos Jorge. Fontes principiológicas do direito ambiental. In: **Direito ambiental: fundamentos do direito ambiental**. MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Orgs.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CUTANDA, Blanca Lozano; TURRILLAS, Juan-Cruz Alli. **Administración y legislación ambiental**. Actualizado y adaptado al EEES. Madrid: Editorial Dykinson, 2013.

GARCÍA, José Maria Franco. La exactitud registral: los principios de legitimación y fe pública en el derecho registral venezolano comparados con el español. In: **Registro imobiliário: temas atuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 361-380.

GONZÁLES, Fernando P. Mendez. *Estado, propiedad, mercado*. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (orgs.). **Registro imobiliário: temas atuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 203-300.

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

ITURRASPE, Jorge Mosset; HUTCHINSON, Tomás; DONNA, Edgardo Alberto. **Daño ambiental**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, Tomo II, 1999.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica – Ed. Líder, 2004.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

LOZZANO, Ruben Serrano. *El principio de precaución en la jurisprudencia española*. In: **La jurisprudencia ambiental en Europa y América Latina: una contribución para el desarrollo sostenible**. DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; DEL POZO, Carlos Francisco Molina; MOLINA, José Antonio Moreno (orgs.). Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 158-167.

MAJONE, Giandomenico. *Political institutions and the principle of precaution*. In: _____. WIENER, Jonathan B; ROGERS, Michel D; HAMMITT, James K; SAND, Peter H. (Ed.). **The realtiy of precaution: comparing risk regulaltion in the United States and Europe**. Washington: PRF Press, 2011, p. 411-433.

MÁÑEZ, José Luiz Salazar. Meio ambiente e Registro de Imóveis, uma interação mútua: o direito ao acesso à informação ambiental e em apoio à sustentabilidade. Em: JACOMINO, Sérgio; MELO, Marcelo Augusto Santana de; CRIADO, Francisco de Assis Palacios (coord). **Registro de Imóveis e meio ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MATEO, Ramón Martín. **Manual de Derecho Ambiental**. 2. ed. Madrid: Editorial Trivium S.A, 1998.

MAY, James R. Constitutional law and the future of natural resource protection. In: MACDONNELL, Lawrence J.; BATES, Sarah F. **The evolution of natural resources law and policy**. Chicago: American Bar Association Publishing, 2010, p. 124-160.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB-SC, 2000.

MIKLAVEC, Noemi P. Pino. **La tutela judicial administrativa de los intereses ambientales**. (Estudio comparativo de los ordenamientos español y argentino). Pamplona: Editorial Arazandi S.A, 2013.

NERI, Argentino. **Tratado teórico e práctico de derecho notarial**. Buenos Aires: Editora Depalma, 1969, v. 2.

PARKINSON, Aurora V.S. Besalú. **Responsabilidad por daño ambiental**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

REAL FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del Derecho. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (Orgs.). **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. Dados eletrônicos. Itajaí: UNIVALI, 2013.

SAND, Peter H. *Information disclosure*. In: _____. WIENER, Jonathan B; ROGERS, Michel D; HAMMITT, James K; SAND, Peter H. (Ed.). **The reality of precaution: comparing risk regulation in the United States and Europe**. Washington: PRF Press, 2011, p. 323-360.

SARMENTO, Eduardo Sócrates Castanheira. **A dúvida na nova lei de registros públicos**: doutrina, prática, jurisprudência, legislação. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

SCHAFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais: proteção e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ary. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

WIENER, Jonathan B. *The rhetoric of precaution*. In: _____. ROGERS, Michael D. HAMMITT, James K. SAND, Peter H. (Ed.). **The reality of precaution: comparing risk regulation in the United States and Europe**. Washington: RFF Press, 2011, p. 3-39.

WOLF, Susan; WHITE, Anna. **Principles of Environmental Law**. Second Edition. London: Cavendish Publishing Limited, 1997.

A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL E A TRANSNACIONALIDADE: UMA VISÃO DE UM DIREITO AO MEIO AMBIENTE TRANSFRONTEIRIÇO

Felipe da Silva Claudino¹

Giovana Beatriz Riehs Lucaora²

Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza³

INTRODUÇÃO

O direito ambiental é um direito transnacional por excelência, o qual necessita de uma proteção global, vez que a destruição do meio ambiente e os seus eventuais danos ultrapassam fronteiras, de forma a causar prejuízos a toda humanidade. Nessa seara, importante trazer para análise o instituto da responsabilidade civil ambiental (de forma transnacional) a fim de combater os danos, mas especialmente assegurar às presentes e futuras gerações um planeta sustentável, com a devida e próspera qualidade de vida.

Assim, o presente trabalho possui como objeto a responsabilidade civil ambiental e a transnacionalidade, sob a visão de um direito ao meio ambiente transfronteiriço. Diante disso, foi levantado o seguinte problema: Há possibilidade de responsabilizar civilmente os danos ambientais ocorridos de forma transnacional? Se sim, quais são as suas devidas consequências?

Portanto, o objetivo do presente trabalho consiste em verificar se há possibilidade de responsabilizar civilmente os danos ambientais ocorridos de modo transnacional, bem como averiguar as eventuais consequências diante dessa conduta.

Nesse prisma, o capítulo 1 discorre acerca do fenômeno da transnacionalidade, que, por sua vez, é caracterizado pela superação dos limites nacionais e dos sistemas jurídicos tradicionais, sendo intimamente ligada a globalização.

Por outro lado, o capítulo 2 trata da responsabilidade civil ambiental diante da transnacionalidade, sendo imperioso ressaltar os conceitos de responsabilidade civil e de dano ambiental, para compreender o fenômeno da responsabilidade civil ambiental como um todo, e com isso, abordar a sua correlação com a transnacionalidade, resultando-se em uma necessidade

¹ Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Mestre em Território, Urbanismo e Sustentabilidade no Marco da Economia Circular pela Universidade de Alicante. Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais, Cidadania e Diferenciação, na linha Sustentabilidade Socioambiental, Ecomplexidade, Políticas Sanitárias e Ambientais. Graduado em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Advogado. E-mail: felipesclaudino@gmail.com Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3545-2798>

² Mestranda em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Mestranda em Território, Urbanismo e Sustentabilidade Ambiental no Marco da Economia Circular pela Universidade de Alicante. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Advogada. E-mail: giovanalucaora@hotmail.com

³ Doutora e Mestre em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidade de Alicante – Espanha. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professora Permanente no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado, e na Graduação no Curso de Direito, ambos da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade” cadastrado no CNPq/EDATS/UNIVALI. Advogada. E-mail: mclaudia@univali.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8118-1071>.

global de cumprimento da obrigação de respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Além disso, o capítulo 3 analisa um caso prático de responsabilidade civil ambiental de forma transnacional, sendo a Corona Vírus (COVID-19) um fato típico, no qual a propagação da doença provoca evidentes danos ambientais transfronteiriços, bem como prejuízos para a própria vida da humanidade.

Por fim, utiliza-se o método indutivo para a elaboração do presente artigo, tanto na fase de investigação, quanto na apresentação dos resultados, sendo adotadas as técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

1. O FENÔMENO DA TRANSNACIONALIDADE

O poema *The Tiger* de William Blake⁴ apresenta um animal flamejante que circunda a noite ameaçando os vulneráveis. Sua ferocidade é temível, mas sua beleza é fascinante. “Tigre, tigre que flamejas; nas florestas da noite. Que imortal olho ou mão conseguiria conceber tua cruel simetria?”

Este animal terrível, espantoso e magnificamente belo foi concebido por alguém inexplicável, impossível de se contemplar. Não é possível identificar este criador ou, muito menos, questioná-lo sobre a intenção da criação deste animal no qual é de força e beleza ainda não mensurável.

A globalização, assim como o Tigre de Blake, é um fenômeno no qual é possível contemplar sua beleza, identificar sua força e capacidade de modificação do *status quo*, mas ainda não é possível delimitar seus efeitos, sejam benéficos ou maléficos. Percebe-se que ela é complexa, e quaisquer análise deve-se levar em conta este fenômeno.

A corrente mais popular da origem da globalização é que ela é oriunda do capitalismo. Pode-se dizer que este sistema econômico em desenvolvimento, juntamente com o processo de colonização do século XVII, proporcionou situações que poder-se-ia definir como marco inicial da globalização. A “British East India Company and the Hudson Bay Company” (Companhia da Índias Orientais) é um exemplo de ator não-estatal transnacional, talvez o primeiro. Constituída na forma de companhia, tinha autorização para comercializar entre as índias e as américas, possuía exército próprio e controlava o fluxo de vários produtos e informações nestas regiões.

Com a explosão da tecnologia, segundo James Rosenau⁵, se “eliminou distâncias geográficas e sociais com o auxílio de aviões supersônicos, computadores, satélites e todas as outras inovações que permitem hoje, mais do que nunca, que pessoas, ideias e produtos atravessem tempo e espaço da forma mais segura e mais rápida”.

As empresas extrapolam as fronteiras territoriais de suas sedes, espalhando seus produtos e serviços em todos os países; os Estados nacionais, antes protagonistas das relações internacionais, perderam sua força e influência política diante destas corporações que espalham seus tentáculos empresariais e cultivam sua “cultura” por todo o globo. Uma verdadeira

⁴ Poetry Foundation. **The Tyger By William Blake.**

⁵ ROSENAU, James. **Turbulence in World Politics**, Brighton, 1990, p. 17.

doutrinação dos consumidores à sua maneira, fazendo com que a cultura local, cada vez mais fraca, sucumba de vez, predominando os ideais das grandes companhias.

As relações internacionais, antes limitadas aos Estados nacionais soberanos e negociadas através de pactos ou tratados internacionais, hoje se apresenta de maneira inovadora. Com o advento da internet e a democratização dos meios de transporte e comunicação, os particulares passaram a estabelecer relações jurídicas com outros particulares de outros países criando situações ainda não imaginada pelo legislador.

Assim, os meios de transporte e comunicação cada vez mais eficientes fazem com que a produção rompa os limites físicos das empresas e permite a alocação de recursos produtivos em diferentes lugares. A matéria prima é extraída em um país, transformada em outro, montada em um terceiro, para o consumo em, ainda, um outro país, normalmente mais desenvolvido. Esta forma de manufatura global cria relações jurídicas nacionais e internacionais.

Portanto, globalização é, nas palavras de Antony Giddens⁶, “a intensificação de relações sociais em escala mundial que ligam localidades distantes de tal maneira, que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa”.

Tudo isso se constitui uma nova área de estudo, diferente do direito internacional, este limitado, a participação de pessoa jurídica de direito público com soberania e a organizações internacionais, realizado, na maioria das vezes, através de agentes políticos. Este novo campo de estudo seria a transnacionalidade, sendo esta caracterizada como um fenômeno decorrente ou consequente da globalização, marcado pela desterritorialização das relações político-sociais, sobrepondo as soberanias nacionais e criando um ordenamento jurídico mundial às margens do Estado.⁷

Este é um fenômeno que não pode ser considerado nacional, nem internacional. Por superar o espaço geográfico da soberania, nacional não poderá ser chamado e internacional também não poderá ser nomeado, pois o prefixo *inter*, de origem latina, está relacionado a noção de relações recíprocas. Dessa forma, o termo internacional, de origem francesa, é um adjetivo de dois gêneros, que significa o que é comum ou respeita a duas ou mais nações. Portanto, o prefixo *trans*, que significa ir “além”, “ir além” e “para além de”, dá a conotação de superação ou transposição dos espaços e modelos nacionais tradicionais.⁸

Com isso, a confluência entre os termos trans e nacional, juntamente com seus conceitos, formam a ideia de superação dos limites estabelecidos pelos Estados soberanos. Assim, a transnacionalidade é marcada pela superação dos limites territoriais do estado-nação tradicional. Este é um limite para a soberania do estado, mas não para a sociedade ou mesmo a economia, que se utiliza dos meios tecnológicos para se expandir para todo o globo.

Diante de todos estes fatos, Philip C. Jessup não encontrava o termo apropriado para definir as normas que regulavam estas relações e passou a utilizar a expressão Direito

⁶ GIDDENS, Antony. **As Consequências da Modernidade**. São Paulo.UNESP.1991. p. 69.

⁷ STELZER, Joana. O fenômeno da Transnacionalização da dimensão jurídica. In.: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e Transnacionalidade** Curitiba: Juruá, 2009.

⁸ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito transnacionais. **Revista eletrônica do CEJUR**, v. 1, n. 4, 2009.

Transnacional. Portanto, transnacional seriam todas as normas que envolviam indivíduos, estados, organizações estatais ou não-estatais. Ele foi o primeiro a escrever sobre a dimensão jurídica da transnacionalidade.

Na obra *Transnational Law* de 1956, Philip C. Jessup⁹ escreveu que “o termo ‘direito transnacional’ inclui todo direito que regula ações e eventos que transcendem as fronteiras nacionais. Tanto o direito internacional público quanto o privado estão incluídos, bem como outras normas que não se enquadram perfeitamente em uma categoria padrão”.

Este ramo do direito evoluiu com a colaboração de inúmeros outros autores, com destaque a Detlev Vagts e Henry Steiner. Eles constataram os problemas legais transnacionais no sistema nacional e, também, transnacional, utilizando-se de exemplo o pós-guerra do Vietnã, conflitos entre Legislativo e Executivo dos Estados Unidos da América sobre acordos e relações internacionais, e sobre a abrangência transnacional dos Direitos Humanos.

Assim, Detlev Vagts¹⁰, constatou três elementos que caracterizam o Direito transnacional, sendo eles assuntos que: ultrapassam as fronteiras nacionais, apresentam impossibilidade de distinção clara entre público e privado, e contenham fonte aberta e flexível, não somente as tradicionais (listadas no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça), incluindo *soft laws*.¹¹ Desse modo, este direito não se resume a uma análise de leis e normas, incorporando nela o comportamento dos atores nas práticas transnacionais. Portanto, vai além de uma análise legal.

Além disso, Harold Hongju Koh¹² apresenta um questionamento sobre o que é Direito transnacional e qual a sua importância. Ele, de maneira sucinta, responde que Direito transnacional representa um híbrido do Direito nacional e internacional e que vem assumindo um significado cada vez maior em nossas vidas. A Teoria do Processo Jurídico Transnacional que Koh¹³ desenvolveu mostra na prática como e onde os atores interagem, públicos ou privados, interpretando, executando e internalizando o Direito transnacional.

Utilizando-se de uma analogia tecnológica, ele compara o Direito internacional ao sistema tecnológico de troca de arquivos. Para isso, a lei poderia ser “baixada” do sistema jurídico internacional para o nacional, por exemplo, a internalização ou incorporação de um direito humano reconhecido por tratado internacional na legislação interna; a lei poderia ser “enviada e, então, baixada”, ou seja, uma lei local é reconhecida internacionalmente como um direito fundamental, celebrada em pacto internacional e então incorporada ao sistema jurídico nacional; ou ainda, a lei poderia ser “emprestada” ou “horizontalmente transplantada” de um sistema

⁹ JESSUP, Phillip C. **Transnational law**. New Haven: Yale University Press, 1956. p. 2 (Texto original: “[...] the term ‘transnational law’ to include all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories.”).

¹⁰ VAGTS, Detlev F. **Transnational business problems**. New York: The Foundation Press, 1986.

¹¹ STEINER, Henry S. Constructing and developing transnational law: the contribution of Detlev Vagts. In: BEKKER, Pieter H. F.; DOLZER, Rudolf; WAIBEL, Michael (Coord.). **Making transnational law work in the global economy, essays in honour of Detlev Vagts**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 10-16.

¹² KOH, Harold H.. **Why Transnational Law Matters**. Faculty Scholarship Series. Paper 1793. Yale Law School Legal Scholarship Repository. HeinOnline — 24 Penn St. Int’l L. Rev. 752 2005-2006. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1793>. Acesso em: 28 abr. 2020.

¹³ KOH, Harold H. **Transnational Legal Process**. Faculty Scholarship Series. Paper 2096. New Haven: Yale Law School, 1996. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2096>. Acesso em: 28 abr. 2020.

jurídico a outro de mesmo nível¹⁴.

Este Processo Jurídico Transnacional caracteriza-se por ser: não tradicional, afasta as dicotomias históricas que envolve o Direito internacional, público/privado e nacional/internacional; não estatal, ou seja, inclui além dos Estados, atores não estatais; é dinâmico, se transforma de público para privado, de nacional para internacional, e vice-versa, em constante evolução; e é normativo, neste processo de interação cria-se novas normas, que são interpretadas, executadas e internalizadas.¹⁵ Esse é um processo plural de normas que se entrelaçam e guiam futuras interações.

Em suma, a globalização como fenômeno socioeconômico mudou as relações jurídicas tradicionais criando uma nova realidade para o direito. O termo “trans”, de origem latina, significa além, através e também é formador da palavra transbordar. As relações jurídicas contemporâneas transbordam os limites nacionais, extravasam os sistemas jurídicos tradicionais, organizados, classicamente, por Hans Kelsen. Quando Stelzer conceituou a transnacionalidade como um reflexo da globalização e uma transformação do território, e Jessup nomeou este ramo do direito como transnacional, foram exatos, precisos, pois ele traduz com clareza toda a complexidade dos efeitos destas interações, pois não se resume a uma relação.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL DIANTE DA TRANSNACIONALIDADE

Inicialmente, é importante destacar o que vem a ser o termo responsabilidade. Ele provém do latim “*respondere*, que significa garantir, responder por alguém ou prometer”.¹⁶

No mesmo sentido, dispõe Carlos Roberto Gonçalves¹⁷, ao afirmar que a expressão responsabilidade relaciona-se a uma segurança, garantia de ressarcimento ou compensação do bem. Teria, portanto, o sentido de “recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir”.

Dessa forma, a responsabilidade para o Direito refere-se a uma obrigação derivada de assumir as consequências jurídicas de determinado acontecimento, podendo esta modificar de acordo com os interesses lesados, como a reparação dos danos e/ou a punição daquele que lesionou.

Assim, em relação ao conceito de responsabilidade civil, esta encontra-se definida por

¹⁴ KOH, Harold H.. **Why Transnational Law Matters**. Faculty Scholarship Series. Paper 1793. Yale Law School Legal Scholarship Repository. HeinOnline – 24 Penn St. Int’l L. Rev. 752 2005-2006. p. 745 Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1793. Acesso em: 28 abr. 2020.

¹⁵ KOH, Harold Hongju. **Transnational Legal Process**. Nebraska Law Review, v. 75, p. 181-206, 1996, p. 184 (“Transnational legal process has four distinctive features. First, it is nontraditional: it breaks down two traditional dichotomies that have historically dominated the study of international law: between domestic and international, public and private. Second, it is nonstatist: the actors in this process are not just, or even primarily, nationstates, but include nonstate actors as well. Third, transnational legal process is dynamics, no static. Transnational law transforms, mutates, and percolates up and down, from public to the private, from domestic to the international level and back down again. Fourth and finally, it is normative. From this process of interaction, new rules of law emerge, which interpret, internalize, and enforce, thus beginning the process all over again.”).

¹⁶ NADER, Paulo Oliveira. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 6. ed. rev. atual. amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v.7. p. 33.

¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil esquematizado: parte geral: obrigações e contratos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 432.

diversos doutrinadores. Dentre eles, cita-se Caio Mario da Silva Pereira¹⁸, que dispõe que a responsabilidade civil consiste na concretização da reparabilidade do dano no que tange a um sujeito passivo da relação jurídica que se desenvolve. Com isso, a reparação e o sujeito passivo formam o binômio da responsabilidade civil, que então se traduz como um princípio que provoca a reparação pelo causador do dano

No mesmo posicionamento, complementa Abraham Sanz Encinar¹⁹:

El concepto jurídico de responsabilidad es un enunciado mediante el que se expresa un juicio de valor negativo (un reproche jurídico) sobre una conducta de un sujeto que ha infringido una norma de un ordenamiento dado. Esta reprobación se pone de manifiesto mediante la consecuencia jurídica que se enlaza a la imputación de la responsabilidad. Consecuencia que siempre conlleva la obligación de reparar el daño.

Desse modo, a responsabilidade civil resulta de uma agressão a um bem juridicamente tutelado, acima de tudo, particular, no qual o infrator submete-se ao pagamento de uma compensação pecuniária à pessoa lesionada, caso não seja possível restabelecer naturalmente o seu estado prévio.

Dito isso, é importante destacar os pressupostos que ensejam a responsabilidade civil, sendo eles: ação ou omissão do agente, a culpa, a relação de causalidade e o dano sofrido pela vítima.

Relativo ao dano, especificadamente ambiental, este refere-se a um prejuízo causado ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Nessa seara, acrescenta Leonardo de Benedictis²⁰, ao afirmar a importância da definição do dano ambiental para ensejar a sua reparação:

La definición de daño ambiental reviste singular relevancia ya que, sólo a partir de ella, puede establecerse cuándo corresponde que se le imputen responsabilidades de prevención o de reparación a los causantes del riesgo de daños ambientales o a los causantes de daños efectivamente producidos. Cuanto más imprecisión tenga la definición, mayor será la discrecionalidad de la autoridad gubernamental (administrativa o judicial) para imponer a un operador alguna de las responsabilidades mencionadas y menor, obviamente, será la seguridad jurídica.

Ressalta-se que o dano ambiental, muito embora não esteja conceituado expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, pode ser compreendido como uma degradação da qualidade ambiental (ou seja, a alteração adversa das características do meio ambiente) e uma poluição (isto é, a degradação da qualidade ambiental resultante de certas atividades), conforme dispõe o artigo 3º²¹, incisos II e III, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente

Já a Diretiva Europeia, por exemplo, “optou por uma definição de dano ambiental à natureza, determinada propriedade limitada (água, solo e espécies protegidas no habitat natural)

¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 12. ed. rev. atual. amp. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 28.

¹⁹ ENCINAR, Abraham Sanz. El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho. **Revista AFDUAM**, Madrid, p. 54, 2000. Disponível em: <https://bit.ly/2VLk1x8>. Acesso em: 20 abr. 2020.

²⁰ BENEDICTIS, Leonardo de. La responsabilidad ambiental en Europa y España: comentarios sobre la Directiva 2004/35/CEE, la Ley 26/2007 y su Proyecto de Reglamentación. **6º Encuentro Internacional de Derecho Ambiental**. México, p. 183. jun. 2008. Disponível em: <https://bit.ly/2KqIRgr>. Acesso em: 23 abr. 2020.

²¹ BRASIL, **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Disponível em: <https://bit.ly/3ayFHIE>. Acesso em: 23 abr. 2020.

indicando, em cada caso, os detalhes de sua configuração”.²² Nesse viés, acrescenta Leonardo de Benedictis²³:

Esa afectación, es considerada daño ambiental cuando se verifica lo siguiente: daño a las especies y habitat naturales protegidos- efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación; daño a las aguas- efectos adversos significativos en el estado ecológico, químico o cuantitativo, o en el potencial ecológico definidos en la Directiva 2000/60/C; daño al suelo- contaminación que suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos sobre la salud humana, debidos a la introducción directa o indirecta de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o el subsuelo.

De todo modo, nota-se que o dano ao meio ambiente corresponde a uma lesão aos recursos ambientais, o qual enseja uma justa e devida reparação.

Com relação a responsabilidade civil ambiental, é importante destacar que esta “decorre da necessidade de cumprimento da obrigação de respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. E a simples violação deste dever gera a responsabilidade de reparar o dano”.²⁴

Ou seja, a responsabilidade civil é objetiva, isto é, independentemente de culpa, o causador do dano irá responder, com base na teoria do risco criado, que é aquele produzido por atividades e bens que multiplicam, aumentam ou potencializam um dano ambiental. Desse modo, as pessoas que causam dano respondem pelo prejuízo praticado, devido ao risco ou perigo, e não pela culpa em si.²⁵

Assim, a responsabilidade civil ambiental é objetiva, devido aos princípios sociais referentes ao meio ambiente, tendo em vista o seu caráter difuso, de forma a atingir toda a coletividade.

Dito isso, é importante analisar o direito ao meio ambiente como um direito transfronteiriço, para, então, relacionar a responsabilidade civil ambiental e a transnacionalidade.

Nessa seara, Patricia Pasqualini Philippi e Leonardo Zicarelli²⁶ afirmam que o direito ambiental é uma questão transnacional por excelência, tendo em vista que sem o planeta, não se pode viver. Diante disso, a conservação dos recursos do meio ambiente exige um pensar solidário, responsável e urgente, tanto para as presentes, quanto para as futuras gerações, haja vista à exploração abusiva dos recursos naturais.

Dessa maneira, verifica-se uma evidente necessidade de uma proteção ambiental global, tendo em vista que a destruição do meio ambiente e os seus consequentes danos ambientais

²² SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes. Reflexões sobre o limite de tolerabilidade e o dano ambiental. **Juridicas**, Manizales, p. 54, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/2VBXMet>. Acesso em: 23 abr. 2020.

²³ BENEDICTIS, Leonardo de. La responsabilidad ambiental en Europa y España: comentarios sobre la Directiva 2004/35/CEE, la Ley 26/2007 y su Proyecto de Reglamentación. **6º Encuentro Internacional de Derecho Ambiental**. México, p. 184. Acesso em: 23 abr. 2020.

²⁴ VIEIRA, Gabriella de Castro; REZENDE, Elcio Nacur. A responsabilidade civil ambiental decorrente da obsolescência programada. **Pensamiento jurídico**, Bogotá, p. 248, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3auOBAJ>. Acesso em: 20 abr. 2020.

²⁵ LEITE, José Rubens Morato; MELO, Melissa Ely. As funções preventivas e precaucionais da responsabilidade civil por danos ambientais. **Revista Sequência**, Florianópolis, p. 202, 2007. Disponível em: <https://bit.ly/3aplsqq>. Acesso em: 20 abr. 2020.

²⁶ PHILIPPI, Patricia Pasqualini; ZICARELLI, Leonardo. O direito transnacional ambiental e a proteção do direito ao desenvolvimento humano. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, p. 1606, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/2VOj3Sh>. Acesso em: 28 abr. 2020.

perpassam pelas fronteiras do país que assim os originou, causando prejuízos a toda humanidade

Nesse posicionamento, menciona Gabriel Real Ferrer²⁷:

La transición, desde un derecho orientado a la individualizada protección de los recursos al Derecho Ambiental, se produce cuando se toma conciencia de que las alteraciones producidas en el ecosistema global pueden influir en las expectativas de subsistencia del Hombre sobre el Planeta. En la calidad del medio en que este habrá de desenvolverse, desde luego, pero también en la prematura desaparición de las condiciones que hacen posible la vida humana.

Com isso, apenas pensar de forma global não é o suficiente. É necessário, por sua vez, o controle, fiscalização e aplicação de sanções nos casos em que necessitam uma proteção mundial do meio ambiente, haja vista que este é um direito que pertence a todo o ser humano.

Nesse viés, o advento de novas instituições e procedimentos de regulações nas esferas nacionais e internacionais ganham destaque. Além disso, é imprescindível o incentivo de novos atores políticos (como por exemplo ONG's) e suas iniciativas.²⁸

De todo modo, faz-se necessário o combate de forma mais acentuada nas causas envolvendo degradações ao meio ambiente, como no caso, o surgimento do instrumento da responsabilidade civil ambiental, de forma transnacional.

É imperioso ressaltar que, nesta responsabilidade, há uma certa dificuldade em sua imputação e avaliação na extensão dos danos, uma vez que estes transcendem fronteiras. No mais, “o meio ambiente tem um valor intrínseco que nem sempre é passível de mensuração econômica”.²⁹ Nessa seara, complementa Gabriel Real Ferrer³⁰:

Además de la responsabilidad administrativa o penal derivada del tradicional mecanismo infracción/sanción, las conductas lesivas han comportado siempre la responsabilidad civil o por daños. La dificultad de aplicar este instituto a la reparación ambiental se hizo pronto evidente. Esencialmente los inconvenientes tenían que ver con la titularidad de los bienes ambientales afectados, lo que comportaba problemas de legitimación, la enorme dificultad de establecer taxativamente el nexo causal, sobre todo en episodios de contaminación difusa, y la difícil cuantificación, así como la magnitud de los costes de reparación de los daños ambientales.

Dito isso, ressalta-se que a reparação do ilícito, de forma transnacional, pode operar por meios diplomáticos, políticos, arbitragem ou jurisdicionais.³¹

Referente especificadamente ao âmbito do Poder Judiciário, é importante ressaltar que há

²⁷ FERRER, Gabriel Real. La construcción del derecho ambiental. **Revista NEJ Eletrônica**, Itajaí, p. 349, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/2ViizNo>. Acesso em: 28 abr. 2020.

²⁸ BUSNELLO, Saul José. Direito transnacional e meio ambiente: ponderações sobre a relação homem x meio ambiente. **Revista eletrônica - As dimensões transnacionais do direito ambiental**: interfaces da governança ambiental e da sustentabilidade, Itajaí, p. 95-96, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2SiDvZ0>. Acesso em: 28 abr. 2020.

²⁹ GREGORIO, Carolina Luckemeyer. Considerações acerca das responsabilidades e obrigações entre Estados perante a transnacionalidade de desastres ambientais. **Brazilian Journal of Internacional Relations**, São Paulo, p. 406, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2KQHo3p>. Acesso em: 1 maio. 2020.

³⁰ FERRER, Gabriel Real. La construcción del derecho ambiental. **Revista NEJ Eletrônica**, Itajaí, p. 355, 2013. Acesso em: 2 maio. 2020.

³¹ GREGORIO, Carolina Luckemeyer. Considerações acerca das responsabilidades e obrigações entre Estados perante a transnacionalidade de desastres ambientais. **Brazilian Journal of Internacional Relations**, São Paulo, p. 406, 2017. Acesso em: 2 maio. 2020.

uma evidente ausência de um tribunal, tanto cível, quanto criminal, com capacidade para o processo e julgamento de infrações cometidas ao meio ambiente, com efeitos transnacionais.

Desse modo, de forma imprópria, as cortes relacionadas à proteção dos direitos humanos acabam analisando casos de evidente conteúdo ambiental, de maneira que a violação aos preceitos ao meio ambiente acaba sendo examinada de modo indireto.³²

Isso ocorre porque o direito ambiental, como direito fundamental à sadia qualidade de vida, possui um status de direitos humanos, sendo, dessa forma, vinculado a jurisdição destas cortes internacionais e, conseqüentemente, passíveis de referidas sanções.

Já no âmbito da União Europeia, como por exemplo na Espanha, há uma comunidade que dispõe de um órgão executivo, de três legislativos e de um órgão jurisdicional próprio, denominado como Tribunal de Justiça da União Europeia. Esse, por sua vez, possui a estruturação de vias para a responsabilização (tanto administrativa, quanto judicial) de violações, sendo incluída a de esfera ambiental.³³

Ademais, é importante ressaltar que o referido Tribunal (com sede em Luxemburgo) possui como atribuições fundamentais: “fiscalizar a legalidade dos atos das instituições da União Europeia; assegurar o respeito pelos Estados Membros, das obrigações decorrentes de seus Tratados e interpretar o direito da União, a pedido dos juízes nacionais”.³⁴

Referente aos danos ambientais, especificadamente, o Tribunal de Justiça Europeu promoverá a aplicação das normas, com base nos princípios derivados dos Programas em Matéria de Meio ambiente, sendo estes: o da precaução, o qual determina “que se algo pode ser potencialmente gerador de alterações no meio ambiente, deve ser evitado”; o da prevenção, que define que as medidas preventivas devem ser impostas para evitar os danos aos ecossistemas; o da correção, que prevê ser fundamental analisar e identificar onde/quando/quem deve corrigir o problema existente; e, do princípio do poluidor pagador, que indica que o custo da prevenção e da reparação dos danos ambientais deve ser sustentado pelo próprio poluidor.³⁵

Com isso, nota-se que os dois últimos princípios são fundamentalmente utilizados quando se trata da responsabilidade civil ambiental.

Dessa forma, resta evidente que o direito ao meio ambiente é um direito transnacional por excelência, o qual necessita de uma vasta e ampla proteção global, incluindo, a partir daí, a imputação da responsabilidade civil ambiental, de forma transnacional, seja pela Corte de Direitos

³² ROSA, Rafaela Santos Martins da; SCHEINKMANN, Débora Cristina Freytag. Meio ambiente. Crise Humana. Transnacionalidade do direito ambiental: um processo que segue em construção. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 8, n. 3, p. 2506, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3fvHc7C>. Acesso em: 7 maio. 2020.

³³ ROSA, Rafaela Santos Martins da; SCHEINKMANN, Débora Cristina Freytag. Meio ambiente. Crise Humana. Transnacionalidade do direito ambiental: um processo que segue em construção. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 8, n. 3, p. 2507, 2013. Acesso em: 7 maio. 2020.

³⁴ GONÇALVES, Veronica Korber. **A União Européia na governança do clima: o caso da aviação civil internacional**. Programa de Pós Graduação em Relações Internacionais da UNB, Brasília, p.208, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2YSfX1o>. Acesso em: 12 maio. 2020.

³⁵ BRASIL, Deilton Ribeiro; OLIVEIRA, Leonardo Alexandre Tadeu Constant de. Coordenação e integração: aspectos legais da política ambiental na União Européia. **Revista Jurídica Direito e Paz**, São Paulo, p. 200-201, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3dletuC>. Acesso em: 13 maio. 2020.

Humanos ou, como dado o exemplo supracitado, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, com decisões vinculantes.

2. CASO PRÁTICO: ESTADO DO MISSOURI X A REPÚBLICA POPULAR DA CHINA: RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL AMBIENTAL NA TRANSNACIONALIDADE?

A Organização Mundial da Saúde, através do diretor geral Tedros Adhanom, declarou no dia 11 de março de 2020, em Genebra, a classificação de pandemia ao novo coronavírus (COVID-19), decorrente não pela gravidade do vírus, mas pela sua disseminação rápida através do mundo.³⁶ Nesse sentido, é o que dispõe: “Portanto, fizemos a avaliação de que #COVID19 pode ser caracterizado como uma pandemia’ - @DrTedros #coronavírus”.³⁷ O anúncio surgiu quando mais de 115 países declararam sua infecção.

Ressalta-se que até sete de maio de 2020 foram confirmados no mundo 3.672.238 casos de COVID-19 e 254.045 mortes em mais de 187 países.

Além disso, é importante destacar que a OMS não tem poder vinculativo, mas possui grande apelo político e social. Com isso, considerando o caso de pandemia, a Organização emitiu recomendações procedimentais, com o objetivo de estancar a propagação do vírus e frear o número de casos e mortes que, até então, só crescem.

Dentre as orientações da OMS, além de cuidados individuais especiais, o que cabe destaque, foi o isolamento social, ou seja, a quarentena. Essa indicação, talvez a mais impactante consequência de uma doença mundial, consistia em restrição da liberdade de locomoção (ir e vir), requisitando que as pessoas permanecessem em suas residências o maior tempo possível, sem contato com outras pessoas alheias ao seu círculo, devendo as pessoas saírem somente em caso de necessidade.

Ainda, foi restringido as empresas de operarem, permitidas somente aquelas consideradas atividades fundamentais, causando grandes impactos socioeconômicos por todo o mundo.

Também, é imperioso ressaltar que na obra *A Terceira via* de Anthony Giddens³⁸, ao tratar da doença da vaca louca, é atribuída a essa patologia características ambientais, ou seja, a propagação da doença foi considerada um dano ambiental, devendo esta ser tratada de maneira acautelatória, com o objetivo de precaver os danos que poderiam ser irreversíveis.

Com isso, juntamente com a globalização, no caso das facilidades de locomoção pelo globo, fizeram desse vírus, a COVID-19, um agente causador de danos sem precedentes. Além de causar inúmeras mortes, irá provocar sofrimentos sem precedentes na história. Colapso dos sistemas de saúde, desemprego, diminuição da renda, aumento da violência, são apenas algumas das consequências já constatadas, fora aquelas ainda não vislumbradas que irão acontecer.

³⁶ Organização Mundial da Saúde declara pandemia de coronavírus. Agência Brasil. 11 mar. 2020.

³⁷ World Health Organization (WHO), @WHO. “We have therefore made the assessment that #COVID19 can be characterized as a pandemic” - @DrTedros #coronavirus” 11 mar 2020, 13:34, Twett.

³⁸ GIDDENS, Anthony. *A terceira via*. Reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2001. p.70.

Ressalta-se que o marco zero desse vírus foi na cidade chinesa de Wuhan, marcado por ter os primeiros casos vinculados com o Mercado Atacadista de Frutos do Mar que, por tradição, comercializa animais exóticos vivos e acredita-se que esse vírus tem origem zoonótica. Portanto, a política sanitária da República da China, da Província de Hubei, na cidade de Wuhan, tiveram impactos transnacionais, alterando a vida de todo o planeta e causando danos a bilhões de pessoas.

Diante de todos estes fatos, o Estado de Missouri nos Estados Unidos da América, através de seu Procurador Geral, propôs uma ação de indenização, possuindo como réus: a República Popular da China, o seu Partido Comunista, a sua Comissão Nacional de Saúde, o Ministério da Emergência e Gestão do Povo, bem como o Ministério Civil dos Assuntos do Povo (ambos da República da China), o Governo Popular da Província de Hubei e da cidade de Wuhan, o Instituto de Virologia de Wuhan e a Academia de Ciências Chinesa, em decorrência de uma terrível campanha de engano, ocultação, improbidade e inação, pelas autoridades chinesas, desencadeou essa pandemia.

Durante as semanas críticas do surto inicial, as autoridades chinesas enganaram o público, suprimiram informações cruciais, prenderam denunciante, negaram a transmissão de homem para homem diante de evidências crescentes, destruíram a pesquisa médica crítica e permitiram que milhões de pessoas fossem expostas ao vírus. Além disso, suprimiram equipamentos de proteção individual, causando uma pandemia global desnecessária e evitável.

Assim, os réus são responsáveis pelas enormes mortes, sofrimentos e perdas econômicas que infligiram ao mundo, incluindo a população do Estado de Missouri, e devem ser responsabilizados.³⁹

Dessa forma, o objetivo da ação é responsabilizar os réus da crise ocorrida e permitir que o Estado de Missouri recupere os bilhões de dólares perdidos, resultantes da ação ou da omissão dos processados.

Com isso, reconhecido o nexo entre a ação e o dano, em decorrência da responsabilidade civil objetiva ambiental, teoricamente, não sendo possível a reparação do dano e, conseqüentemente, diante da impossibilidade de reverter o *status quo*, a indenização seria a alternativa de amortização dos danos causados, e, para tanto, não seria necessário provar culpa ou dolo.

A jurisdição da presente ação foi fixada pela seção 2 do artigo 3º da Constituição dos Estados Unidos, que prevê que as Cortes desse país terão competência em todos os casos entre um Estado ou seus cidadãos e Estado Estrangeiro, cidadão ou súdito.⁴⁰ Fundado neste disposto

³⁹ The United States District Court For The Eastern District Of Missouri Southeastern Division. **Case: 1:20-cv-00099**, Missouri Attorney General vs. The People's Republic Of China, 21 abr 2020. Texto original: "An appalling campaign of deceit, concealment, misfeasance, and inaction by Chinese authorities unleashed this pandemic. During the critical weeks of the initial outbreak, Chinese authorities deceived the public, suppressed crucial information, arrested whistleblowers, denied human-to-human transmission in the face of mounting evidence, destroyed critical medical research, permitted millions of people to be exposed to the virus, and even hoarded personal protective equipment—thus causing a global pandemic that was unnecessary and preventable. Defendants are responsible for the enormous death, suffering, and economic losses they inflicted on the world, including Missourians, and they should be held accountable".

⁴⁰ Cong. Research Serv. **Constitution Annotated: Analysis and Interpretation of the U.S. Constitution**. Michael J. Garcia et al. eds., 2012. Texto original: "The Judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority;—to all Cases affecting

constitucional, o Estado de Missouri milita que o Estado Estrangeiro não estaria imune a jurisdição dos Estados Unidos.

O Procurador Geral alega que os danos e as lesões ocorridas foram no Estado e no Distrito em que foi proposta a ação e, de acordo com a Lei do Estado de Missouri, o réu é responsável pelo delito de incômodo público, ou seja, quando sua conduta interfere injustificadamente com um direito comum do povo, como a interferência na saúde pública e na sua segurança. Um incômodo público é um delito contra a ordem pública e contra a economia do Estado; fere o direito público à vida, à saúde e o uso de bens, e, ainda, irrita, fere, coloca em perigo, torna inseguro, interfere ou obstrui os direitos de propriedade de toda a comunidade, bairro ou de qualquer número considerável de pessoas.⁴¹

Nesse processo, é claro e evidente os efeitos transnacionais da política sanitária da cidade de Wuhan. Desprovendo de valoração dos fatos e contatando apenas as consequências, a política sanitária, o sistema de saúde e o sistema de segurança da referida cidade causaram impactos por todo o planeta, causando trilhões de dólares de prejuízo, sem contar as vidas ceifadas e o sofrimento, físico e psicológico, causado a todos aqueles que sobreviveram, ou mesmo aqueles que não se contaminaram, mas por precaução tiveram que passar por longos períodos de isolamento social.

Com a globalização, assim como os efeitos do aquecimento global não encontram fronteiras, pulverizando seus efeitos por todos os continentes, um vírus como este se propaga na velocidade dos aviões a jato, que cruzam os céus de um continente a outro, levando inúmeras pessoas e carregando consigo lembranças de viagens que, neste caso, não foram boas.

Apesar da possibilidade de condenação dos réus, o autor é consciente da falta de executoriedade da decisão em decorrência da soberania dos réus, pelo menos alguns deles, pois em se tratando de Estado, província e município, há soberania, mas em relação ao Partido Comunista Chinês e ao laboratório, essa soberania é afastada, podendo estes serem condenados e executados dentro dos limites do Estado Americano.

Salienta-se que os aspectos processuais de executoriedade estão limitados ao Estado Nacional, ou seja, somente aqueles sujeitos ao poder estatal interno. Então, quando há isonomia hierárquica entre estados, não há possibilidade de um sujeitar ao outro, através de sentença, sendo estes problemas resolvidos através de Corte de arbitragem internacional, porém, muitas vezes, sem eficácia.

Nesse sentido, Nicolás Santiago Cordini e Mariano Javier Hoet⁴², abordando o tema de criminalidade transnacional e constatando a necessidade de Cortes que tenham capacidade punitiva para estes delitos, afirmam que:

Ambassadors, other public Ministers and Consuls;—to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction;—to Controversies to which the United States shall be a Party;—to Controversies between two or more States;—between a State and Citizens of another State;—between Citizens of different States,—between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects”.

⁴¹ The United States District Court For The Eastern District Of Missouri Southeastern Division. **Case: 1:20-cv-00099**, Missouri Attorney General vs. The People’s Republic Of China, 21 abr. 2020.

⁴² CORDINI, Nicolás Santiago; HOET, Mariano Javier. Criminalidad transnacional organizada en el ámbito del MERCOSUR: ¿Hacia un Derecho Penal Regional?. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, 2015 p.534.

Dicha solución se hace posible a partir del desarrollo de un concepto de ciudadanía global, en nuestro caso regional, basado en la protección de los derechos humanos fundamentales garantizados por múltiples. Tratados, tanto de escala universal como regional. No debemos de olvidar, sin embargo, que esta disciplina aún se encuentra en una estadio fluido y en formación.

A cidadania global é fundamental para o desenvolvimento dos direitos humanos fundamentais e a garantia do exercício deles não deve ser pautado por *softlaw*. Quando um direito deste é ferido ou ameaçado, os Tribunais com jurisdição, com capacidade coercitiva, devem atuar de maneira a garantir esses direitos, pois eles estão sobre qualquer soberania.

A ideia de proteção mundial de direitos já foi prevista pela filosofia chinesa pelo conceito de Tudo sob o Céu⁴³ que é a base filosófica para o sistema de um império mundial, em que a legitimidade para a instituição e manutenção deste se daria com a possibilidade de salvar os povos diante de uma situação terrível, quando, e somente quando, acolhidos pela maioria dos pessoas⁴⁴.

Essa teoria visa a felicidade comum a todos os povos. Zhao Tianxia⁴⁵ afirma que o conceito de “Tudo Sob o Céu significa um império muito diferente, que não é necessariamente uma superpotência mundial, mas um mundo sob uma instituição comum, um plano para tornar o mundo um lugar de mundanismo”. Se apresenta como uma mudança do paradigma liberal do individualismo para uma solidariedade global.

Além disso, para Luigi Ferrajoli⁴⁶, em relação a proteção dos direitos fundamentais, defende a ideia da necessidade de uma Corte Internacional, com competência para processar e julgar crimes que violem estes direitos e garantias. E continua: “Los crímenes internacionales –como la guerra, daños permanentes al medio ambiente y graves violaciones de los derechos humanos– deberían ser previamente tipificados y enunciados en un código penal internacional”.

Desse modo, a Organização das Nações Unidas (ONU) poderia ser uma alternativa para instauração desse órgão de governança global com legitimidade e coercitividade para solução de conflitos, uma organização internacional, conforme defende Anthony Giddens⁴⁷. Porém, na opinião de Zhao Tianxia⁴⁸, essa Organização não é projetada para cuidar do mundo, mas das nações, ou seja, é mais um palanque político para nações do que uma instituição para o mundo.

Um exemplo a ser observado de Cortes Transnacionais são as instaladas na União Européia (UE), talvez o mais perto de uma organização internacional, com capacidade de buscar o melhor para a coletividade e universalizar os direitos humanos fundamentais. Entretanto, cumpre

⁴³ Tudo Sob o Céu é um conceito chinês com mais de três mil anos e apresenta a ideia de império mundial. O mundo é entendido como constituído pelo mundo físico (terra), o mundo psicológico (sentimento geral dos povos) e o mundo institucional (uma instituição mundial). É uma nova forma de pensar a governança mundial. Este império não é apenas geográfico, mas cultural.

⁴⁴ TINGYANG, Zhao. Rethinking Empire from a Chinese Concept ‘All-under-Heaven’ (Tian-xia). **Social Identities**. 12. V. 1 n. 2006. p. 31.

⁴⁵ TINGYANG, Zhao. Rethinking Empire from a Chinese Concept ‘All-under-Heaven’ (Tian-xia). **Social Identities**. 12. V. 1 n. 2006. p. 34. Texto original “All-under-Heaven means a very diferente empire, that is not necessarily a world superpower, but a world under a commonly agreed institution, a plan to make the world a place of world-ness”.

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global. **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n. 9, p. 173-184, octu. 1998. p. 180.

⁴⁷ GIDDENS, Anthony. The nation-state and violence. Cambridge: Polity Press. 1985.

⁴⁸ TINGYANG, Zhao. Rethinking Empire from a Chinese Concept ‘All-under-Heaven’ (Tian-xia). **Social Identities**. 12. V. 1 n. 2006. p. 38.

ressaltar que, mesmo sendo eficiente no continente europeu, por priorizar o interesse comum no território e melhorar a integração regional, afasta, por sua vez, uma integração mundial.

Assim, constatando a incapacidade de responsabilizar a República Popular da China pelos danos causados, a referida ação, além de tentar reparar os prejuízos sofridos, faz com que salte aos olhos do cidadão mundial, a necessidade de uma formação de uma Corte Transnacional para responder aos conflitos transnacionais apresentados pela sociedade contemporânea.

Utilizando-se da teoria de pontes de transição do Marcelo Neves, esses Tribunais realizariam a materialização dessas pontes, onde seriam efetuados intercâmbios entre os ordenamentos jurídicos, buscando uma solução para as dificuldades apresentadas.

Portanto, o objetivo deve ser a proteção e a garantia do exercício dos direitos humanos fundamentais, com capacidade coercitiva e Estados com soberania.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A globalização fez do mundo um lugar “menor”, espalhando estes efeitos pelos quatro cantos do planeta. As relações internacionais, antes limitadas a agentes políticos com soberania, se apresentam, principalmente nos últimos anos, através de atores privados, criando um novo fenômeno, chamado de transnacional. É assim chamado pois transborda as fronteiras geograficamente definido pela geopolítica tradicional.

É trans porque vai além, e em decorrência disto se vê a necessidade de um espaço transnacional para tutelar direitos. Estes direitos deverão ser reconhecidos pelos envolvidos e tutelados de maneira a proteger os cidadãos do mundo. A temática ambiental, já amplamente difundida por não haver limites territoriais para seus efeitos é um exemplo da necessidade de uma tutela transnacional.

Diante disso, considerando a globalização e seus efeitos, a mobilidade da população mundial decorrente dos meios de transporte cada vez mais eficiente, as culturas locais que apresentam suas singularidades em cada parte do globo; a política sanitária de uma província no interior da China veio a influenciar todos os países do mundo em decorrência da COVID-19.

Declarada como uma pandemia pela OMS, reconhecida por Antony Giddens como um problema ambiental, carece de norma capaz de responsabilizar as pessoas que agiram ou deixaram de agir para ocorrer este fato. A responsabilidade ambiental se caracteriza por ser objetiva, portanto, basta haver relação entre o dano e o agente para responsabilizá-lo.

Apesar da previsão legal na Constituição dos EUA dos tribunais locais processar e julgar estados estrangeiros, estas decisões não terão executividade em decorrência da soberania dos estados. A via diplomática seria uma solução, quando estes conflitos se dão entre países com espectros de influência internacionais diferentes, é difícil para a parte mais fraca obter seus direitos, e quando se trata de grandes potências mundiais, talvez fique mais difícil ainda em virtude dos interesses políticos em jogo.

Assim, constatando a incapacidade de responsabilizar a República Popular da China pelos danos causados, a ação proposta pelo Estado do Missouri, além de tentar reparar os prejuízos

sofridos, faz com que salte aos olhos do cidadão mundial, a necessidade de uma formação de uma Corte Transnacional para responder aos conflitos transnacionais apresentados pela sociedade contemporânea.

Há inúmeras alternativas que poderão ser utilizadas para resolução destes tipos de conflitos. A criação de espaços transnacionais, conforme o pensamento de Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar, ou, a aplicação da Teoria do Processo Jurídico Transnacional de Harold Hongju Koh, ou, a Teoria das pontes de transição de Marcelo Neves.

Portanto, o fenômeno da transnacionalidade, constatado e sentido seus efeitos, deverá criar sistemas com o objetivo de realizar a proteção e a garantia do exercício dos direitos humanos fundamentais e por ter capacidade coercitiva, inclusive contra Estados Soberanos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BENEDICTIS, Leonardo de. La responsabilidad ambiental en Europa y España: comentarios sobre la Directiva 2004/35/CEE, la Ley 26/2007 y su Proyecto de Reglamentación. **6º Encuentro Internacional de Derecho Ambiental**. México, p. 183. jun. 2008. Disponível em: <https://bit.ly/2KqIRgr>. Acesso em: 23 abr. 2020.

BRASIL, Deilton Ribeiro; OLIVEIRA, Leonardo Alexandre Tadeu Constant de. Coordenação e integração: aspectos legais da política ambiental na União Européia. **Revista Jurídica Direito e Paz**, São Paulo, p. 200-201, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3dletuC>. Acesso em: 13 maio. 2020.

BRASIL, **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Disponível em: <https://bit.ly/3ayFHIE>. Acesso em: 23 abr. 2020.

BUSNELLO, Saul José. Direito transnacional e meio ambiente: ponderações sobre a relação homem x meio ambiente. **Revista eletrônica - As dimensões transnacionais do direito ambiental: interfaces da governança ambiental e da sustentabilidade**, Itajaí, p. 95-96, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2SiDvZ0>. Acesso em: 28 abr. 2020.

CONG. RESEARCH SERV. **Constitution Annotated: Analysis and Interpretation of the U.S. Constitution**. Michael J. Garcia et al. eds., 2012 Disponível em: <https://constitution.congress.gov/constitution>. Acesso em: 05 mai 2020.

CORDINI, Nicolás Santiago; HOET, Mariano Javier. Criminalidad transnacional organizada en el ámbito del MERCOSUR: ¿Hacia un Derecho Penal Regional?. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, 2015 p. 527-539.

ENCINAR, Abraham Sanz. El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho. **Revista AFDUAM**, Madrid, p. 54, 2000. Disponível em: <https://bit.ly/2VLk1x8>. Acesso em: 20 abr. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global. Isonomía: **Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n. 9, p. 173-184, octu. 1998.

FERRER, Gabriel Real. La construcción del derecho ambiental. **Revista NEJ Eletrônica**, Itajaí, p. 349, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/2ViizNo>. Acesso em: 28 abr. 2020.

GIDDENS, Anthony. **The nation-state and violence**. Cambridge: Polity Press. 1985.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil esquematizado**: parte geral: obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Veronica Korber. **A União Européia na governança do clima**: o caso da aviação civil internacional. Programa de Pós Graduação em Relações Internacionais da UNB, Brasília, p.208, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2YSfX1o>. Acesso em: 12 maio. 2020.

GREGORIO, Carolina Luckemeyer. Considerações acerca das responsabilidades e obrigações entre Estados perante a transnacionalidade de desastres ambientais. **Brazilian Journal of Internacional Relations**, São Paulo, p. 406, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2KQHo3p>. Acesso em: 1 maio. 2020.

JESSUP, Philip C. **Direito transnacional**. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965.

KOH, Harold H.. **Why Transnational Law Matters**. Faculty Scholarship Series. Paper 1793. Yale Law School Legal Scholarship Repository. HeinOnline – 24 Penn St. Int’l L. Rev. 752 2005-2006. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1793>. Acesso em: 28 abr. 2020.

KOH, Harold Hongju. Transnational Legal Process. **Nebraska Law Review**, v. 75, p. 181-206, 1996.

LEITE, José Rubens Morato; MELO, Melissa Ely. As funções preventivas e precaucionais da responsabilidade civil por danos ambientais. **Revista Sequência**, Florianópolis, p. 202, 2007. Disponível em: <https://bit.ly/3aplsqq>. Acesso em: 20 abr. 2020.

NADER, Paulo Oliveira. **Curso de direito civil**: responsabilidade civil. 6. ed. rev. atual. amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v.7.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

OLSSON, Giovanni. Relações internacionais e seus atores na era da globalização. Curitiba: Juruá, 2003.

Organização Mundial da Saúde declara pandemia de coronavírus. **Agência Brasil**. 11 mar. 2020 Disponível em <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-03/organizacao-mundial-da-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>>.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 12. ed. rev. atual. amp. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PHILIPPI, Patricia Pasqualini; ZICARELLI, Leonardo. O direito transnacional ambiental e a proteção do direito ao desenvolvimento humano. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, p. 1606, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/2VOj3Sh>. Acesso em: 28 abr. 2020.

POETRY FOUNDATION. **The Tyger By William Blake.** Disponível em: <<https://blog.fastformat.co/como-fazer-citacao-de-artigos-online-e-sites-da-internet/>> Acesso em: 01 mai 2020.

ROSA, Rafaela Santos Martins da; SCHEINKMANN, Débora Cristina Freytag. Meio ambiente. Crise Humana. Transnacionalidade do direito ambiental: um processo que segue em construção. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 8, n. 3, p. 2506, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3fvHc7C>. Acesso em: 7 maio. 2020.

ROSENAU, James. **Turbulence in World Politics**, Brighton, 1990.

SALLES, Eduardo Baldissera Carvalho. **Corporações transnacionais: novos atores e novos poderes.** Porto Alegre: Editora Fi, 2018.

SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes. Reflexões sobre o limite de tolerabilidade e o dano ambiental. **Juridicas**, Manizales, p. 54, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/2VBXMet>. Acesso em: 23 abr. 2020.

STEINER, Henry J.; VAGTS, Detlev F. **Transnational Legal Problems: Materials and Text.** New York: The Foundation Press, 1976.

Steiner, Henry S. Constructing and developing transnational law: the contribution of Detlev Vagts. In: BEKKER, Pieter H. F.; DOLZER, Rudolf; WAIBEL, Michael (Coord.). **Making transnational law work in the global economy, essays in honour of Detlev Vagts.** Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

The United States District Court For The Eastern District Of Missouri Southeastern Division. **Case: 1:20-cv-00099**, Missouri Attorney General vs. The People's Republic Of China, 21 abr 2020 Disponível em: https://ago.mo.gov/docs/default-source/press-releases/2019/prc-complaint.pdf?sfvrsn=86ae7ab_2. Acesso em 05 mai 2020.

TINGYANG, Zhao. Rethinking Empire from a Chinese Concept 'All-under-Heaven' (Tian-xia). **Social Identities**. 12. V. 1 n. 2006. Disponível em <> Acesso em .

VAGTS, Detlev F. **Transnational business problems.** New York: The Foundation Press, 1986.

VIEIRA, Gabriella de Castro; REZENDE, Elcio Nacur. A responsabilidade civil ambiental decorrente da obsolescência programada. **Pensamiento jurídico**, Bogotá, p. 248, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3auOBAJ>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BENS JURÍDICOS COLETIVOS E A TUTELA PENAL DA SAÚDE PÚBLICA: DUAS CRÍTICAS

Airto Chaves Junior¹

INTRODUÇÃO

Cada vez mais a legislação penal brasileira é abastecida com tipos penais protetores de bens coletivos e de perigo abstrato. Em grande medida, essas formulações não oferecem critérios ou limites ao poder de incriminar.

Com a presente pesquisa, objetiva-se realizar duas reflexões críticas da proteção penal de um desses bens jurídicos coletivos e de perigo, a Saúde Pública. Para tanto, os problemas a partir das quais se busca respostas são os seguintes: a) a Saúde Pública é um legítimo bem jurídico coletivo penalmente tutelável? b) as penas cominadas nos tipos penais dos delitos contra a Saúde Pública têm como parâmetro a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico?

Para responder a esses dois questionamentos, inicia-se a pesquisa com o estudo desse novo modelo de incriminação fundada em bens jurídicos coletivos e crimes de perigo. Na sequência, procura-se avaliar a legitimidade da Saúde Pública como bem jurídico coletivo no âmbito do Direito Penal. Neste espaço, a pesquisa terá apoio, especialmente, nos critérios de “não distributividade” ofertados pelo Prof. alemão Roland Hefendehl. Por fim, avalia-se as penas cominadas nos principais tipos penais que declaram tutelar a Saúde Pública no Brasil. Esta análise é feita a partir dos critérios de lesividade ou ofensividade ao bem jurídico, ou mesmo, colocação em perigo de lesão. Aqui, o objetivo é verificar se há proporcionalidade no quantum de pena cominada nos tipos.

A pesquisa se justifica na medida em que, apesar de em todas as épocas existir crimes que buscavam tutelar bens jurídicos coletivos e de perigo, nas últimas décadas houve uma explosão dessa espécie normativa no âmbito penal. Diante disso, cumpre verificar a legitimidade da Saúde Pública para figurar no âmbito de tutela penal e, aliado a isso, a legitimidade da resposta do Estado na forma de pena havendo como critério a ofensividade ao bem jurídico declaradamente tutelado pela norma.

Quanto ao método de pesquisa, revela-se o indutivo, o qual é subsidiado pela pesquisa bibliográfica e pela legislação penal.

¹ Doutor em Ciência Jurídica (UNIVALI/Brasil); Doutor em Direito (Alicante/Espanha); Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI nas seguintes linhas de pesquisa: MESTRADO: a) Direito e Jurisdição; b) Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade; DOUTORADO: Principiologia Constitucional e Política do Direito. Professor de Direito Penal do Curso de Direito da UNIVALI. Advogado. E-mail: oduno@hotmail.com.

1. BENS JURÍDICOS COLETIVOS E CRIMES DE PERIGO ABSTRATO: NOVAS TENDÊNCIAS DE EXPANSIONISMO PENAL

O conceito dogmático tradicional de bem jurídico não conhece qualquer função crítica.² Normalmente, é tido como os aqueles valores que a sociedade considera mais relevante para a coexistência. Mas, quando se pergunta quais são os bens jurídicos mais relevantes para a sociedade, conclui-se, rapidamente, que são aqueles assim considerados pelo Direito Penal, ou seja, tutelados pela norma penal.³ Desse modo, tem-se como bem jurídico determinado valor a que o legislador decide oferecer proteção. Juarez Tavares⁴ explica que essa perspectiva toma, simplesmente, a norma como instrumento de proteção imediata do interesse. Uma vez promulgada, só caberia interpretá-la e fazê-la incidir no caso concreto.

Nesta perspectiva puramente dogmática, qualquer valor, legítimo ou não, pode ser objeto de tutela da norma. Pode-se, por exemplo, incriminar o homossexualismo, porque há, inclusive, no próprio texto Constitucional dispositivos tutelando a família (CRFB/88, art. 226 e ss.) e a moralidade (CRFB/88, art. 221, IV). Ou seja, não se pode negar que esses dois valores fazem parte de bens reconhecidos pelo sistema jurídico brasileiro.

É bem verdade que uma suposta norma penal que proibisse o homossexualismo poderia ser atacada com argumentos que se encontram no rol dos Direitos Fundamentais da própria Constituição, tais como a liberdade, a privacidade e a vida privada, a intimidade, a dignidade da pessoa humana, a igualdade (e vedação ao preconceito do diferente), os quais, acredita-se, teriam prevalência sobre a tutela da família e da moralidade. No entanto, conforme explica Luís Greco⁵, foram razões de ordem político-criminais que orientaram a descriminalização do homossexualismo masculino na Alemanha na década de 1970. Na oportunidade, alguns autores passaram a estabelecer um conceito crítico, político-criminal de bem jurídico, sobretudo, para dizer que tais incriminações de condutas meramente imorais não tutelavam bem jurídico algum. Tratavam-se, pois, de incriminações ilegítimas.

Claus Roxin, por exemplo, é um dos autores que defenderam essa ideia. Desde a década de 1970, especialmente com a publicação do pioneiro estudo de Claus Roxin⁶ intitulado *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, consolidaram-se as críticas voltadas ao finalismo (sobretudo no que toca a estrutura da ação humana que, segundo os estudos desenvolvidos por Welzel, fundava-se em dados ontológicos) até então dominante na dogmática penal alemã, para dar lugar

² No Brasil, a imensa maioria da doutrina é adepta a esse conceito. Por essa maioria: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial* (4). 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. (Versão digital). p. 283-284.

³ Tautologia diagnosticada por: (BARATTA, Alessandro. *Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica*. In: **Criminología y Sistema Penal**: compilación in memoriam. Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de F Ltda., 2014.p. 65); passagem semelhante em: BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 2, n. 5 – jan. 1994.p. 10.

⁴ TAVARES, Juarez. **Teoria do Crime Culposos**. 4. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p.254.

⁵ GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM). Julho-Agosto de 2004. Ano 12. p.96.

⁶ ROXIN, Claus **Política Criminal y Sistema del Derecho Penal**. Traducción de Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

aquilo que Roxin já defendia desde a década anterior⁷: o funcionalismo teleológico-valorativo, moderado ou valorativo⁸. Para o autor, não seria possível extrair de dados pré-jurídicos soluções para problemas jurídicos, de modo que a teoria do delito teria de ser construída sobre fundamentos normativos, referidos aos fins da pena e aos fins do Direito Penal, isto é, a Política Criminal. Com isso, o autor delineou as bases de sua concepção funcional ou teleológico-racional da teoria do delito⁹, a qual obteve vários adeptos dentro e fora da Alemanha e encontrou, em seu posterior Tratado, sua versão mais elaborada¹⁰.

O traço fundamental da proposta do autor era, sobretudo, superar a concepção dualista orientada pela separação entre dogmática penal e política criminal sustentada por Von Liszt, perspectiva em que o Direito Penal é o “senhor absoluto de si mesmo”¹¹, enquanto a Política Criminal é soberana tão somente no que se refere ao quantum da pena. Conforme esta concepção funcionalista proposta por Roxin, o ponto de união entre esses dois campos de estudo (Dogmática Penal e Política Criminal) gravita, exatamente, na Teoria do Bem Jurídico: a proteção do Bem Jurídico como missão primeira do Direito Penal cumpre tanto um lugar na dogmática quanto um desempenho Político-Criminal e o delito, por ambas as perspectivas, é entendido materialmente como lesão ou ameaça de lesão a bens jurídicos.¹² A Dogmática Penal e a Política Criminal estão entrelaçadas num único corpo capaz de restringir o poder de incriminar do legislador.

Portanto, para Roxin¹³, os simples atentados contra a moral não são suficientes para a justificação de uma norma penal. Sempre que eles não diminuam a liberdade e a segurança de alguém, não lesionam um bem jurídico”. Objetos de proteção de uma abstração incompreensível não devem reconhecer-se como bens jurídicos. Em suma, o Direito Penal não pode proteger a moral¹⁴ porque sua tarefa se esgota na proteção de bens jurídicos, e a moral não é um bem jurídico.

Hoje, porém, não parece existir alternativa para o compromisso com a proteção de bens jurídicos como única finalidade do Direito Penal.¹⁵ Esse compromisso só parece ter relevância

⁷ Especialmente a partir de seu artigo “Sobre la crítica a la Teoría Final de la Acción”, publicado em ZStW 74, de 1962.

⁸ SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. El actual debate alrededor de la Teoría del Bien Jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM). Ano 21. Vol. 100. Jan-fev/2013. p.91.

⁹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General (Tomo I): fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción y notas: Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997. p.51.

¹⁰ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Claus Roxin, 80 anos. **Revista Liberdades**. N° 07 - maio-agosto de 2011. p.107.

¹¹ Juarez Tavares explica que essa primeira perspectiva toma, simplesmente, a norma como instrumento de proteção imediata do interesse. Uma vez promulgada, só caberia interpretá-la e fazê-la incidir no caso concreto. TAVARES, Juarez. **Teoria do Crime Culposos**. 2016. p.254.

¹² Conforme Claus Roxin, os simples atentados contra a moral não são suficientes para a justificação de uma norma penal. Sempre que eles não diminuam a liberdade e a segurança de alguém, não lesionam um bem jurídico. ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.21/25.

¹³ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2009. p.21/25.

¹⁴ Define-se “moralismo jurídico-penal” como a tese segundo a qual a imoralidade de um comportamento é uma boa razão, isto é, uma razão adicional e intrinsecamente relevante, para incriminá-lo (GRECO, Luís. Tem futuro a Teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ana Elisa Liberatore S. Bechara (Coord.). Ano 18, nº 82, jan-fev./2010.p. 172).

¹⁵ Ideia sedimentada a partir dos estudos de Claus Roxin. Conforme ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009..

quando o legislador insiste em responder a escândalos sociais com novas criminalizações, praticando uma política de bens jurídicos populista¹⁶, tendência que, inclusive, já foi objeto de relevantes estudos no âmbito da sociologia do direito.¹⁷ Criminalizar parece exprimir o modo mais acessível para se garantir o sucesso nos pleitos eleitorais que, com frequência, estão no radar do legislador. Diante disso, a invés de limitar o poder de incriminar do legislador, passa o bem jurídico a fundamentar novas incriminações.

Assim, aquela avaliação de ordem político-criminal limitadora do Bem Jurídico parece transitar num plano absolutamente secundário. Nas últimas décadas, não é de todo difícil verificar a existência de uma tendência claramente dominante na legislação de grande parte dos países para a introdução de novos tipos penais, alargamento de condutas já criminalizadas, bem como o agravamento das penas daqueles comportamentos já tipificados, os quais podem ser inseridos no quadro geral de restrição ou a "reinterpretação" das garantias clássicas do direito penal substantivo, tendência que se alinha ao termo "expansão", utilizado por Jesús-Maria Silva Sánchez¹⁸ no clássico "A expansão do Direito Penal". Conforme anota este autor, "vivemos tempos de Direito Penal"¹⁹.

Diante de tal realidade, o Direito Penal tem experimentado uma ascendente de tipos penais a partir dos quais se declara tutelar bens jurídicos supraindividuais ou coletivos²⁰ com o mesmo patamar de legitimidade dos bens jurídicos individuais (teoria dualista do bem jurídico), modelo que se mostra pouco adaptado à tradição liberal da dogmática jurídico-penal, bem como a tendência de se formular crimes de perigo abstrato²¹: "tipos que declaram punível um comportamento sem exigir lesão real ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico que a norma declara proteger²²". Notadamente, essas novas criminalizações derivam de uma verdadeira antecipação da proibição penal (nos casos dos crimes de perigo abstrato) e de uma latente antecipação da lesão (nas hipóteses de bens jurídicos coletivos).

Exemplos que ganham espaço na legislação penal contemporânea são os tipos penais consubstanciados nos crimes ambientais, delitos contra a saúde pública, contra a ordem

¹⁶ HEFENDEHL, ROLAND. Uma teoria social do bem jurídico. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. IBCCRIN (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais) Ano 18, nº 87, nov.-dez./2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.p.104.

¹⁷ A criminalização como objeto de controle e política governamental foi investigada, por exemplo, pelo Professor da Universidade da Califórnia Jonathan Simon que, no ano de 2007, publicou a obra *Governing through Crime* (SIMON, Jonathan. **Governar a través del delito**. Traducción de Victoria de los Ángeles Boschirolí. Barcelona: Editorial Gedisa, 2011.). O Brasil, hoje, parece enfrentar problema semelhante, em suas causas e consequências. (CHAVES JUNIOR, Airto. **Além das Grades**: a paralaxe da violência nas prisões brasileiras. Florianópolis: Tirant lo Blach, 2018. p. 107-108).

¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La Expansión del Derecho Penal**: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. 2. Ed. Madrid: Civitas Ediciones. 2001.

¹⁹ Semelhantes conclusões podem ser extraídas de estudo realizado pelo Prof. português José de Faria Costa: COSTA, José de Faria. *Direito Penal e Globalização: reflexões não locais e pouco globais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.p. 55-102.

²⁰ Os Bens Jurídicos podem ser individuais (aqueles que servem aos interesses de uma pessoa ou determinado grupo de pessoas) ou coletivos (aqueles que servem aos interesses de muitas pessoas - da generalidade). Conforme: HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. In: **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología** (Universidad de Granada/ES), 2002, RECPC nº 4. p. 3.

²¹ A afetação do bem jurídico pode ocorrer de duas formas: de dano (ou lesão) e de perigo. Acerca deles, ver: ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 1 (Parte Geral). 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 488. .

²² GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato** (com um adendo: Princípio da Ofensividade e Crimes de Perigo Abstrato). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.2.

econômica, etc. São crimes incorporados ao ordenamento jurídico sob a justificativa vaga e genérica de “tutela da sociedade” ou de “proteção a incolumidade pública” e que, além de decorrer de “proteção” razoavelmente recente, muito possivelmente poderiam ser alvo de tutela de outros instrumentos de controle a partir de outros ramos do direito (sobretudo, em atenção aos critérios da fragmentariedade e da subsidiariedade, características do Princípio da Intervenção Mínima).

Trata-se de uma política criminal ancorada na antecipação da criminalização do dano ao Bem Jurídico: ao invés de buscar tutelar (ao menos no plano preventivo geral) os bens das pessoas como sujeitos determinados ou determináveis, lança-se mão de uma espécie de proteção virtual e simbólica à saúde pública²³, à ordem econômica e financeira²⁴, ao meio ambiente²⁵, à sociedade de modo geral²⁶. Nesses casos, o contato interpessoal da atividade delitiva é substituído por formas de condutas padronizadas e anonimizadas²⁷. Neste cenário em que a função crítica e limitadora do Direito Penal a partir da Teoria do Bem Jurídico parece perder relevância, estabelece-se um panorama em que não mais se enxerga no Direito Penal um instrumento para solução de problemas e resolução de conflitos, mas uma ferramenta de contenção de riscos aparentes.

Além de promover a expansão desmedida do Direito Penal (pois o Estado e a sociedade precisariam se utilizar do Direito Penal para se proteger desses “novos perigos”), essa desmaterialização do bem jurídico traz, em qualquer hipótese, dificuldades dogmáticas e problemas político-criminais. No âmbito da dogmática, tem-se a latente dificuldade para se delimitar claramente quando é que determinado bem é lesionado ou colocado em perigo pelo comportamento formalmente típico. Outro problema é conseguir razoavelmente estabelecer a relação de causalidade entre a ação e os seus possíveis efeitos²⁸. Na verdade, como essa estrutura do tipo renuncia a descrição de um resultado (os efeitos da ação), dispensa-se qualquer verificação do nexo causal entre o comportamento descrito no tipo e o dano por ele provocado. Político-criminalmente, talvez os maiores problemas sejam dois. O primeiro deles é verificar se o bem declaradamente tutelado pela norma é, verdadeiramente, um bem jurídico-penal (pois, não raro, esses bens coletivos são construídos a partir de mera soma de vários bens jurídicos individuais). O segundo problema é averiguar se o quantum de pena cominada no tipo pelo legislador atende a critérios vinculados à relevância do bem jurídico que se declara proteger.

²³ No Código Penal Brasileiro, encontram-se os crimes previstos nos art. 276 a 285; na Legislação Especial, os crimes da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006).

²⁴ A exemplo dos Crimes de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/98).

²⁵ Especialmente aqueles previstos na Lei 9.605/98.

²⁶ Há, na legislação penal brasileira, uma infinidade de tipos penais incriminadores que possuem, declaradamente, a missão de proteger a incolumidade pública. A título exemplificativo, pode-se anotar os crimes do Título IX do Código Penal (“Dos crimes contra a paz pública”, artigos 186 a 288-A), o crime de embriaguez ao volante (Lei 9.503/97, art. 306, art. 311), crimes do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/03), crime de associação criminosa (Código Penal, art. 288), crime de organização criminosa (Lei 12.850/13, art. 1º, § 1º).

²⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. **Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciência jurídico-penal alemana**. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía de Derecho. Universidad Externado de Colômbia, 1998.p.31/33.

²⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da Teoria do Bem Jurídico no Direito Penal Atual. **Revista Liberdades** (IBCCRIM) - nº 1 - maio-agosto de 2009. p.21.

Cuida-se, na sequência, dessas duas problemáticas de ordem político-criminal no que se refere à tutela penal brasileira da Saúde Pública.

2. SAÚDE PÚBLICA: BEM JURÍDICO COLETIVO OU SOMA DE BENS JURÍDICOS INDIVIDUAIS?

A consagração da Saúde Pública no sistema jurídico brasileiro está no texto do art.196²⁹ da CRFB/88, a partir do qual se institui um sistema de proteção tanto de dimensão individual quanto coletiva. Na dimensão individual, reconhece-se o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional (dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios); numa dimensão coletiva, compreende-se toda a gama de políticas públicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. Ambas as pretensões formuladas e formuláveis tanto poderão dizer respeito a atos concretos como a políticas e ações administrativas que contribuam para a melhoria do sistema de saúde, incluídas aqui as normas de organização e procedimento³⁰.

A partir dessa perspectiva constitucional, a grande maioria da doutrina brasileira³¹ afirma que a saúde constitui não só um bem jurídico individual, mas, também, um bem jurídico coletivo de clara dimensão social, sendo, por isso, de interesse e dever do Estado zelar pela proteção da saúde pública. Para essa orientação, a previsão constitucional reconhece a dimensão coletiva desse bem jurídico, concebendo-a como um conjunto de condições positivas e negativas que possibilitam o bem-estar das pessoas.

Esse argumento, porém, não convence. Conforme se verificou com relação à moralidade e à tutela da família, a Constituição nem sempre pode ser a baliza legitimadora do processo de incriminação. A Constituição é necessariamente aberta e com inúmeros valores, vários deles conflitantes, o que dificulta um projeto constitucional de limitação ao poder do legislador para a produção da norma penal incriminadora³². O instrumento de controle social chamado Direito Penal só deve atuar quando se produzam lesões ou perigos de lesão intoleráveis contra os bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento do ser humano em sociedade (Princípio da Intervenção Mínima)³³.

A partir disso, dois questionamentos afloram. O primeiro se refere a saúde como objeto de tutela: *a saúde é um bem jurídico merecedor de proteção penal?* A resposta, obviamente, deve transitar no campo positivo, pois, além de ser um bem constitucionalmente reconhecido, trata-se de valor fundamental para a realização pessoal dos indivíduos e, por consequência, para a subsistência do sistema social. Tem-se, a saúde, como algo essencial ao desenvolvimento humano

²⁹ CRFB/88, Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Sociais (Capítulo 5). In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.660/662.

³¹ Ver, a título exemplificativo: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial (4). 2014. p283.

³² GRECO, Luís. **"Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito**. 2004. p.98.

³³ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2013. p.59.

em sociedade.

O segundo questionamento, intrinsecamente alinhado ao primeiro, é mais abrangente: *a saúde pública é um legítimo bem jurídico penalmente tutelável?* Crê-se que a resposta deve recair em sentido negativo. Roland Hefendehl³⁴ diz que uma das mais importantes funções da teoria do bem jurídico é desmascarar falsos bens jurídicos coletivos, pois somente dessa maneira é possível abrir caminho para uma adequada estrutura desses delitos. Defensor do conceito político-criminal do bem jurídico, o autor traz um sistema diferenciado para a análise da legitimidade do tipo penal. Para tanto, a primeira pergunta a se fazer é: *qual é o bem jurídico protegido por essa norma?* Para essa indagação, Hefendehl chega a três respostas possíveis. A primeira delas é que se trata de um bem jurídico individual (a vida para o crime de homicídio; o patrimônio para o crime de furto, etc.). A segunda é que se trata de um bem jurídico coletivo, a exemplo do Meio Ambiente. A terceira possibilidade de resposta é que não há qualquer bem jurídico tutelado por aquele tipo penal incriminador. Neste último caso, o autor considera possível delitos não referidos a bens jurídicos, modalidades de incriminações que só se mostram legítimas em casos “absolutamente excepcionais” e quando subsistir uma enraizada convicção social da obrigatoriedade da norma de comportamento, tal como nos casos de maus tratos a animais³⁵ e a bigamia. Tratar-se-ia, pois, daquilo que o autor chama de “normas de comportamento”.³⁶

Adepto da concepção dualista³⁷ do bem jurídico, conforme se verifica das duas primeiras respostas, o Hefendehl³⁸ reconhece a legitimidade tanto de bens jurídicos individuais quanto de bens jurídicos coletivos; estariam ambos em pé de igualdade. No entanto, para ele, não se pode reduzir os bens jurídicos individuais à sua dimensão de interesse coletivo e nem o contrário: os bens jurídicos coletivos são caracterizados pela “não distributividade”, critério marcado pelo binômio “sem exclusão de uso” e “sem rivalidade no consumo”, de forma que é possível dizer que parte do bem jurídico assiste a cada indivíduo. A título exemplificativo, a segurança coletiva de um Estado-nação é um bem jurídico coletivo, uma vez que o uso ou o gozo dessa segurança por determinada pessoa não exclui, impede ou prejudica que esse mesmo bem seja objeto de uso pelos demais. No mesmo sentido, pode-se considerar o ar respirado por cada indivíduo que compõe o corpo social. Enfim, tem-se um bem jurídico coletivo pelo critério da “não

³⁴ HEFENDEHL, ROLAND. **Uma teoria social do bem jurídico**. 2010.

³⁵ Muito embora pareça que os maus tratos à animais ofenda algum bem jurídico, sobretudo, o “sentimento de solidariedade para com certos animais superiores”. Por isso, Hefendehl defende a ideia, em caráter excepcional, de crimes sem bens jurídicos. Idêntica formulação, aliás, foi trazida por Claus Roxin na Terceira Edição do seu Tratado (GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato** (com um adendo: Princípio da Ofensividade e Crimes de Perigo Abstrato). 2011. p. 89-90).

³⁶ Ver, também, neste sentido: STRATENWERTH, Günter. La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. In: **La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Traducción Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007.p.366.

³⁷ Na Alemanha, são também adeptos dessa orientação Bern Schünemann, Klaus Tiedemann, Claus Roxin, etc.; em Portugal, Jorge Figueiredo Dias; no Brasil, esta posição é extremamente dominante. Cabe, porém, registrar a crítica realizada por Juarez Tavares acerca dessa classificação antagônica entre bens jurídicos individuais e coletivos (TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Direito Penal**. Florianópolis: Tirant lo Banch, 2018. p. 97/98.

). Por fim, importa anotar que há autores que defendem uma concepção *monista-pessoal do bem jurídico*, cujo principal expoente é Winfried Hassemer (HASSEMER, Winfried. **Bienes Jurídicos en el derecho penal**. In: Estudios sobre Justicia Penal: homenaje al Profesor Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Editores del Pierto, 2005.

³⁸ HEFENDEHL, Roland. **Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto**. 2002,p.4.

distributividade” quando for impossível dividir esse bem em partes e atribuir cada parte para indivíduos determinados. Desse modo, é característica de todo bem jurídico coletivo que seja ele desfrutado por cada membro da sociedade, não sendo possível relacioná-lo total ou parcialmente a um único indivíduo ou setor da sociedade.

Além do mais, não se pode simplesmente sustentar que aquele que desrespeita o bem jurídico coletivo deve ser objeto de incriminação. Antes disso, deve-se esclarecer qual é o comportamento, de fato, perigoso que esse sujeito executou contra o bem jurídico coletivo. Veja-se que, nos crimes de lesão, isso é mais facilmente demonstrável (já que, no plano abstrato, as proibições de lesionar são, em regra, idôneas para a proteção do bem jurídico e, no plano concreto, precisa-se estabelecer a relação de causalidade entre a ação e os seus possíveis efeitos). No entanto, caso o legislador recorra a um delito de perigo, deverão ser atendidos certos pressupostos de legitimidade mais extensos para que a proibição possa considerar-se justificada, sobretudo, o necessário ajuste de um equivalente material para a ausência de causalidade real nos crimes de perigo. Por isso, Hefendehl³⁹ entende que o crime do perigo abstrato é uma estrutura criminal que deve ser reservada para tipificar aqueles comportamentos que apresentam riscos latentes contra bens jurídicos coletivos de primeira ordem, a exemplo de riscos a integridade corporal ou à vida das pessoas.⁴⁰

Dada a complexidade para definição do bem jurídico de determinado tipo penal, Hefendehl se vale de critérios de materialização propostos por Winfried Hassemer⁴¹. Conforme essa ideia, “o bem jurídico deve ser um objeto do mundo real”⁴², sujeito às leis físicas. Essa simples compreensão de materialização do bem jurídico talvez tenha ainda mais clareza e operacionalidade quando confrontadas com as definições abstratas usadas pela doutrina que, no mais das vezes, chega a se referir ao bem jurídico como um bem ideal e intangível. Desse modo, o que se tem, em grande medida, são conceitos que não tem utilidade quando levados a análise da estrutura criminal: por um valor intangível, pouco importa se o perigo que paira sobre o bem jurídico é concreto ou abstrato. Conforme exemplo trazido pelo autor⁴³, imagine ser autorizada a caça de certa espécie de ave, salvo em locais determinados e em períodos específicos do ano (tais como épocas de reprodução). Se a proibição for mantida apesar de alteração de circunstâncias, como uma variação temporal da estação reprodutiva ou mesmo, a extinção da espécie apesar dos esforços para sua conservação, está-se diante de um caso de proteção ilegítimo e ineficiente de um bem jurídico (a vida de espécie). Assim, independentemente de como o bem jurídico é

³⁹ HEFENDEHL, Roland. **Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto**. 2002,p.7.

⁴⁰ O crime de embriaguez ao volante, previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, serve de exemplo aqui. Outra situação admissível seria os crimes destinados à tutela da segurança dos alimentos.

⁴¹ Vale anotar que Hassemer é adepto da Teoria Pessoal do bem jurídico, a qual considera dignos de proteção penal apenas os bens jurídicos que possam ser diretamente referidos a pessoas determinadas. Por outro lado, conforme já se anotou, Hefendehl defende uma Teoria Dualista, reconhecendo-se como legítimos tanto bens coletivos quanto bens individuais.

⁴² Note-se que “o mundo real” não é o mesmo que realidade empírica porque o mundo real não se esgota naquilo que se pode verificar por meio da investigação das ciências naturais. A honra, por exemplo, é uma realidade, apesar de não lhe ser essencial o aspecto empírico. Conforme: GRECO, Luís. **“Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito**. 2004. p. 106; semelhante posicionamento pode ser extraído de: TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Direito Penal**. Florianópolis: Tirant lo Banch, 2018. p. 88-98.

⁴³ HEFENDEHL, Roland. **Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto**. 2002,p.8/9.

definido, deve ele comportar a possibilidade de participação de indivíduos no sistema social. Da mesma forma, o meio ambiente não pode ser considerado um bem jurídico em si. Ele adquire seu *status* de bem jurídico para a função que desempenha para a pessoa cuja auto realização parece difícil sem proteção direta e imediata do meio ambiente em que se encontra.

Dessa forma, o manejo correto do conceito de bem jurídico ajuda a desmascarar falsos bens jurídicos coletivos: bens jurídicos declaradamente tutelados pela norma, mas que, na verdade, não se encontram no seu âmbito de proteção. Conforme se procura mostrar na sequência, a Saúde Pública figura, certamente, dentre esses falsos bens jurídicos.

3. A TUTELA PENAL DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

No âmbito penal brasileiro, a Saúde Pública é referenciada no Capítulo III do Título VIII⁴⁴ da Parte Especial do Código Penal (onde se encontram os tipos penais dos artigos 267 a 285 e que compreendem os crimes de Epidemia, Infração de medida sanitária preventiva, Omissão de notificação de doença, Envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, Corrupção ou poluição de água potável, Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios, Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, Emprego de processo proibido ou de substância não permitida, Invólucro ou recipiente com falsa indicação, Produto ou substância nas condições dos dois artigos anteriores, Substância destinada à falsificação, Outras substâncias nocivas à saúde pública, Medicamento em desacordo com receita médica, Exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica, Charlatanismo e Curandeirismo) e na Legislação Especial (especialmente no que toca às disposições da Lei 11.343/2006).

Dentre esses dispositivos, o art. 281 do Código Penal, que cuidava do “comércio clandestino de entorpecentes” foi revogado no ano de 1976 pela Lei 6.368, que passou a regular os delitos de comércio clandestino de drogas ilícitas. Essa lei trouxe novos tipos penais a respeito da matéria e aumentou consideravelmente as penas (até 15 anos de reclusão para o tráfico de drogas) para fatos que, até aquele ano, eram equivalentes. No ano de 2006, a Lei 6.368/76 é revogada pela Lei 11.343 que passa, então, a disciplinar os crimes de comércio de drogas ilícitas (artigos 33 a 40), quando o tráfico de drogas passa a ter pena que varia entre 05 e 15 anos.

Importa lembrar que para a realização do tipo desses delitos, não se exige qualquer violência ou grave ameaça na ação do agente e, em grande medida, não possuem vítimas determinadas, ou seja, são crimes sem vítimas (ou de vítimas virtuais, apenas assim reconhecidas). Por fim, o perigo (abstrato) que decorreria da prática da ação prevista no tipo penal incriminador é, ao menos para os crimes de drogas, presumido *juris et de jure*: transita perto de zero a possibilidade de uma análise do conteúdo material do tipo para verificação da tipicidade penal. A título exemplificativo, veja-se o caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em que fora considerada típica a ação perpetrada a partir de 0,25 decigramas de droga. No precedente, estranhamente, faz-se referência à “potencialidade da droga” para catalisar uma expressão absoluta de potencialidade de dano: “não se deve (...) prejudicar a configuração da tipicidade do

⁴⁴ Este título é inaugurado no art. 250 do Código Penal sob o título “Dos Crimes contra a Incolumidade Pública”.

delito, que está vinculada à potencialidade da droga, ao risco social e à saúde pública e não à lesividade comprovada em cada episódio concreto”⁴⁵.

Tem-se, no caso apresentado, flagrante hipótese de crime impossível (CP, art. 17⁴⁶) na modalidade de absoluta imprópriedade do objeto material, pois, ainda que o agente quisesse e tivesse todas as oportunidades para a prática dos verbos contidos no preceito primário do tipo, seria impossível provocar lesão à Saúde Pública quando dispõe ele de apenas 0,25 decigramas de droga. Dito de outra forma, não há desvalor da ação, pois o perigo (ainda que abstrato) àquilo que se declara tutelar figura num plano impossível.

Seguindo, tanto o Capítulo III do Título VIII⁴⁷ da Parte Especial do Código Penal quanto a Lei de Drogas (Lei 11.343/06) trazem como justificativa de uma gama de incriminações a proteção da Saúde Pública, bem jurídico coletivo. Contudo, após atenta análise, pode-se afirmar com razoável segurança que a Saúde Pública não é mais que a soma da saúde individual de todos os membros da sociedade. Não se trata, pois, de um bem jurídico coletivo, mas da soma de bens jurídicos individuais. De acordo com Hefendehl⁴⁸, essa constatação tem efeitos decisivos, já que quando se trata de um bem jurídico individual, quem decide sobre a sua proteção é o próprio titular desse bem. Sobre isso, sugere-se a pergunta: a decisão de uma pessoa de levar uma vida flagrantemente desregrada a ponto de destruir dia a dia a sua saúde justifica a intervenção do Direito Penal? Não. Tanto que não há qualquer norma penal incriminadora neste sentido.⁴⁹

Além do mais, a dilatação do bem jurídico a esses falsos bens coletivos acaba por expandir consideravelmente as possibilidades de incriminação. A título exemplificativo, e a partir dessa elasticidade, seria legítimo incriminar condutas direcionadas a redução do potencial dos serviços oferecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil, tais como a responsabilidade de agentes políticos e servidores públicos pela falta de médicos (ou contratação de profissionais desqualificados), pelo longo tempo de espera para que as pessoas sejam submetidas à exames (agravando-lhes o quadro clínico), a falta de leitos nos hospitais públicos (o que é bastante comum no Brasil), pelo atendimento pouco humanizado, etc. Tudo isso, difícil negar, gera uma potencialidade de dano à saúde das pessoas (e, num sentido lato, pública) de forma muito mais profunda do que o simples ato de, por exemplo, “guardar” droga (Lei 11.343/2006, art. 33).

Conforme se verifica, a consequência mais imediata do acolhimento de bens jurídicos coletivos alheios a qualquer critério resulta da impossibilidade da necessária medição em face da afetação/não afetação/impossibilidade de afetação a esse mesmo bem jurídico a partir do qual a existência da norma se justifica. Essas deficiências criam situações que não fazem qualquer

⁴⁵ Ver: **STJ**, HC 11.695/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª T., j. 09/05/2000, DJe 29/05/2000; idêntico posicionamento é colhido do Supremo Tribunal Federal: **STF**, HC 87.319-7/PE, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T. j. 07/11/2006, DJe 15/12/2006; **STF**, HC 88.820-8/BA, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., j. 05/12/2006, DJe 19/12/2006; **STF**, HC 91.759-3/MG, rel. Min. Menezes Direito, 1ª T., j. 09/10/2007, DJe 30/11/2007.

⁴⁶ Ocorre o crime impossível, conforme o art. 17 do Código Penal, “(...) quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta imprópriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime”.

⁴⁷ Este título é inaugurado no art. 250 do Código Penal sob o título “Dos Crimes contra a Incolumidade Pública”.

⁴⁸ HEFENDEHL, Roland. **Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto**. 2002, p.9.

⁴⁹ Aliás, acredita-se que eventual norma penal neste sentido seria inconstitucional, especialmente por lesão aos princípios da alteridade, da vida privada e da intimidade.

sentido do ponto de vista da razoabilidade. Para exemplificar, se o objetivo da norma é proteger a saúde pública, não há como incriminar o comportamento de guardar drogas para consumo próprio (Lei 11.343/2006, art. 28) - espécie de ato preparatório de autolesão - e deixar de incriminar a autolesão efetiva, ou mesmo, a auto exposição a perigo de lesão. Aqui, são flagrantes as contradições valorativas a partir daquilo que Wolfgang Frisch chama de *mandato de consistência*, pois o legislador deixa, sem fundamento, de reconhecer certo princípio limitador da pena por ele aceito noutro setor. Conforme se vê, o pensamento paternalista permanece alheio a reflexões acerca do bem jurídico-penal.

Desse modo, não se pode ter um bem jurídico Saúde Pública porque esse conceito parte, unicamente, de uma entidade ideal, de um valor, de algo espiritual e desmaterializado. Se isso é possível, aumentam as possibilidades que se postulem bens jurídicos à *ad hoc*, para legitimar qualquer norma que se deseje. Saúde Pública, assim como incolumidade pública, ordem pública, podem ser mais facilmente entendidos como bem jurídico se o seu conceito se referir a meras entidades ideais, e não a dados concretos⁵⁰. Dito de outro modo, “inexiste qualquer bem jurídico coletivo inato⁵¹”..

O mesmo se diga quanto ao critério da “não distributividade”, a partir do qual é possível dizer que parte do bem jurídico assiste a cada indivíduo. Quanto à saúde, essa distributividade é flagrante pois cada indivíduo tem a sua. Para se ter um bem jurídico coletivo, faz-se necessário que seja ele desfrutado por cada membro da sociedade sem que seja possível relacioná-lo total ou parcialmente a um único indivíduo ou setor social. Não se pode fracionar o ar que cada pessoa respira, ou seja, não é possível dizer que parte do ar assiste a cada indivíduo. Não se pode fracionar a segurança do Estado Brasileiro. Igualmente, não se pode dividir o meio ambiente que faz uso determinada comunidade. Em todos esses casos, tem-se bens jurídicos coletivos pelo critério da “não distributividade”, pois é impossível dividir esses bens em partes e atribuir cada parte para indivíduos determinados. Diferente de todos esses exemplos, a saúde é fracionável e individualizada.

Solução um pouco diferente é apresentada por Bern Schünemann⁵² que, tal como Hefendehl, reconhece a legitimidade tanto de bens jurídicos coletivos quanto dos bens jurídicos individuais. A legitimidade dos bens coletivos, neste caso, é avaliada por outros critérios. Schünemann formula uma regra prática segundo a qual só se deve postular um bem jurídico coletivo quando não for possível conceber o respectivo delito como um crime de perigo para a proteção de um concreto bem jurídico individual. Neste caso, não se precisa de um raciocínio muito apurado para se concluir que a saúde pode figurar no âmbito de proteção da esfera individual do sujeito. Exatamente por isso, Schünemann entende pela ilegitimidade (e, ainda, inconstitucionalidade) de incriminações sustentadas na Saúde Pública na forma de bem jurídico coletivo. Nesta perspectiva, o princípio da proteção de bens jurídicos marca sua função garantista,

⁵⁰ GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. 2004. p.106.

⁵¹ HEFENDEHL, ROLAND. Uma teoria social do bem jurídico. 2010. p.114.

⁵² SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Traducción Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007. p. 218-225.

uma vez que este princípio desempenha também, aqui, um de seus mais importantes papéis, a saber: o de *instrumento de desconstrução de falsos bens jurídicos*⁵³.

Além de Schünemann e Hefendehl, Claus Roxin e Knut Amelung⁵⁴ defendem essa “saída” interpretativa para os falsos bens jurídicos coletivos na forma de crimes de perigo. De acordo com esses autores, esses bens jurídicos (tais como a Saúde Pública) só são aparentemente coletivos, na medida em que sempre há uma possibilidade concreta de direcionar a proteção da norma a pessoas determinadas que detêm esses bens.

Importa, ainda, registrar o pensamento de Wolfgang Frisch⁵⁵ quanto aos crimes de perigo abstrato, tais como o delito de tráfico de drogas. Em primeiro lugar, o autor aborda a respeito da legitimação de uma proibição genérica, que não leva em conta o aspecto jurídico-penal. Conforme Frisch, a proibição deve ser um meio idôneo, necessário e adequado para a proteção de bens jurídicos. Neste caso, os crimes de perigo abstrato já parecem encontrar barreira de legitimidade neste critério, pois, em grande medida, são punidas condutas totalmente inofensivas ao bem jurídico (tal como o exemplo registrado anteriormente, “guardar droga”), apenas pelo fato de apresentarem elas características de um comportamento genérico tipificado como perigoso.

Desse modo, caso se dispense essa concepção de bem jurídico coletivo para esse tipo de crime, passando-se a trabalhar unicamente com bens jurídicos individuais, em especial, com a integridade física ou a saúde de quem recebe ou poderia receber a droga (ainda com relação ao crime de tráfico), passa-se a interpretar esse delito como um crime de perigo. Conforme Luís Greco⁵⁶, feito isso, ganha-se em dois momentos. Em primeiro lugar, fica mais evidente a crítica da proibição que tutela um bem jurídico individual mesmo contra a vontade de seu titular. Com isso, abre-se as portas para uma interpretação teleológica restritiva do tipo: “este tipo só deverá aplicar-se caso a vontade do titular do bem jurídico seja juridicamente irrelevante, por estar viciada de erro, por ser ele doente mental, menor, louco ou inculpável por qualquer outro motivo”. Por segundo, restaria mais evidente a ilegitimidade das sanções flagrantemente desproporcionais dos delitos de bens jurídicos coletivos, pois se o tráfico de tóxico se consubstancia numa conduta que gera um perigo abstrato de lesão à saúde ou à integridade física, esta conduta não pode sofrer pena mais grave do que a do respectivo crime de lesão, no caso do delito de lesões corporais.

Daí porque, conforme Frisch⁵⁷, deva-se substituir extensamente os crimes de perigo abstrato por delitos de potencial lesivo, que consideram proibidas apenas ações *ex ante* perigosas.

⁵³ GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato** (com um adendo: Princípio da Ofensividade e Crimes de Perigo Abstrato). 2011. p.28/29.

⁵⁴ AMELUNG, Knut. **El concepto “Bien Jurídico” em la Teoría de la Protección Penal de Bienes Jurídicos**. In: **La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** HEFENDEL, Roland (ed). Madrid/Barcelona: Marcial Pons/Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007. p. 227-264.

⁵⁵ FRISCH, Wolfgang. **Bien Jurídico, Derecho, Estructura del Delito e imputación em el contexto de la legitimación de la pena estatal**. In: **La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Traducción Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007.p.334/336.

⁵⁶ GRECO, Luís. **“Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito**. 2004. p.114.

⁵⁷ FRISCH, Wolfgang. **Bien Jurídico, Derecho, Estructura del Delito e imputación em el contexto de la legitimación de la pena estatal**. 2007.p.335/336.

Tal caminho poderia se mostrar possível já de *lege data*, por meio de redução teleológica dos respectivos tipos penais. Conforme se verifica da jurisprudência brasileira, é latente a hesitação do Supremo Tribunal Federal brasileiro a fazer o controle de constitucionalidade de leis penais⁵⁸ face a tais interpretações consideradas “ousadas”. Por isso, mostra-se recomendável a intervenção do legislador⁵⁹.

No Brasil, a discussão em torno dos crimes de perigo é melhor analisada por Juarez Tavares⁶⁰. Para ele, esses delitos correspondem aquilo que se conhece por legislação simbólica, uma vez que são destinadas a satisfazer interesses políticos e iludir seus destinatários mediante argumentos de que a conduta incriminada apresenta potencialidade lesiva a justificar sua legitimidade. Na verdade, esses crimes que prescindem da análise da conduta em face de seus efeitos concretos representam, na verdade, uma forma de credice do legislador quanto a seus efeitos. O fato é que, tais como nos tipos penais que declaram tutelar a Saúde Pública, as tentativas de legitimação desses crimes partem da análise de comportamento expreso simbolicamente por meio de interesses coletivos. E, nestes casos, quase que sempre não é possível assimilar empiricamente uma avaliação do injusto em termos de intensidade objetiva e subjetiva da agressão. Isso tem aplicação imediata na assertiva de que os crimes de lesão devem ser mais graves (ter penas maiores) do que os crimes de perigo. Numa ordem jurídica racional, não se pode admitir que crimes de perigo (menos ainda, abstrato) possuam penas iguais ou maiores do que os crimes de lesão do mesmo bem jurídico.

Conforme se verá na sequência, a carência de coerência e racionalidade na atuação do legislador é manifesta na cominação de penas dos crimes que declaradamente protegem a saúde no Brasil.

4. SAÚDE PÚBLICA E PENAS: UMA POLÍTICA PENAL SEM CRITÉRIOS

O legislador deve proceder a uma valoração diversificada das condutas lesivas ou perigosas⁶¹. Há situações específicas em que a intervenção penal não se dá apenas quando há um dano ao Bem Jurídico determinado, mas quando é ele, também, colocado em perigo. Para tanto, porém, a ação (tanto no plano objetivo quanto no plano subjetivo) deve ser dirigida a possibilidade de causar lesão a esse bem. Em qualquer dos casos, a ideia é que sejam abarcados bens jurídicos mediante a pena em uma medida adequada, ou seja, sem exceções desproporcionais e no marco dos Sistemas Constitucionais⁶². Caso contrário, ou seja, “caso a incriminação não possa ter como objeto de referência a lesão ou perigo de lesão do bem jurídico, é ela invadida por não representar essa norma um instrumento adequado do processo de

⁵⁸ São raríssimas as situações em que se verificou o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade de norma penal incriminadora. Uma delas ocorreu no ano de 2013, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 583523, quando, por unanimidade, declarou-se não recepcionado pela CRFB/88 o artigo 25 da Lei de Contravenções Penais (LCP).

⁵⁹ GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato** (com um adendo: Princípio da Ofensividade e Crimes de Perigo Abstrato). 2011. p.31/32.

⁶⁰ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Direito Penal**. Florianópolis: Tirant lo Banch, 2018. p.90/94.

⁶¹ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Direito Penal**. 2018. p.79.

⁶² SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. El actual debate alrededor de la Teoría del Bien Jurídico. 2013. p.92.

comunicação que se destina a determinar as zonas do lícito e do ilícito⁶³”.

Na fase de produção da norma penal incriminadora (ação + pena), cabe ao legislador levar em conta os princípios estabelecidos nos Direitos Fundamentais que conduzem que a pena só será utilizada, não apenas nas hipóteses de necessidade, mas nos estritos limites a reagir frente a situações conflituosas graves e intoleráveis que afetem mesmos direitos. Concebida como expressão de poder, a pena deve guardar uma relação proporcional com o dano social produzido pelo delito. Desde que inexistir essa relação ou se apresente ela de modo absolutamente inexpressiva, pode-se questionar a validade da norma que instituiu a punição, em face de haver o legislador atuado arbitrariamente na sua confecção. Assim, a categoria “dano social” (consubstanciado na lesão ou perigo de lesão ao Bem Jurídico) funciona como ponto de referência obrigatório para a fixação de parâmetros ao legislador na confecção da norma incriminadora, no sentido de estabelecer uma relação de proporcionalidade entre o que se pretende coibir, sob a ameaça da pena, e a eficácia concreta da ação criminosa⁶⁴. Apenar alguém no âmbito do processo de criminalização restringindo-lhe direitos impõe justificação.

Partindo-se da premissa que o Bem Jurídico é o referente primeiro desse processo, pode-se afirmar que a qualidade (prisão simples, detenção ou reclusão) e a quantidade (tamanho) da pena cominada ao tipo (no âmbito abstrato) deve ser diretamente proporcional a importância do Bem Jurídico que justifica aquele a existência desse tipo penal de forma que, quanto mais relevante for o Bem Jurídico, maiores serão as penas dos crimes que possuem esse bem como referente.

Isso parece de uma obviedade latente e se apresenta em alguns tipos penais previstos na legislação brasileira de forma bastante razoável: o crime de homicídio simples (que tem como referência o bem jurídico “vida”) tem pena maior (06 a 20 anos de reclusão) que a do crime de furto simples (que tem como referência o patrimônio), neste caso, com um gradiente punitivo estabelecido entre 01 a 04 anos de reclusão. Porém, não são raras as situações em que, mesmo nos crimes de lesão, a desproporcionalidade das penas faz saltar os olhos⁶⁵. Veja-se, por exemplo, o crime de furto qualificado (com penas entre 02 e 08 anos) comparado ao crime de lesão corporal grave (com penas entre 01 e 05 anos). Levando-se em consideração a importância dos bens jurídicos que justificam essas criminalizações primárias, não há qualquer justificativa racionalmente legítima que justifique que o crime contra o patrimônio (sem qualquer violência ou grave ameaça contra a pessoa) tenha pena mínima duas vezes maior do que a pena mínima prevista para o agente que, por exemplo, fura dolosamente o olho de determinada pessoa (CP, art. 129, § 1º, III).

Para trazer a baixa um crime perigo abstrato de cominação de pena flagrantemente desproporcional, toma-se como exemplo o delito de disparo de arma de fogo, previsto no art. 15 da Lei 10.826/03 (reclusão de 02 a 04 anos) se comparado ao crime de lesão corporal, previsto no art. 129, caput, do Código Penal (detenção de 03 meses a 01 anos). Como pode um crime de

⁶³ TAVARES, Juarez. **Teoria do Crime Culposo**. 2016. p.254.

⁶⁴ TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Número Especial de Lançamento. Dez. 1992. p.83/84.

⁶⁵ Exemplos podem ser encontrados no estudo incorporado a seguinte obra: CHAVES JUNIOR, Airto; OLDONI, Fabiano. **Para que(m) serve o Direito Penal?** Uma análise criminológica da seletividade dos segmentos de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 99-119)

perigo de lesão (como o disparo) ter pena muito maior do que aquela cominada ao crime de lesão? Aliás, a mesma Lei 10.826/03 prevê o crime de posse/porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16) com pena de reclusão que varia entre 03 e 06 anos, pena mínima 50% maior do que aquela do crime de lesão corporal grave (debilidade permanente de membro, sentido ou função, por exemplo).

Discrepâncias como essas parece ser lugar comum quando se trata de normas penais incriminadoras para os delitos sustentados em bens jurídicos coletivos. Para esses, em grande medida, não há critério algum para a cominação de suas penas.

A Lei de Drogas (11.343/2006) apresenta vários tipos penais sob o pretexto de proteger a saúde pública. A tomar como exemplo o seu art. 33 (que descreve as condutas do tráfico de drogas), verifica-se que a sua pena varia entre 05 e 15 anos de reclusão. Curiosamente, a resposta que o legislador determina que o Estado ofereça ao condenado por essa prática é superior ao crime de instigação, induzimento ou auxílio ao suicídio (do art. 122 do Código Penal, com penas de 06 meses a 02 anos de reclusão), ao delito de lesão corporal gravíssima (previsto no art. 129, § 2º, do Código Penal, com pena de reclusão de 02 a 08 anos), ao tipo penal que prevê o crime de lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º, do Código Penal, com pena de 04 a 12 anos de reclusão), ao crime de abandono de incapaz com resultado morte (art. 133, § 2º, do Código Penal, com penas de reclusão entre 04 e 12 anos), ao delito de maus tratos com resultado morte (art. 136, § 2º, do Código Penal, com penas de reclusão entre 04 e 12 anos), e, também, mais alta que a pena cominada ao crime de tortura qualificada pela lesão corporal grave ou gravíssima (delito previsto na Lei 9.455/97, art. 1º, § 3º, com penas de 04 a 10 anos de reclusão). Caso se trate de tráfico (transporte de droga, por exemplo) interestadual, a pena mínima fica próxima aos 06 anos (Lei 11.343/2006, art. 33 c/c art. 40, V), sanção aproximada àquela imposta ao sujeito que mata uma pessoa (CP, art. 121, *caput*).

Qual é a expressão máxima de lesão à saúde? Não seria a morte a falência completa dessa condição? Veja-se que não há qualquer critério para que se tenha tão elevada cominação, sobretudo, porque o legislador impõe tais penas, inclusive, sobre comportamentos que não geram qualquer perigo para a saúde pública. Numa análise crítica a essa tendência, Winfried Hassemer⁶⁶ registra que o injusto penal não é a causa provável de um dano, mas uma atividade que o legislador criminalizou. Assim, se a potencialidade ou o perigo abstrato de dano existe na escolha desta atividade, não pode isso ser discutido no âmbito da norma, pois isso compreende apenas um elemento de avaliação na promulgação da norma.

E isso é confirmado a partir de uma atenta análise da redação de alguns crimes, a exemplo do delito previsto no art. 33 da Lei de Drogas (que, em tese, protege a saúde pública). Da leitura, não é difícil concluir que vários dos núcleos previstos no seu tipo penal incriminador não representam qualquer ameaça à saúde de qualquer pessoa.⁶⁷ E ainda que existisse uma ameaça à

⁶⁶ HASSEMER, Winfried. Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos, en VARIOS AUTORES. **Pena y Estado**. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995.p.23/36.

⁶⁷ O tratamento ofertado pelos Tribunais Brasileiros ao crime de tráfico de drogas é, também, marcado pelo desprezo aos postulados do Princípio da Intervenção Mínima. Em grande medida, a tipicidade do comportamento é verificada tão somente em razão da letra fria e abstrata da lei, desprezando-se por completo as peculiaridades de cada caso e a impossibilidade material de qualquer ofensa ao Bem Jurídico no caso concreto. Ver: CHAVES, Junior. O esvaziamento dos critérios teórico-dogmáticos da intervenção mínima em matéria penal no Brasil: duas reflexões acerca do abandono do conteúdo material do crime pelos

saúde de pessoa determinada (ou mesmo, determinável), as perguntas são quase automáticas: por que é que a pena do crime de tráfico de drogas (guardar droga, por exemplo) é mais alta do que aquelas previstas para os crimes de tortura, lesão corporal gravíssima, lesão corporal seguida de morte e induzimento ao suicídio?

É claro que é possível que alguns repliquem: “mas, quem vende drogas causa inúmeras mortes, o que tornaria sua conduta mais desvaliosa”. Conforme registra Luís Greco⁶⁸, neste caso, que respondam pelos homicídios (que se configurarão nos casos em que o consumo da droga não represente uma autocolocação responsável em perigo, que exclui a imputação objetiva). Porém, conforme o autor, puni-lo por mortes que só remotamente pode vir a causar seria o mesmo que punir os fabricantes de carros pelos homicídios a que o tráfico rodado dá causa.

O art. 260, § 1º do Código Penal prevê penas entre 04 a 12 anos de reclusão para quem causa desastre ferroviário (crime de lesão contra a segurança do transporte e de outros serviços públicos), pena cominada menor do que aquela prevista para o sujeito que “guarda” ou “leva consigo” droga (crime de perigo à saúde), conforme se verificou.

Em março do ano de 2020, em razão da pandemia da Covid-19, os holofotes se voltaram a tipos penais de relevância lateral na academia e nos cursos de Direito, em especial, ao delito previsto no art. 268 do Código Penal. O tipo incrimina a conduta de “Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa”. A pena é de detenção de 01 mês a 01 anos, e multa (trata-se, portanto, de infração penal de menor potencial ofensivo). Acerca desse crime, Cezar Roberto Bitencourt⁶⁹ esclarece que é necessário demonstrar a idoneidade do comportamento infrator para produzir um potencial resultado ofensivo à preservação do bem jurídico Saúde Pública. Caso contrário, estar-se-ia admitindo que a mera infração de norma administrativa fosse constitutiva de delito, outorgando à administração pública a possibilidade de legislar em matéria penal, com afronta ao princípio de reserva legal.

Conforme o autor, o art. 268 somente abrangeria as infrações significativas de determinações do poder público, ou seja, aquelas que coloquem em perigo a saúde de um número indeterminado de pessoas, diante da séria possibilidade de introdução e propagação de doença contagiosa. Fazendo-se um paralelo com a Lei de Drogas (que, em tese, protege o mesmo bem jurídico coletivo), a cominação da pena deste dispositivo não faz qualquer sentido. Como pode alguém que, comprovadamente infectado, infringe determinação do poder público e coloca em perigo a saúde de um número indeterminado de pessoas estar sujeito a pena de 01 mês de detenção enquanto aquele que guarda droga (perigo abstrato) está sujeito a pena de 05 anos de reclusão? Se o bem jurídico tutelado é exatamente o mesmo, como pode um crime que coloca em perigo a saúde de forma mais flagrante ter pena muito menor do que aquela cominada a uma conduta que não gera qualquer lesão à saúde de qualquer pessoa? Ou seja, se a coerência é pretensão interna de um sistema, notadamente está longe de ser o caso do sistema de crimes e penas dos delitos que declaram tutelar a saúde pública no Brasil.

tribunais superiores. **Católica Law Review** (Lisboa/Porto) Volume III, nº. 3, nov. 2019.

⁶⁸ GRECO, Luís. **Tipos de autor e Lei de Tóxicos**, ou: interpretando democraticamente uma lei autoritária. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=191. Acesso em 24 de agosto de 2006.

⁶⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial (4). 2014. p.293.

Evidentemente, urge uma profunda reforma nessas cominações, não para aumentá-las, mas para limitar o arbítrio do legislador em fixar limites de penas em completa desatenção ao dano social que as respectivas condutas acarretam, adotando critérios divergentes para fatos iguais e critérios mais rigorosos para fatos menos graves e vice-versa⁷⁰.

A lesão é uma realidade; o perigo, uma possibilidade. Diante disso, não há justificativa satisfatória para se ter como legítimas as incriminações de delitos de perigo abstrato sob a justificativa de tutela de (falsos) bens jurídicos coletivos com penas mais elevadas se comparadas aos crimes de lesão, mormente, quando o bem jurídico afetado possui uma relação direta com o bem que se julgava proteger com a norma incriminadora do delito de perigo. Importa, neste ponto, pensar em critérios seguros para se tentar solucionar o problema de legitimidade dos crimes que declaram tutelar bens jurídicos coletivos e, alinhado a isso, o quantum de pena que grande parte deles carregam.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa que se finaliza teve por objetivo a formulação de duas reflexões críticas da proteção penal de um desses bens jurídicos coletivos da legislação penal brasileira: a Saúde Pública.

Para responder as perguntas formuladas na parte introdutória do estudo, percorreu-se um caminho consubstanciado no relatório de pesquisa que fora dividido em três partes. Na primeira, apresentou-se a tendência expansionista do Direito Penal marcada pelo aumento de bens jurídicos coletivos considerados merecedores de tutela, bem como a convergência para se declarar puníveis condutas sem que exista lesão real ou mesmo, perigo de lesão ao bem jurídico. Esse modelo carrega consigo dificuldades em torno de questões diversas, especialmente no que toca a legitimidade desses bens jurídicos coletivos, a determinação de sua lesão posta em perigo, a relação de causalidade entre a ação e os seus possíveis efeitos, bem como os limites da resposta do Estado na forma de pena para essas transgressões.

Na segunda parte, avaliou-se a legitimidade da Saúde Pública como bem jurídico coletivo no âmbito do Direito Penal. A partir dos critérios de “não distributividade” (fundado binômio “sem exclusão de uso” e “sem rivalidade no consumo”) ofertados pelo Prof. alemão Roland Hefendehl, foi possível concluir com razoável segurança que a Saúde Pública não é mais que a soma da saúde individual de todos os membros da sociedade, pelo que, não se trata de um bem jurídico coletivo, mas da soma de bens jurídicos individuais. Conforme se anotou, é característica de todo bem jurídico coletivo que seja ele desfrutado por cada membro da sociedade, não sendo possível relacioná-lo total ou parcialmente a um único indivíduo ou setor dessa sociedade. Dito de outro modo, há um bem jurídico coletivo pelo critério da “não distributividade” quando não for possível dividir esse bem em partes e atribuir cada parte para indivíduos determinados. A Saúde Pública não comporta essa característica.

Na terceira parte da pesquisa, investigou-se as penas cominadas para alguns dos principais tipos penais que declaram tutelar a Saúde Pública no Brasil. Esta análise foi feita a partir da

⁷⁰ TAVARES, Juarez. *Crítérios de seleção de crimes e cominação de penas*. 1992. p.84.

importância da Saúde Pública frente a bens jurídicos que ofendem a saúde individual (delitos de lesão) e frente a tipos penais que declaram tutelar este mesmo bem jurídico, sempre a partir dos critérios de lesividade ou ofensividade. Ao final, revelou-se que a ausência flagrante de referente dogmático que poderia limitar o arbítrio do legislador na cominação da pena para os crimes de bens jurídicos coletivos, em especial, à Saúde Pública. Neste ponto, constatou-se critérios divergentes para fatos semelhantes e penas mais rigorosas para fatos de menor (ou nenhuma) danosidade social.

Por meio de um estudo comparativo entre os delitos cuja existência é alicerçada na proteção da Saúde Pública e outros de igual ou maior gravidade, revelaram-se que os crimes contra este (falso) bem jurídico coletivo tem penas mais elevadas se comparadas aos crimes de lesão, ainda que o bem jurídico afetado possua uma relação direta com o bem que se julgava proteger com a norma incriminadora do delito de perigo.

Essas constatações reclamam uma profunda reforma nessas cominações de penas, sobretudo, para limitar o arbítrio do legislador na produção da norma em latente desatenção ao dano social que as respectivas condutas provocam ou mesmo, poderiam provocar.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AMELUNG, Knut. El concepto “Bien Jurídico” em la Teoría de la Protección Penal de Bienes Jurídicos. In: **La teoria del bien jurídico** ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? HEFENDEL, Roland (ed). Madrid/Barcelona: Marcial Pons/Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión em la perspectiva de la criminología crítica. In: **Criminología y Sistema Penal**: compilación in memoriam. Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de F Ltda., 2014.

_____. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 2, n. 5 – jan. 1994.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da Teoria do Bem Jurídico no Direito Penal Atual. **Revista Liberdades** (IBCCRIM) - nº 1 - maio-agosto de 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial (4). 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014 (Versão digital).

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2013.

CHAVES JUNIOR, Airto. **Além das Grades**: a paralaxe da violência nas prisões brasileiras. Florianópolis: Tirant lo Blach, 2018.

_____. O esvaziamento dos critérios teórico-dogmáticos da intervenção mínima em matéria

penal no Brasil: duas reflexões acerca do abandono do conteúdo material do crime pelos tribunais superiores. **Católica Law Review** (Lisboa/Porto) Volume III, nº. 3, nov. 2019.

CHAVES JUNIOR, Airto; OLDONI, Fabiano. **Para que(m) serve o Direito Penal?** Uma análise criminológica da seletividade dos segmentos de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

COSTA, José de Faria. **Direito Penal e Globalização:** reflexões não locais e pouco globais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

FRISCH, Wolfgang. Bien Jurídico, Derecho, Estructura del Delito e imputación em el contexto de la legitimación de la pena estatal. *In: La teoría del Bien Jurídico* ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Traducción Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007.

GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais* (RBCCRIM). Julho-Agosto de 2004. Ano 12.

_____. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais* (RBCCRIM). Julho-Agosto de 2004. Ano 12.

_____. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato** (com um adendo: Princípio da Ofensividade e Crimes de Perigo Abstrato). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. Tem futuro a Teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ana Elisa Liberatore S. Bechara (Coord.). Ano 18, nº 82, jan-fev./2010.

_____. **Tipos de autor e Lei de Tóxicos, ou:** interpretando democraticamente uma lei autoritária. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=191. Acesso em 24 de agosto de 2006.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Claus Roxin, 80 anos. **Revista Liberdades**. Nº 07 - maio-agosto de 2011.

HASSEMER, Winfried. **Bienes Jurídicos en el derecho penal**. *In: Estudios sobre Justicia Penal: homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005.

_____. Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos, en VARIOS AUTORES. **Pena y Estado**. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995.

HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *In: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (Universidad de Granada/ES), 2002, RECPC nº 4.

_____. Uma teoria social do bem jurídico. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. IBCCRIN (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais) Ano 18, nº 87, nov.-dez./2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HIRSCH, Andrew Von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito: sobre los criterios de una imputación justa. In: **La teoría del Bien Jurídico** ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Traducción Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Sociais (Capítulo 5). In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROXIN, Claus **Política Criminal y Sistema del Derecho Penal**. Traducción de Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

_____. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Derecho Penal**. Parte General (Tomo I): fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción y notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. El actual debate alrededor de la Teoría del Bien Jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM). Ano 21. Vol. 100. Jan-fev/2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana**. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía de Derecho. Universidad Externado de Colombia, 1998.

_____. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: **La teoría del Bien Jurídico** ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Traducción Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La Expansión del Derecho Penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. Ed. Madrid: Civitas Ediciones. 2001.

SIMON, Jonathan. **Gobernar a través del delito**. Traducción de Victoria de los Ángeles Boschioli. Barcelona: Editorial Gedisa, 2011.

STRATENWERTH, Günter. La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. In: **La teoría del Bien Jurídico** ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Traducción Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007.

TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Número Especial de Lançamento. Dez. 1992.

_____. **Fundamentos de Direito Penal**. Florianópolis: Tirant lo Banch, 2018.

_____. **Teoria do Crime Culposos**. 4. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

_____. **Teoria do Crime Culposos**. 4. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1 (Parte Geral). 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 488).

O GRANDE CONFLITO: A MUDANÇA DE PARADIGMA NA MODERNA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Natammy Luana de Aguiar Bonissoni¹

Pedro Henrique Piazza Noldin²

INTRODUÇÃO

A atividade médica é tão antiga quanto a dor, e seu humanismo tão velho quanto a piedade humana, tendo sempre perseguido sua finalidade precípua, através da investigação das mais diversas entidades nosológicas e do estabelecimento de condutas, no sentido de manter ou restituir a saúde dos indivíduos³.

Desde os primórdios, os médicos sempre buscaram o bem do doente, isso é, aquilo que do ponto de vista da Medicina, considera-se benéfico. Apesar de no Egito Antigo ter ocorrido cirurgias complexas, foi na Grécia que a Medicina se desenvolveu e onde surgiram as primeiras técnicas na arte de identificar os sintomas das doenças.

Durante muito tempo, a autonomia do médico - e sua preeminência - foi considerada a relação ética ideal, a despeito de negar ao paciente sua capacidade de decisão como pessoa adulta e capaz⁴. Preponderava o dogma da não participação volitiva do doente na tomada de decisão sobre a intervenção do médico em seu corpo, sem margem, portanto, para a tomada de decisão conjunta.

Porém, com a evolução da relação médico-paciente e da ética médica, o cenário passou a incorporar a percepção do doente na relação médico-paciente e esta passou a ser desejável, necessária e indispensável.

Neste sentido, o presente artigo tem por finalidade verificar a mudança de paradigma existente na relação médico-paciente, justificada pelo surpreendente aumento no número de demandas administrativas e judiciais envolvendo a responsabilidade civil do médico e que ratifica a importância de aprofundar o entendimento acerca do assunto.

¹ Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI em dupla titulação com o Dottorato di Ricerca in Scienze Giuridiche da Università Degli Studi di Perugia (Itália). Professora do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação Stricto-Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI. Staff mobility for teaching do Programa Erasmus+ KA107, na Universidade de Alicante (Espanha). Brasília, DF, Brasil. Endereço eletrônico: natammyb@univali.br

² Advogado e Consultor Jurídico (OAB/SC 45.273). Sócio do Escritório Silva, Piazza & Schiewe, Advogados. Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, em regime de dupla titulação com a Università degli Studi di Perugia (Itália). Itajaí, SC, Brasil. Endereço eletrônico: pedro_hpn@edu.univali.br.

³ DE FRANÇA GV. Direito Médico. 15ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

⁴ FACCHINI NETO E; Gemelli Eick, L. Responsabilidade civil do médico pela falha no dever de informação, à luz do princípio da boa-fé objetiva - Revista da Ajuris de Porto Alegre 2018, 45(145).

1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RELAÇÃO JURÍDICA MÉDICO-PACIENTE

A relação jurídica médico-paciente guarda estreita relação com a evolução da ética médica, fundamentada em valores culturais e fortemente influenciada pelo pensamento religioso⁵.

Ao analisar a origem histórica da Medicina ocidental, ensinam Pierre Góis do Nascimento Júnior e Teresinha Maria de Macêdo Guimarães⁶ que:

[...] a medicina ocidental era uma ciência essencialmente humanística, cujas raízes se assentavam no solo da filosofia, da natureza, e o seu sistema teórico partia de uma visão holística que entendia o homem como um ser dotado de corpo e espírito. Nesse sentido, para os médicos dessa época, as doenças não eram consideradas isoladamente como um problema especial, mas sim como uma consequência da interação entre o homem, vítima da enfermidade, e da natureza que o rodeava, as leis universais que o regiam e sua qualidade individual. [...], na época, o médico deveria ser mais do que um grande pesquisador ou estudioso, necessitava ser fundamentalmente um humanista, um homem sábio que na elaboração do seu diagnóstico levava em consideração não somente dados biológicos, mas também dados ambientais, socioculturais, familiares, psicológicos e até mesmo espirituais, uma vez que para a civilização daquele momento os deuses eram sujeitos ativos na história e na vida das pessoas.

A referida história, que em muito coincide com a evolução da ética médica no ocidente, pode ser dividida em quatro grandes fases: religiosidade, tempo dos filósofos, era monástica e predomínio laico⁷.

O período de religiosidade se firmou nos povos pré-históricos e entre aqueles que viveram nos primeiros séculos da antiguidade, época em que a prática da Medicina e a religião estavam tão entrelaçadas que os valores religiosos tinham predominância sobre os valores morais propriamente médicos, tanto é que a prática médica era, na maioria das vezes, conduzida por sacerdotes⁸.

Nesta época a ética e religião não só andavam juntas, mas eram igualmente dependentes do caráter e da vontade de Deus⁹. Já no Antigo Testamento, fazia-se menção a uma denominada “ética cristã”, não consistindo apenas no código escrito, mas na relação pessoal entre homem e Deus e homem e homem¹⁰. Flemming¹¹, levando em consideração os registros do Novo Testamento, lembrou que:

⁵ MONTE, FQ. **Ética médica: evolução histórica e conceitos** - Revista Eletrônica de Bioética de Brasília 2009, (17)3. Acessível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/507.

⁶ DO NASCIMENTO JÚNIOR PG; Guimarães, TMM. **A relação médico-paciente e seus aspectos psicodinâmicos** - Revista Eletrônica de Bioética de Brasília 2003, 2(1). Acessível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/152. p.102.

⁷ MONTE, FQ. **Ética médica: evolução histórica e conceitos** - Revista Eletrônica de Bioética de Brasília 2009,

⁸ MONTE, FQ. **Ética médica: evolução histórica e conceitos** - Revista Eletrônica de Bioética de Brasília 2009,

⁹ FLEMMING HJ. **A medicina pós-hipocrática: o problema e a solução**. Brasília, DF: Editora Monergismo, 2017.

¹⁰ FLEMMING HJ. **A medicina pós-hipocrática: o problema e a solução**. 2017.

¹¹ FLEMMING HJ. **A medicina pós-hipocrática: o problema e a solução**. 2017. p.28/29.

O ministério da cura de Jesus baseava-se na convicção de que o Pai celestial o havia capacitado para curar a alma e o corpo. Os registros do Evangelho o retratam como o médico onipotente com poder para curar todas as enfermidades espirituais, físicas e mesmo mentais do homem. Seu poder de cura e seu poder salvador eram o mesmo. Não se pode separar o Jesus Salvador do Jesus curador.

Em seguida, no tempo dos filósofos, os gregos parecem ter sido o primeiro povo a tratar as questões éticas de forma a não estar fundamentalmente enraizada no pensamento religioso, considerando-as tema filosófico¹²”.

No século V a.C. surge o juramento hipocrático, tido como o mais antigo código de ética médica conhecido. Desenvolvido por Hipócrates, médico grego considerado por muitos o “pai da Medicina”, “o juramento é uma das preciosas heranças hipocráticas definidoras do padrão humanístico a ser seguido”¹³ e sua causa essencial “é a orientação ética ampla na forma de compromisso voluntário quanto à atitude e valores do médico na prática da arte médica”¹⁴.

Foram estas disposições que fundamentaram o modelo do médico hipocrático, isto é, um médico que dispunha de dois alicerces básicos para o exercício da Medicina: o exame clínico e, em especial, a relação médico-paciente. Ou seja, postulados que “colocavam o médico muito mais perto da cortesia e da caridade que de um profissional que enfrenta no seu dia a dia uma avalanche medonha de situações muito complexas e desafiadoras”¹⁵”.

Consciente do caráter social da Medicina, Platão via os aspectos éticos inerentes à profissão, que transmitiu em trechos de “A República”¹⁶ como Monte¹⁷:

[...]. — Ora, nenhum médico, na medida em que é médico, procura ou prescreve o que é vantajoso ao médico, mas sim ao doente? Pois concordamos que médico, no sentido rigoroso, é o que governa os corpos, e não o que faz dinheiro com eles. Ou não concordamos?

— Concordamos. [...]

Aristóteles, em “A Política” compartimentalizou a Medicina em duas categorias distintas, a saber: a prática da Medicina (arte) e a teoria da Medicina (ciência)¹⁸.

Quase um século depois, iniciou-se a era monástica. Mais especificamente na Espanha, ocupada pelos visigodos, obedecia-se às leis dos germanos e seus costumes, inclusive as que regulavam o comportamento dos médicos com os pacientes sob o aspecto do sexo¹⁹.

No século VI, no reino da Itália dos ostrogodos, chegaram até os dias atuais os registros de Cassiodoro, cuja preocupação maior dirigia-se para os aspectos mais formais da conduta dos

¹² MONTE, FQ. **Ética médica: evolução histórica e conceitos** - Revista Eletrônica de Bioética de Brasília 2009, p.409.

¹³ ANGOTTI, Neto H. **A tradição da medicina**. Brasília: Academia Monergista, 2016. p.27.

¹⁴ ANGOTTI, Neto H. **A tradição da medicina**. 2016. p.44.

¹⁵ DE FRANÇA GV. **Direito Médico**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. p.34.

¹⁶ PLATÃO. **A República**. São Paulo: Martin Claret, 2007. p.29.

¹⁷ MONTE, FQ. **Ética médica: evolução histórica e conceitos** - Revista Eletrônica de Bioética de Brasília 2009,

¹⁸ FLEMMING HJ. **A medicina pós-hipocrática: o problema e a solução**. Brasília, DF: Editora Monergismo, 2017. p.44.

¹⁹ MONTE, FQ. **Ética médica: evolução histórica e conceitos** - Revista Eletrônica de Bioética de Brasília 2009.

médicos, representadas por regras de etiqueta²⁰

Mas foi entre os séculos VIII ao X que a medicina monástica predominou no Norte da Europa, refletindo a ideologia de Hipócrates. Iniciada no século X, a Escola Médica de Salerno invoca a ajuda de Deus e repete as advertências de Hipócrates contra a imoralidade, porém, preocupando-se fundamentalmente com o lado materialista da prática médica, de modo que a inteligência profissional obscurece tanto o idealismo hipocrático quanto os valores cristãos²¹.

Foi a partir do século XV que surgiu uma ideia mais precisa de deontologia (direitos e deveres) médica, a qual, embora orientada no sentido coletivo e social, ainda se vinculava a sua fonte hipocrática²².

Thomas Hobbes, Immanuel Kant e Thomas Percival foram os responsáveis por influenciar quase dois séculos de construção da ética médica, que, ao adentrar na contemporaneidade, encontrou em Jeremy Bentham e John Stuart Mill, por em razão da ascensão do utilitarismo, a filosofia que influenciaria as discussões sobre transplante de órgãos e pesquisas clínicas em doentes realizadas nos anos subsequentes²³.

Porém, foi a partir da segunda metade do século XIX, que importantes descobertas causaram uma verdadeira revolução na prática médica no Brasil e em diversos países.

Novos conhecimentos nos campos da patologia, das análises laboratoriais e de medicamentos mais eficazes possibilitou à ciência médica um controle maior das doenças e uma maior probabilidade de cura. Outros avanços aconteceram em diversas áreas e esse progresso, associado ao crescente desenvolvimento tecnológico, acarretou mudanças no modo de atuação dos médicos e na sua formação acadêmica²⁴

Em consequência, a conquista de espaço levou a medicina a ser vista como uma ciência exata e biológica, perdendo pouco a pouco o seu caráter humanístico. O médico que até então dispunha tão-somente da sua proximidade com o seu paciente, aliado a seu exame físico para conduzir o diagnóstico e a terapêutica correta, passou a se valer de uma série de recursos tecnológicos e condutas²⁵

Com isso, a necessidade antes primordial de desenvolver uma estreita relação com o paciente para tecer um diagnóstico correto e uma terapêutica adequada foi sendo substituída pela solicitação e execução de exames mais acurados e utilização de medicamentos mais eficazes²⁶.

Estava então criado o conceito de médico cientificista, como sendo aquele profissional que não mais utilizava os princípios hipocráticos para a condução do caso, mas sim baseava-se apenas nas evidências clínicas e tecnológicas que propiciassem um fechamento do diagnóstico mais

²⁰ MONTE, FQ. **Ética médica: evolução histórica e conceitos** - Revista Eletrônica de Bioética de Brasília 2009,

²¹ MONTE, FQ. **Ética médica: evolução histórica e conceitos** - Revista Eletrônica de Bioética de Brasília 2009,

²² DE FRANÇA GV. **Direito Médico**. 2019.

²³ MONTE, FQ. **Ética médica: evolução histórica e conceitos** - Revista Eletrônica de Bioética de Brasília 2009,

²⁴ DO NASCIMENTO JÚNIOR PG; Guimarães, TMM. **A relação médico-paciente e seus aspectos psicodinâmicos** - 2003.

²⁵ DO NASCIMENTO JÚNIOR PG; Guimarães, TMM. **A relação médico-paciente e seus aspectos psicodinâmicos** - 2003.

²⁶ DO NASCIMENTO JÚNIOR PG; Guimarães, TMM. **A relação médico-paciente e seus aspectos psicodinâmicos** - 2003.

exato²⁷.

No Brasil, sobre a adoção de um código de ética, foi somente em 1867 que o país se valeu do Código de Ética da Associação Médica Americana²⁸. Em 1929, surge o Código de Moral Médica e, em 1931 e em 1945 foram aprovadas versões do Código de Deontologia Médica, sendo o de 1945 revogado pela Lei 3.268/57, que determinou a edição do Código de Ética da Associação Médica Brasileira, substituído pelo Código de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina, em 1964²⁹.

Nos anos 70, já por meio da influência dos preceitos elementares da Bioética, a ética médica tradicional passa a ser influenciada pela chamada *teoria de princípios*, “onde se preconizava a autonomia, a beneficência, a não maleficência e a equidade, sempre se baseando no raciocínio de que, se um ato tem consequência boa e está ajustado a uma regra, ele é por consequência um ato eticamente recomendável³⁰”.

Assim, de 1970 a 1980, houve uma grande modificação no sentido de entender a ética do médico dentro do conjunto das necessidades da profissão e das exigências contemporâneas³¹.

Nos anos 80, percebeu-se que a relação médico-paciente-sociedade deveria se fazer através de princípios, e onde cada caso deveria ser tratado de forma própria. Nesta época, o discurso médico tradicional sofreu uma mudança bem significativa, transformando-se, pouco a pouco, premido pelas exigências do conjunto da sociedade, com viés econômico e social³².

Surgiu então a figura do médico cientificista, supervalorizando a parte científico-tecnológica no diagnóstico, em detrimento de todos os valores humanísticos antes tão relevantes, o que deu por comprometer a relação jurídica médico-paciente. Tal comprometimento também foi influenciado pelo interesse materialista dos médicos e pelas pressões exercidas pelo sistemas públicos de saúde e pelos planos de saúde privados, estes na busca pela maximização dos lucros.

Em verdade, toda essa exatidão levou à perda do caráter humanístico, conforme discorreu o médico e professor Grisard³³:

A crise por que passa a prática diuturna da medicina tem suas variáveis e é reflexo dos conturbados momentos em que vivemos na sociedade como um todo. Esta mesma crise tem um componente econômico, um componente de credibilidade e também de desempenho, que afetam o exercício ético da medicina. [...] o afastamento dos médicos dos propósitos humanitários de medicina, permitindo que a tecnologia interfira no relacionamento médico-paciente, tornando-o cada vez mais despersonalizado, constituem deméritos para os médicos. Os ganhos em tecnologia contabilizam perdas em contato humano! Ao afastar-se da arte de ouvir e examinar os pacientes deixou o médico de ser médico, transformando-se em técnico em medicina [...].

²⁷ DO NASCIMENTO JÚNIOR PG; Guimarães, TMM. **A relação médico-paciente e seus aspectos psicodinâmicos** - 2003.

²⁸ MONTE, FQ. **Ética médica: evolução histórica e conceitos** - Revista Eletrônica de Bioética de Brasília. 2009.

²⁹ MONTE, FQ. **Ética médica: evolução histórica e conceitos** - Revista Eletrônica de Bioética de Brasília 2009.

³⁰ DE FRANÇA GV. **Direito Médico**. 2019. p.36.

³¹ DE FRANÇA GV. **Direito Médico**. 2019.

³² DE FRANÇA GV. **Direito Médico**. 2019.

³³ GRISARD N; Ramos Filho I. **Manual de orientação ética e disciplinar**. Florianópolis: CREMESC, 2006. p.17.

Neste particular de descrédito, iniciou-se nos últimos anos um processo de reumanização da Medicina, postulando-se que os dois modelos de médicos (cientificista e hipocrático) estavam fadados ao insucesso e não eram suficientes por si só, mas sim complementares³⁴.

O médico tecnológico deveria complementar os dados fornecidos pela anamnese e pelo exame físico do paciente. Concordante a toda essa realidade, características do médico hipocrático deveriam passar a ser consideradas como sendo princípios fundamentais e peculiares à prática médica³⁵.

Desta feita, é diante dessa realidade de complementariedade que a Medicina atual tenta avançar na satisfação tanto do paciente como dos profissionais da área da saúde, máxime pela recente mudança de paradigma na relação médico-paciente³⁶.

Neste panorama, o novo Código de Ética Médica (Conselho Federal de Medicina, 2018), aprovado em 27 de setembro de 2018 pelo Conselho Federal de Medicina, busca, em grande parte, atender estes objetivos contemporâneos que se fazem presentes.

2. A RELAÇÃO JURÍDICA MÉDICO-PACIENTE NO BRASIL

Médico e paciente obrigam-se, bilateralmente, a deveres recíprocos, sendo que entre ambos existe uma relação jurídica propriamente dita, de cunho contratual (*ex contractu*)³⁷. O médico, na qualidade de sujeito ativo, é o detentor dos conhecimentos científicos e de habilidades técnicas; enquanto que o paciente, na qualidade de sujeito passivo, é o detentor das informações a serem repassadas e do seu próprio sigilo.

Nelson Grisard³⁸, no mesmo sentido, considera que as relações do médico com o paciente são de cunho contratual, visto que se estabelece entre ambos um pacto de obrigações recíprocas que culminam na efetiva prestação do serviço médico.

No campo do direito privado, com foco na saúde suplementar, médico e paciente, ao contratarem entre si, travam uma verdadeira relação jurídica de consumo, que é analisada sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), enquanto lei especial, e também sob o ponto de vista do Código Civil (Lei nº 10.406/2002), enquanto instrumento fixador de normas gerais para regulamentar a ordem jurídica privada no âmbito infraconstitucional³⁹.

O médico, então, na qualidade de fornecedor, desenvolve a atividade de prestação de serviços de saúde, e o paciente, na qualidade de consumidor, utiliza esses serviços prestados enquanto destinatário final, conforme disciplinam os arts. 2º e 3º, ambos do Código

³⁴ DO NASCIMENTO JÚNIOR PG; Guimarães, TMM. **A relação médico-paciente e seus aspectos psicodinâmicos** - 2003.

³⁵ DO NASCIMENTO JÚNIOR PG; Guimarães, TMM. **A relação médico-paciente e seus aspectos psicodinâmicos** - 2003.

³⁶ DO NASCIMENTO JÚNIOR PG; Guimarães, TMM. **A relação médico-paciente e seus aspectos psicodinâmicos** - 2003.

³⁷ KFOURI NETO M. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

³⁸ GRISARD N; Ramos Filho I. **Manual de orientação ética e disciplinar**. 2006.

³⁹ O Código de Defesa do Consumidor é uma lei principiológica, estruturada em princípios e cláusulas gerais do Direito Civil, que estabelece uma estrutura jurídica ou um minissistema a ser aplicado em todas as relações de consumo. Já o Código Civil, é uma norma de disciplina social, com regras tipificadoras de condutas e regulamentadoras de várias espécies de contratos.

Consumerista⁴⁰.

O objeto contratado vem a ser o serviço de saúde; até porque, o que leva o paciente a procurar a figura do médico e seus serviços é a própria dúvida da doença⁴¹. E o serviço de saúde nada mais é do que um ato realizado pelo médico em favor do paciente, mediante remuneração, podendo consistir em uma avaliação física, uma análise clínica, um procedimento clínico ou cirúrgico, etc.

De acordo com o art. 2º da Lei nº 12.842/2013, também conhecida como Lei do Ato Médico, “o objeto da atuação do médico é a saúde do ser humano e das coletividades humanas, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo, com o melhor de sua capacidade profissional e sem discriminação de qualquer natureza”.

A saúde do ser humano e das coletividades humanas é justamente o elemento teleológico existente na relação jurídica médico-paciente, donde Hélio Angotti Neto⁴² pontua sobre sua essencialidade e imutabilidade:

A medicina não é uma página em branco na qual a sociedade escreve o que quiser. É uma realidade derivada de condições existenciais objetivas e concretas. Alguém, acometido por uma doença ou um tormento de qualquer espécie, busca auxílio; alguém se presta a auxiliar o próximo em condição de fragilidade. A relação entre os dois é a tradicionalíssima relação médico-paciente, e esse elemento teleológico é essencial e imutável.

Por sua vez, o objeto da relação médico-paciente, vem devidamente fixado em um contrato prévio de prestação de serviço, tácito ou expresso, nos termos das disposições do Capítulo VII (Da Prestação de Serviço) do Código Civil, com especial atenção aos seus arts. 593 e 594:

Art. 593. A prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, reger-se-á pelas disposições deste Capítulo.

Art. 594. Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição.

Sendo assim, na linguagem do Código Civil e do Consumidor, “o paciente é o consumidor para quem se presta um serviço; o médico, o fornecedor que desenvolve atividades de prestações de serviços; e o ato médico, uma atividade mediante remuneração a pessoas físicas ou jurídicas sem vínculo empregatício⁴³”

E não se pode perder de vista, como mais adiante se verá, que essa relação jurídica é, em verdade, uma relação de confiança, acreditada na disposição alheia em contar a verdade e cumprir promessas⁴⁴.

O que quer dizer que nem mesmo nas situações mais comuns do cotidiano médico se pode abrir mão da confiabilidade, pois o paciente precisa acreditar que esse mesmo médico é confiável

⁴⁰ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11/09/1990. Acessível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm.

⁴¹ GRISARD N; Ramos Filho I. **Manual de orientação ética e disciplinar**. Florianópolis: CREMESC, 2006.

⁴² ANGOTTI, Neto H. **A tradição da medicina**. Brasília: Academia Monergista, 2016. p.20.

⁴³ DE FRANÇA GV. **Direito Médico**. 2019.p.97.

⁴⁴ ANGOTTI, Neto H. **A tradição da medicina**. Brasília: Academia Monergista, 2016.

e benevolente, ou jamais confiará no plano terapêutico prescrito; interesses secundários, discretos ou ocultos não cabem em uma saudável relação médico-paciente saudável, pois sem confiabilidade, a Medicina gerará apenas desconfiança e hostilidade⁴⁵.

2.1 A MATERIALIZAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA MÉDICO-PACIENTE

A relação jurídica médico-paciente, como visto, materializa-se pela realização do ato médico, o que se dá através de atividades privativas do profissional, assim previstas nos arts. 4º e 5º, ambos da Lei nº 12.824/2013:

Art. 4º São atividades privativas do médico:

I - (VETADO);

II - indicação e execução da intervenção cirúrgica e prescrição dos cuidados médicos pré e pós-operatórios;

III - indicação da execução e execução de procedimentos invasivos, sejam diagnósticos, terapêuticos ou estéticos, incluindo os acessos vasculares profundos, as biópsias e as endoscopias;

IV - intubação traqueal;

V - coordenação da estratégia ventilatória inicial para a ventilação mecânica invasiva, bem como das mudanças necessárias diante das intercorrências clínicas, e do programa de interrupção da ventilação mecânica invasiva, incluindo a desintubação traqueal;

VI - execução de sedação profunda, bloqueios anestésicos e anestesia geral;

VII - emissão de laudo dos exames endoscópicos e de imagem, dos procedimentos diagnósticos invasivos e dos exames anatomopatológicos;

VIII - (VETADO);

IX - (VETADO);

X - determinação do prognóstico relativo ao diagnóstico nosológico;

XI - indicação de internação e alta médica nos serviços de atenção à saúde;

XII - realização de perícia médica e exames médico-legais, excetuados os exames laboratoriais de análises clínicas, toxicológicas, genéticas e de biologia molecular;

XIII - atestação médica de condições de saúde, doenças e possíveis sequelas;

XIV - atestação do óbito, exceto em casos de morte natural em localidade em que não haja médico.

[...].

Art. 5º São privativos de médico:

⁴⁵ GRISARD N; Ramos Filho I. **Manual de orientação ética e disciplinar**. Florianópolis: CREMESC, 2006.

I - (VETADO);

II - perícia e auditoria médicas; coordenação e supervisão vinculadas, de forma imediata e direta, às atividades privativas de médico;

III - ensino de disciplinas especificamente médicas;

IV - coordenação dos cursos de graduação em Medicina, dos programas de residência médica e dos cursos de pós-graduação específicos para médicos.

[...].

Em resumo, o ato médico é o ato profissional realizado por quem está habilitado a exercer a Medicina e o ponto central de interação da relação médico-paciente é justamente a união da anamnese, exame físico e a vontade do paciente, bem como o conhecimento ético de diceologia e deontologia⁴⁶.

Em síntese, sem o ato médico não haverá oportunidade de o paciente revelar ao médico suas queixas e tampouco este o examinará e o segredo médico não fluirá. Sem os três pilares da atenção médica – ato médico, relacionamento médico-paciente e segredo profissional – torna-se impossível o exercício da Medicina⁴⁷.

No ato médico se inclui o encontro entre o médico e o paciente, sendo pautado na capacidade de diálogo de ambos, em especial na do médico, para se concretizar uma atitude benéfica para o paciente⁴⁸.

Ocorre que, apesar da evolução da Medicina e do Direito enquanto ciências interrelacionadas, certo é que essa conexão ainda, e apesar dos esforços, não conseguiu eliminar as hipóteses de mau relacionamento entre médico-paciente, constituindo-se em um dos pontos fracos da prática profissional médica.

Grisard e Ramos Filho⁴⁹ explicam que para o bom relacionamento, impõem-se compromissos de parte a parte, e que o mau relacionamento é um mal, não somente para os médicos, mas também para os seus pacientes:

O médico se propõe a fazer o melhor pelo paciente e este se compromete informar corretamente seu médico sobre seus problemas e a seguir as prescrições e recomendações profissionais que lhe forem feitas. Este compromisso solene, pois baseado na confiança mútua, caracteriza um contrato implícito entre médico e paciente, de alto sentido moral e do seu cumprimento resultará o bom ou mau relacionamento médico-paciente. [...]. No relacionamento médico-paciente os caminhos do direito e do dever se aplicam a médico e paciente. A diceologia e a deontologia pregam os direitos e os deveres do médico para com os pacientes que, em última análise, são também os direitos destes; do mesmo modo, os pacientes têm deveres para com seu médico que também correspondem aos direitos do médico na tarefa de bem assistir.

⁴⁶ GRISARD N; Ramos Filho I. **Manual de orientação ética e disciplinar**. 2006.

⁴⁷ GRISARD N; Ramos Filho I. **Manual de orientação ética e disciplinar**. 2006.

⁴⁸ ANGOTTI, Neto H. **A tradição da medicina**. 2016

⁴⁹ GRISARD N; Ramos Filho I. **Manual de orientação ética e disciplinar**. 2006. p.68/69.

Esses episódios ocorrem por diversos fatores que levam os médicos a desagradar social e afetivamente seus pacientes e familiares: “eles oscilam entre a falta de boa formação social, a insuficiente formação ética e condições de trabalho adversas com reflexos sobre a vida socioeconômica do profissional⁵⁰”. Médicos e pacientes então se reservam direitos e detêm camadas de deveres entre si, sendo o bom relacionamento uma questão de respeito aos preceitos éticos da profissão e o mau uma questão de desvirtuamento destes mesmos preceitos.

Razão pela qual, na realização de um ato profissional com tantas vertentes, além da formação técnica, o médico precisa ter conhecimentos éticos de diceologia (direitos) e deontologia (deveres) para a perfeita prática de atos médicos legítimos, de tal forma que o seu comportamento ético e o seu modo de ser e agir no exercício da profissão, não o faça desaguar numa lide judicial ou em um processo ético-disciplinar⁵¹.

Todavia, como destacado no capítulo anterior, essa interação entre o profissional e o enfermo desenvolveu-se ao longo da história até se tornar como hoje é conhecida. E, conforme será apreciado adiante, tal relação tem vivenciado, nos últimos anos, uma verdadeira mudança de paradigma, que se fez sentir não apenas em território brasileiro, mas nos mais diversos países.

3. O GRANDE CONFLITO: A MUDANÇA DE PARADIGMA NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

É visível: a Medicina vem enfrentando situações novas que as fórmulas tradicionais nem sempre lhe proporcionam a segurança de uma tomada de posição correta e legal. No cotidiano, os aspectos da moral médica e a responsabilidade do profissional ante o indivíduo e a sociedade se estruturam de acordo com uma necessidade que está em constante evolução⁵².

De um lado, o Direito passou a ter papel mais ativo sobre a atividade médica, a rigor pelo *status* de garantia constitucional atribuído à saúde, enquanto Direito de todos e dever do Estado. De outro, o perfil do paciente se modificou, passando a ter um papel mais ativo na relação com o médico.

Em um cenário onde há no sistema legal mais vedações ao médico do que direitos, algumas perguntas se fazem presentes. Por que isso ocorreu? Por que chegou a tal ponto? Foi necessária tamanha austeridade?

Grisard, conferindo resposta a esses questionamentos, procura demonstrar as razões que culminaram na situação atual. Explica que perderam os governos, legisladores, educadores e médicos o controle da quantidade e da qualidade do “produto final” médico. Igualmente, discorre que exageraram os maus médicos das prerrogativas que a colação de grau lhes outorgou e usando mal seus direitos, forçaram o surgimento de verdadeiro controle interno (pelos próprios profissionais) e externo (pela sociedade em geral) das condutas que fizeram⁵³.

E prossegue, ao argumento de que se somaram a esses acontecimentos o aviltamento dos

⁵⁰ GRISARD N; Ramos Filho I. **Manual de orientação ética e disciplinar**. 2006. p.67.

⁵¹ GRISARD N; Ramos Filho I. **Manual de orientação ética e disciplinar**. 2006.

⁵² DE FRANÇA GV. **Direito médico**, 2013.

⁵³ GRISARD N; Ramos Filho I. **Manual de orientação ética e disciplinar**. 2006.

valores pecuniários com que o sistema único e os planos de saúde retribuem o trabalho médico, o que culminou na busca de caminhos alternativos, e nem sempre lícitos, para obtê-los em patamares mais elevados⁵⁴.

Aliado a isso, surgiu a exploração de médico por médico e/ou por clínicas, conflitos entre o que o sistema único diz que paga pelos serviços médicos e o que realmente o médico recebe, denúncias, sindicâncias, processos ético-disciplinares, penalizações, etc⁵⁵.

Enfim, surgiu a insatisfação, o inconformismo e o descrédito, ao passo que a sociedade viu ruir um dos pilares da sua segurança - a assistência médica e a Medicina⁵⁶.

No que concerne à mudança do perfil do paciente, parte-se do pressuposto de que enfermo até pouco tempo, pouco conhecimento tinha sobre seus direitos enquanto usuário do sistema de saúde e ainda menos conhecimento possuía sobre as implicações decorrentes do não cumprimento desses direitos por parte dos profissionais da área.

No Brasil, com a universalização do sistema de saúde, o aprimoramento das especializações, a facilitação do acesso aos convênios, seguros e planos de saúde privados e coletivos, o cenário mudou e se despertou no enfermo o interesse de conhecer seus direitos, benefícios e, acima de tudo, informar-se.

Neste contexto, Carlos Bergstein⁵⁷ explica que a própria denominação dos sujeitos da relação médico-paciente também mudou, passando-se para a nomenclatura “prestador” e “usuário” de serviços, tudo visto sob a ótica de uma sociedade de consumo cada vez mais consciente de seus direitos, e cada vez mais exigente quanto aos resultados.

Aliado a isso, o modelo tradicional paternalista da relação médico-paciente também se transformou. Modelo este que conferia ao médico autonomia frente ao paciente; autonomia quanto às escolhas, técnicas e rumos do tratamento adotado. O profissional, até então, era o detentor de todas as informações e o enfermo, objeto da sua ação.

Esse foi o que predominou desde as origens da Medicina até os dias atuais, com base em três crenças: uma certa obrigação de reverência, a fé e a obediência aos médicos, pautadas na ideia de que, quem sabe mais, pode mais⁵⁸. Ocorre que, esse tipo de relação e essa carga de autonomia na pessoa do médico, não são mais uma realidade.

Tem-se hoje um paciente mais autônomo e livre, pois tem acesso a muita informação, de modo que não se submete mais de forma passiva as decisões tomadas pelo médico, mas exige informações compartilhadas para a boa preservação da sua autonomia⁵⁹. Atualmente, parte-se da ideia assente e inabalável de que o paciente é sujeito de direito e não apenas objeto de cuidado⁶⁰.

⁵⁴ GRISARD N; Ramos Filho I. **Manual de orientação ética e disciplinar**. 2006.

⁵⁵ GRISARD N; Ramos Filho I. **Manual de orientação ética e disciplinar**. 2006.

⁵⁶ GRISARD N; Ramos Filho I. **Manual de orientação ética e disciplinar**. 2006.

⁵⁷ BERGSTEIN, G. **A informação na relação médico-paciente**. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁵⁸ FACCHINI NETO E; Gemelli Eick, L. Responsabilidade civil do médico pela falha no dever de informação, à luz do princípio da boa-fé objetiva - Revista da Ajuris de Porto Alegre 2018, 45(145).

⁵⁹ BERGSTEIN, G. **A informação na relação médico-paciente**. 2013.

⁶⁰ FACCHINI NETO E; Gemelli Eick, L. Responsabilidade civil do médico pela falha no dever de informação, à luz do princípio da boa-fé objetiva. 2018.

Nessa toada, a relação jurídica médico-paciente não se esgota em si mesma, mas transcende para a dimensão social, pelo que precisa ser reavaliada à medida que a própria sociedade se renova, para que a era dourada da Medicina – constituída sobre o fundamento da ética judaico-cristã e tradição hipocrática – jamais se esvazie⁶¹..

Cada vez mais se faz necessário enxergar o ser humano de maneira integrada e considerar o paciente em seu papel de indivíduo na sociedade, considerando suas dificuldades, crenças, medos e fraquezas, tão fundamentais para a compreensão do processo do adoecimento. Aos poucos, parece que os profissionais de Medicina e pacientes estão repensando esses conceitos, e têm constatado que nada substituiu o tratamento humanizado. Ou seja, nada é mais importante que o médico que tem nome e rosto e que conhece o nome e o rosto do paciente⁶².

Sendo assim, à medida que a Medicina avança em suas conquistas e investigações, maior se torna o risco desse desenvolvimento⁶³. Como visto, esse salto de paradigma verificado na relação médico-paciente tem seu custo para a classe médica.

Hoje, mais do que nunca, a conduta médica e o seu comportamento na relação para com o paciente estão normatizados, fiscalizados e limitados por leis, normas técnicas, códigos de conduta, códigos de ética médica, etc⁶⁴.

Em resumo, a Medicina está vinculada ao ordenamento jurídico vigente, de modo que entender os deveres de conduta dos profissionais da área e a natureza da responsabilidade médica em um contexto de interação com a sociedade e com o enfermo, ajuda em muito na proteção legal do médico para o coerente e saudável exercício da profissão.

No exercício de uma atividade profissional com tantas vertentes, como é o caso da Medicina, além da formação técnica, o médico precisa ter conhecimentos éticos, não somente de diceologia (direitos), mas principalmente de deontologia (deveres), para a perfeita prática de atos médicos legítimos, de tal forma que o seu comportamento ético e o seu modo de ser e agir no exercício da profissão, não o faça desaguar numa lide judicial ou em um processo ético-disciplinar⁶⁵.

A própria ideia do bom e do mau relacionamento na relação médico-paciente decorre das hipóteses de respeito aos preceitos éticos da profissão ou do desvirtuamento destes mesmos preceitos, respectivamente.

Genival Veloso de França⁶⁶ analisa que a mudança de paradigma da relação também contribuiu para a propagação dos deveres de conduta do médico, pois até então prevalecia a ideia de ampla liberdade de agir ao profissional:

Chegava-se ao exagero de considerar a medicina como um “mandato ilimitado junto à cabeceira do doente, o qual só pode aproveitar essa condição”. Exagerava-se ainda quando se dizia ser o diploma do

⁶¹ FLEMMING HJ. **A medicina pós-hipocrática: o problema e a solução**. 2017.

⁶² ANGOTTI, Neto H. **A tradição da medicina**. 2016

⁶³ DE FRANÇA GV. **Direito Médico**. 2019.

⁶⁴ MONTE, FQ. Ética médica: evolução histórica e conceitos - Revista Eletrônica de Bioética de Brasília 2009,

⁶⁵ GRISARD N; Ramos Filho I. **Manual de orientação ética e disciplinar**. 2006.

⁶⁶ DE FRANÇA GV. **Direito Médico**. 2019. p.267.

médico uma prova incontestável de competência e idoneidade, e que a medicina não era uma ciência com a exatidão da matemática, variando em seus métodos e circunstâncias. É claro que, com o passar dos anos, os imperativos de ordem pública foram se impondo pouco a pouco, até que surgiram as normas disciplinadoras do exercício profissional, como conquista da organização da sociedade. Foi-se vendo que a simples razão de o médico ter um diploma não o exime de seu estado de falibilidade. Por outro lado, o fato de considerar o médico, algumas vezes, como infrator diante de um erro de conduta na profissão, não quer dizer que sua reputação está sem garantia. Somente que seus atos podem e devem ser submetidos a uma equânime apreciação, como o são as ações de todos os outros cidadãos, qualquer que seja seu estado ou sua condição.

O dever informacional, contudo, ganha maior relevo na modernidade em face da substituição de paradigmas na relação médico-paciente, onde o modelo vigente até poucas décadas era o paternalista, em que o médico era considerado “o dono da verdade”.

Este padrão evoluiu para uma relação de mais presença do paciente, que questiona a atuação do profissional, que exige explicações e esclarecimentos, que busca, acima de tudo, se informar e ser informado⁶⁷.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pautou-se, por meio da breve pesquisa, analisar a relação existente entre o médico e o paciente, a partir da sua materialização por meio do ato médico, com a finalidade de verificar a mudança de paradigma existente entre a relação médico-paciente.

Para alcançar tal escopo, portanto, apresentou-se o desenvolvimento histórico da relação médico-paciente, em especial pelas características contemporâneas que atingiu; bem como as especificidades brasileiras das normativas legais concernentes a tal relação.

Desenvolvimento histórico, observou-se, que em muito coincidiu com a evolução da ética médica no ocidente, pode ser dividida em quatro grandes fases: religiosidade, tempo dos filósofos, era monástica e predomínio laico.

À vista da evolução da relação médico-paciente, constatou-se que esta evolução trouxe consigo uma evidente mudança de paradigma no exercício da medicina.

No campo da anamnese, o relato entre médico e paciente cedeu espaço para o diálogo; no da terapêutica, a decisão unilateral se transformou em decisão compartilhada; a seu modo, a própria relação médico-paciente, até então autoritária e paternalista, converteu-se em contratualista.

Hoje, mais do que nunca, o profissional médico deve reconhecer e se adaptar a estas mudanças no exercício diário da medicina, incorporando procedimentos para assegurar os direitos do paciente.

Em não o fazendo, portanto, o médico corre o risco de desrespeitar o direito à autodeterminação e liberdade do seu paciente, dando margem a alegação de má prática médica.

⁶⁷ BERGSTEIN, G. **A informação na relação médico-paciente**. 2013.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANGOTTI, Neto H. **A tradição da medicina**. Brasília: Academia Monergista, 2016.

ANGOTTI Neto H. **Arte médica: de Hipócrates a Cristo**. Brasília: Academia Monergista, 2018.

BERGSTEIN, G. **A informação na relação médico-paciente**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11/09/1990. Acessível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.217 de 27/09/2018**. Acessível em em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>.

DE FRANÇA GV. **Direito médico**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

DE FRANÇA GV. **Direito Médico**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

DO NASCIMENTO JÚNIOR PG; Guimarães, TMM. **A relação médico-paciente e seus aspectos psicodinâmicos** - Revista Eletrônica de Bioética de Brasília 2003, 2(1). Acessível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/152.

FACCHINI NETO E; Gemelli Eick, L. Responsabilidade civil do médico pela falha no dever de informação, à luz do princípio da boa-fé objetiva - Revista da Ajuris de Porto Alegre 2018, 45(145).

FLEMMING HJ. **A medicina pós-hipocrática: o problema e a solução**. Brasília, DF: Editora Monergismo, 2017.

GRISARD N; Ramos Filho I. **Manual de orientação ética e disciplinar**. Florianópolis: CREMESC, 2006.

KFOURI NETO M. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MONTE, FQ. **Ética médica: evolução histórica e conceitos** - Revista Eletrônica de Bioética de Brasília 2009, (17)3. Acessível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/507.

PLATÃO. **A República**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

CONCEPÇÕES E CONCEITO DE ACESSO À JUSTIÇA

Bruno Makowiecky Salles¹

Pedro Manoel Abreu²

INTRODUÇÃO

O que se deve entender, contemporaneamente, por Acesso à Justiça? Este artigo³ encara o desafio de, sem pretender esgotar o vastíssimo tema, fornecer uma resposta preliminar a tal indagação, descrevendo os principais elementos que podem ser utilizados na tentativa de construção de um conceito.

Assim, procura-se situar o Acesso à Justiça na cena contemporânea e expor os enfoques que lhe são comumente atribuídos, destacando-se os aspectos necessários para uma adequada compreensão. Busca-se apresentar, ainda, informações sobre perspectivas classificadas como jurídico-processual e democrático-institucional, bem como sobre as concepções, incluídas no universo do Acesso à Justiça (*lato sensu*), de Acesso ao Judiciário e Acesso aos Direitos.

A descrição das concepções e dos elementos integrantes da ideia de Acesso é importante para que se intente construir um conceito jurídico. A tarefa, por sua vez, mostra-se fundamental para que o Acesso à Justiça ostente uma compreensão mais definida, evitando, a exemplo do que ocorre com inúmeras outras expressões vagas, que o termo seja empregado sem critérios, como adorno ou abreviação retórica para posições com os mais diversos sentidos, o que acaba por fragilizar e reduzir a importância desta noção jurídica fundamental.

Quanto à metodologia, empregou-se na fase de tratamento de dados o método cartesiano. O texto foi composto sob a base lógica dedutiva-indutiva.

¹ Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI e pela *Università Degli Studi di Perugia* - UNIPG, Itália (2019). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (2014). Pós-Graduado, em nível de Especialização, em Direito e Gestão Judiciária pela Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina - CEJUR (2011). Pós-Graduado, em nível de Especialização, em Direito Material e Processual Civil pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina - CESUSC, em convênio com a Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina - ESMESC (2007). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2005). Exerce o cargo de Juiz de Direito no Estado de Santa Catarina (2009). CV: <http://lattes.cnpq.br/7479543022697803>. Email: brunomakosalles@terra.com.br

² Mestre e Doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC; Pós-doutor pela Universidade de Lisboa; Professor do Curso de Pós-graduação nos cursos de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – Univali, na área de concentração Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito, na linha de pesquisa: Principiologia Constitucional e Política do Direito; e Professor da Academia Judicial em Cursos de formação inicial e continuada de magistrados do Centro de Estudos Jurídicos – CEJUR, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina; Professor convidado do Curso de Mestrado Profissional em Direito da UFSC. Lattes: CV:0<http://lattes.cnpq.br/520896419390738>.

³ O presente artigo científico contém trechos da Tese de Doutorado do autor Bruno Makowiecky Salles, ainda não publicada, mas já apresentada e aprovada pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) e pela *Università Degli Studi di Perugia* (UNIPG), em regime de dupla titulação.

1. ACESSO À JUSTIÇA: NOÇÕES PRELIMINARES

O Acesso à Justiça é instituto de remotas origens históricas. Embora um resgate temporal analítico sobre a evolução da ideia de Acesso à Justiça fuja aos objetivos deste estudo⁴, é importante efetuar um breve registro de indicações históricas longínquas, aptas a ilustrar o caráter vital das preocupações com o tema e a refletir as diferentes maneiras como se pôde concebê-lo no curso das civilizações.

O Código de Hamurabi, uma das primeiras normas escritas da humanidade, datado do Século XVIII antes de Cristo (A.C.), já continha, no epílogo, previsão que permitia identificar a possibilidade de Acesso ao soberano, por parte de hipossuficientes, para a resolução dos problemas e a informação sobre os direitos⁵. Tal previsão remete à existência de uma autoridade encarregada de assegurar justiça e solucionar conflitos segundo uma ordem normativa que seja compreensível.

Consta do referido documento:

Em minha sabedoria, eu vos refreio para que o forte não oprima o fraco e para que seja feita justiça à viúva e ao órfão. Que cada homem oprimido compareça diante de mim, como rei que sou da justiça. Deixai ler a inscrição do meu monumento. Deixai-o atentar nas minhas ponderadas palavras. E possa o meu monumento iluminá-lo quanto à causa que traz e possa ele compreender o seu caso⁶.

As raízes do Acesso à Justiça vêm associadas em estudos doutrinários⁷, ainda, à passagem bíblica de Deuteronômio, no Antigo Testamento, escrita no Século VI antes de Cristo (A.C.), segundo a qual “Juízes e oficiais porás em todas as tuas cidades que o Senhor teu Deus te dá, segundo as tuas tribos, para que julguem o povo com justiça”⁸. Em tal trecho, pode-se aferir a referência à necessidade da figura de um terceiro, imparcial e equidistante, investido na autoridade pública de resolver os conflitos de interesses nas sociedades de acordo com noções de justiça.

A Magna Carta Inglesa de 1.215, por sua vez, contém a previsão de que a ninguém será vendido, recusado ou atrasado o Acesso ao Direito ou à Justiça, lendo-se no texto que “*To no one will we sell, to no one we will refuse or delay, right or justice*”⁹. No documento já se percebe,

⁴ Aos interessados, há importantes resgates históricos nas obras: PAROSKY, Mauro Vasni. **Direitos fundamentais e acesso à justiça na constituição**. São Paulo: Ltr, 2008, p. 148-188; CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 03-51; e MENDONÇA, J.J. Florentino dos Santos. **Acesso equitativo ao direito e à justiça**. São Paulo: Almedina, 2016. p.19-51.

⁵ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Concepções sobre acesso à justiça. **Revista Dialética de Direito Processual – Rddp**. São Paulo, n. 82, janeiro 2010, p. 43.

⁶ **CÓDIGO DE HAMURABI; código de manu (livros oitavo e novo); lei das XII tábuas**. Supervisão editorial Jair Lot Vieira. São Paulo: Edipro, 3. ed., 2011. p. 39-40.

⁷ LIMA, George Marmelstein. **O Direito fundamental à ação: o direito de ação, o acesso à justiça e a inafastabilidade do controle jurisdicional à luz de uma adequada e atualizada teoria constitucional dos direitos fundamentais**. Fortaleza: georgemlima.blogspot.com, 1999. p. 30. Disponível em: < <http://georgemlima.xpg.uol.com.br/odfa.pdf> >. Acesso em 5 de janeiro de 2017.

⁸ BÍBLIA, Antigo Testamento. Deuteronômio, 16:18. In: **A bíblia sagrada**. Tradução de João Ferreira de Almeida. LCC publicações eletrônicas. Disponível em: < <http://www.culturabrasil.org/biblia.htm> >. Acesso em 23 de outubro de 2017.

⁹ O texto está disponível na seguinte obra: MAGNA CARTA. **The great carter of english liberty granted: by king Jon at Runnemed at 15 june, 1215**. Nu Visions Publications LCC (recurso eletrônico – ebook): 2004, p. 09. A redação acima transcrita corresponde ao item 40 da Magna Carta, seguindo a tradução livre: “A ninguém venderemos, negaremos ou retardaremos direito ou justiça”.

diante da evolução dos ideais de liberdade contra concepções autoritárias de Estado, e da própria grafia na segunda pessoa do plural, um possível embrião sobre o compartilhamento, teorizado hoje, entre os órgãos do Estado e a sociedade organizada na garantia dos direitos e da justiça. A redação evolui na lógica das previsões anteriores e transmite a ideia de que o Acesso não consiste em encargo concentrado em autoridades soberanas, das quais se depende para obter direito e justiça, mas num dever comum de atingir tais ideais e no direito de todos de persegui-los perante os órgãos jurisdicionais, se necessário.

Contemporaneamente, o Acesso à Justiça é reputado um elemento integrante da categoria dos Direitos Humanos¹⁰, encontra-se positivado em Constituições de diversos Países¹¹ e pode ser considerado, mesmo nos ordenamentos em que não há uma expressa previsão normativa, um direito implícito no Estado Constitucional de Direito, no regime democrático e na sistemática de separação dos poderes do Estado¹², mostrando-se também inerente, notadamente em sistemas ligados à família da *Common Law*, à cláusula do *due process of law*¹³.

Afirma-se, a propósito, que:

L'accesso individuale alla giustizia a tutela dei propri diritti costituisce un diritto umano di carattere fondamentale, che sembra avere assunto, almeno nel suo nucleo essenziale, natura consuetudinaria.

Riconosciuto quale diritto costituzionalmente protetto in diversi ordinamenti, il diritto di accesso alla giustizia è ormai contemplato in numerosi strumenti convenzionali a tutela dei diritti umani e sembra rappresentare, in tali sistemi pattizi, una delle garanzie di maggiore rilevanza¹⁴.

Em uma aproximação inicial sobre o sentido contemporâneo do Acesso à Justiça, é possível afirmar que um ordenamento franqueia tal Acesso a alguém “*when there are effective remedies available to that person to vindicate his or her legal rights and advance his or her legally recognised interests*”¹⁵. Assim entendido, o Acesso à Justiça figura como um dos pilares do Estado de Direito e da democracia¹⁶, tendo o objetivo de permitir que as leis e direitos sejam reivindicadas por todos e a todos aplicados, bem como de reconhecer a cada cidadão a

¹⁰ Sobre a categorização do Acesso como direito humano, conferir: CÂMARA, Alexandre Freitas. **O acesso à justiça no plano dos direitos humanos**. In: QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de (Org.). **Acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 3.

¹¹ CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao acesso à justiça**. 1ª ed (ano 1998), 6ª tir. Curitiba: Juruá, 2009. p. 87-95.

¹² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à constituição de 1967**: com a emenda n. 1 de 1969. 3ª ed. Tomo V. Rio de Janeiro: Forense. 1987, p. 104.

¹³ A respeito: VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Apresentação. In: NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 7.

¹⁴ PUSTRONO, Pietro. Accesso alla giustizia e protezione diplomatica. In: FRANCIONI, Francesco; GESTRI, Marco; RONZITTI, Natalino; SCOVAZZI, Tullio. **Acesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'unione europea**. Milano: Giuffrè, 2009. p. 69. Tradução livre: “O Acesso individual à justiça para a proteção de direitos constitui um direito humano fundamental, que parece ter assumido, ao menos em seu núcleo essencial, natureza consuetudinária. Reconhecido como direito protegido em diversos ordenamentos, o direito de acesso à justiça é agora contemplado em numerosos instrumentos convencionais de tutela de direitos humanos, parecendo representar, em tais sistemas, uma das garantias de maior relevância”.

¹⁵ MULLEN, Tom. Access to justice in administrative law and administrative justice. In: PALMER, Ellie; CONFORD, Tom; GUINCHARD, Audrey; e MARIQUE, Yseult. **Access to justice: beyond the policies and politics of austerity**. Oxford: Hart Publishing, 2016. p. 69. Tradução livre: “quando houver recursos eficazes disponíveis para essa pessoa reivindicar seus direitos legais e promover seus interesses legalmente reconhecidos”.

¹⁶ OSTI, Alessandra. **Teoria e prassi dell'access to justice**: un raffronto tra ordinamento nazionale e ordinamenti esteri. Milano: Giuffrè Editore, 2016. p. 147.

prerrogativa de ter as suas pretensões apreciadas e os seus direitos concedidos em igualdade de condições¹⁷.

Trata-se de uma complexa construção jurídica, cujo estudo aglutina perspectivas e cuja presença nos ordenamentos jurídicos, hoje, aparece sob fórmulas variadas. Seja como direito humano no plano internacional, seja como direito fundamental nas Constituições, o Acesso à Justiça possui os atributos próprios dos direitos com tal magnitude, a exemplo das notas da universalidade, da indisponibilidade, da inalienabilidade, da imprescritibilidade e da força normativa¹⁸ que, dentro de limites, caracterizam-nos.

Como espécie normativa, o Acesso à Justiça normalmente apresenta-se como norma-princípio, em razão da forma de sua positivação e de outros aspectos¹⁹. Mesmo quando não normatizado, o Acesso marca-se como um princípio implícito que guia as atividades estatais e privadas rumo à distribuição de justiça e de direitos²⁰. Em quaisquer das circunstâncias acima, ele desponta, primordialmente, como um autêntico direito, consagrado por normas, expressas ou implícitas, previstas em preceitos mais fechados ou mais abertos, que em todo caso o reconhecem como um direito, ainda que possua, conexa e íntima, também uma função de garantia, isto é, um perfil assecuratório de permitir a fruição de outros direitos em esferas estatais e privadas, jurisdicionais ou não.

Daí dizer-se que se cuida de um direito, mas de um direito “*funzionale o servente*”, abrindo caminho para retificar o curso das coisas quando os poderes públicos ou os atores privados violarem direitos ou os expuserem a risco. Por isso ele contribui para incrementar “*l’adattamento dell’ordinamento ai diritti fondamentali*”²¹, sem todavia se confundir com ações de garantia ou com institutos específicos como o *habeas corpus* e outros.

O direito de Acesso é comumente categorizado como um direito fundamental prestacional, situado entre os de segunda dimensão²², daqueles que dependem de intervenções estatais (*facere*) para suas promoções, a fim de que se garanta a acessibilidade de todos, em igualdade de

¹⁷ CONFORD, Tom. The meaning of access to justice. In: PALMER, Ellie; CONFORD, Tom; GUINCHARD, Audrey; e MARIQUE, Yseult. **Access to justice**. p. 29.

¹⁸ MENDONÇA, J.J. Florentino dos Santos. **Acesso equitativo ao direito e à justiça**. p. 122.

¹⁹ Princípios e regras são, ambos, espécies do gênero normas jurídicas. Ricas são as discussões sobre os elementos que os diferenciam e elas não cabem nesta Tese. Para os fins deste trabalho, adota-se a corrente segundo a qual a distinção entre normas-regras e normas-princípios reside, principalmente, em seus graus de abstração e generalidade, com reflexos nos mecanismos de aplicação. Enquanto as normas-regra são circunscritas, quase sempre, em pressupostos de fato que desencadeiam consequências jurídicas predeterminadas, os princípios, compreendidos como mandamentos nucleares do sistema jurídico, possuem conteúdo aberto e notabilizam-se por maior dose de flexibilidade. A lógica de aplicação das regras, em razão dessa rigidez estrutural, parte da premissa do “tudo ou nada”: ou a regra se aplica a determinado caso ou não se aplica, porque consagra direitos definitivos e excludentes, não ostentando mecânica de funcionamento maleável. A incidência dos princípios, em contrapartida, admite ponderação. Dada a estrutura aberta, os princípios definem direitos *prima facie*, prescrevendo, como mandamentos de otimização, que esses direitos sejam realizados na maior extensão possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Em caso de colisão entre princípios, portanto, admite-se ponderação, também balizada por inúmeros parâmetros que não cabem neste tópico. Sobre o assunto, conferir: ALEX, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, Título original: Theorie der Grundrechte. p. 86. Ainda: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Título original: *Taking Rights Seriously*. p. 39-42.

²⁰ MENDONÇA, J.J. Florentino dos Santos. **Acesso equitativo ao direito e à justiça**. p. 15.

²¹ OSTI, Alessandra. **Teoria e prassi dell’access to justice**. p. 11 e 12. Tradução livre: “direito funcional ou servo” e “a adaptação do sistema jurídico aos direitos fundamentais”.

²² MENDONÇA, J.J. Florentino dos Santos. **Acesso equitativo ao direito e à justiça**. p. 55 e 197.

condições, a certos bens da vida, em juízo ou fora dele. Não à toa, o tema foi *habitué* no cenário Pós Segunda-Guerra Mundial, época de prestígio da filosofia do *welfare state*²³. Esse componente prestacional talvez seja mesmo o de maior aderência a sua natureza. Ainda assim não o esgota. Pode-se enxergar o Acesso à Justiça também como uma espécie de liberdade fundamental, no sentido de máxima digirida ao legislador para impor a estas vedações (*non facere*) a atos que atentem contra seu núcleo, com o objetivo de salvaguardar os mecanismos de proteção aos direitos²⁴. Nessa acepção ele se revela como um direito civil de primeira dimensão, necessário à liberdade individual ao lado de direitos como a propriedade e a livre contratação, deles se diferenciando apenas por ligar-se à prerrogativa de proteger os direitos de cada um, em termos de igualdade, por meio do devido processo legal²⁵. Além disso, também se encontram conexões entre o Acesso e os direitos políticos, na medida em que, por meio de atos de reivindicação, é possível participar ativa e democraticamente da tomada de decisões públicas, no exercício de uma cidadania inclusiva²⁶. Não bastasse toda essa junção de elementos, a compreensão do Acesso à Justiça não se exaure nas relações entre Estado e particulares, pressupondo, ainda, a atuação conjunta e o compartilhamento de responsabilidades entre o poder estatal e a sociedade civil²⁷.

Fala-se em Acesso à Justiça em todas as etapas dos episódios jurídicos²⁸. Desde quando desperta, na consciência de alguém, determinada dúvida ou problema jurídico, a ideia de Acesso vem garantir a assistência destinada à consultoria e ao aconselhamento jurídico, compreendendo estágios pré-processuais. Também com base no Acesso à Justiça é que se teoriza, caso persista o problema, o direito à assistência jurídica em processos extrajudiciais perante órgãos públicos e privados, ou, onde existe, na Jurisdição administrativa. Hoje já se compreende que a ideia de Acesso à Justiça inclui até mesmo os espaços privados de resolução de litígios, desde que adequados e eficientes, a exemplo de métodos alternativos (ADRs) como a mediação e a conciliação extrajudiciais. A isso tudo se soma o sentido clássico, inclusive mais intuitivo, de se associá-lo à disponibilização de representação judicial e à possibilidade de se reivindicar direitos em juízo, estendendo-se para garantir a tramitação adequada do processo judicial, até a fase final de julgamento e de execução do julgado²⁹.

Nesse vasto firmamento o Acesso à Justiça acaba por envolver uma dupla dimensão³⁰: aquela privada ou particular, mais restrita, e uma outra pública, mais alargada. A primeira resulta da resolução, caso-a-caso, dos conflitos de interesses, viabilizando a fruição de direitos ou adjudicando soluções, em ordem a atender os interessados no resultado. A segunda advém do

²³ CAPLEN, Andrew. Access to justice: the view from the law society. In: PALMER, Ellie; CONFORD, Tom; GUINCHARD, Audrey; e MARIQUE, Yseult. **Access to justice**. p. 18.

²⁴ OSTI, Alessandra. **Teoria e prassi dell'access to justice**. p. 22-23.

²⁵ CONFORD, Tom. The meaning of access to justice. In: PALMER, Ellie; CONFORD, Tom; GUINCHARD, Audrey; e MARIQUE, Yseult. **Access to justice**. p. 33.

²⁶ A respeito: ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. v. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

²⁷ Sobre o tema: RAPOSO, Mário. Nota sumária sobre o art. 20º da Constituição. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa: v. III, Ano 44, p. 523-543, dezembro de 1984.

²⁸ OSTI, Alessandra. **Teoria e prassi dell'access to justice**. p. 148.

²⁹ OSTI, Alessandra. **Teoria e prassi dell'access to justice**. p. 148-149.

³⁰ OSTI, Alessandra. **Teoria e prassi dell'access to justice**. p. 12.

efeito difuso dessa resolução de problemas, que gera a restauração de legalidades violadas e, projetada em cenário mais amplo, fornece segurança, consagra direitos e deveres, estabiliza o desenvolvimento social e econômico e beneficia a coletividade.

Para ilustrar essas duas acepções, é relevante a contribuição doutrinária:

Risulta dunque evidente da quanto detto che l'accesso alla giustizia contiene in sé uma dimensione publica relevante e prevalente rispetto a quella privatistica: esso serve 'in primis' per garantire, attraverso la soluzione di singole fattispecie, il ripristino della legalità e la promozione dei diritti a vantaggio dell'intera collettività³¹.

Também o papel dos intérpretes e aplicadores do direito, nos espectros nacional e internacional, é primordial para a definição do que se deve entender como conteúdo e extensão atuais do Acesso à Justiça. Cabe aos tribunais moldar a conformação do direito na medida em que vão surgindo as controvérsias, não estando tal definição vinculada apenas ao “grau de normatividade” ou à “amplitude dos meios de tutela disponibilizados”³², mas igualmente às possibilidades fáticas e às restrições instituídas em nome do interesse público e da racionalização dos serviços estatais. A discussão não é infensa à permanente tensão entre normatividade e fatores reais³³ que informa o problema da concretização de direitos. Tampouco fica presa em abstrações alheias ao teor das normas, dos precedentes, das tradições, das práticas processuais e das escolhas políticas de cada sistema³⁴.

Diante de tais observações, já se registrou, sobre o Acesso à Justiça, que:

(...) a fixação de sua moldura, conteúdo e significado tem se firmado como função atrelada ao exercício da atividade jurisdicional, confiada, no âmbito nacional, aos Tribunais nacionais quando confrontados com situações litigiosas, ao estabelecerem quais os sentidos e as extensões dos comandos normativos aplicáveis, e, no plano internacional e comunitário, é confiada às Cortes Supranacionais, instituídas como órgãos responsáveis pela interpretação e aplicação dos tratados e demais diplomas internacionais e comunitários, e pela delimitação do teor dos direitos neles consagrados em consonância com as pautas políticas respaldadas nos respectivos tratados³⁵.

Por tudo isso, vê-se que Acesso à Justiça é daquelas expressões caleidoscópicas, refletindo um conceito que “draws the mind to a multitude of questions about the sources of injustice and the legal systems around the world that have developed to help provide an avenue for redressing

³¹ OSTI, Alessandra. **Teoria e prassi dell'access to justice**, p. 12. Tradução livre: “É evidente, portanto, a partir do que foi dito, que o acesso à justiça contém uma dimensão pública que é relevante e prevalente em relação àquela privada: serve principalmente para garantir, através da solução de casos individuais, a restauração da legalidade e a promoção de direitos para o benefício de toda a comunidade”.

³² MENDONÇA, J.J. Florentino dos Santos. **Acesso equitativo ao direito e à justiça**. p. 94.

³³ A respeito, vale lembrar a notória contribuição de Konrad Hesse. Segundo o autor, embora a Constituição esteja condicionada pela realidade histórica ('ser'), ela não configura apenas a reprodução dessa realidade que a condiciona, mas apresenta, antes, uma força normativa também apta a conformar e ordenar a ordem política e social ('dever ser'), não devendo ser reputada, sempre, a parte mais fraca quando confrontada com fatores reais de poder. HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. Título original: *Die normative Kraft der Verfassung*.

³⁴ Nesse sentido: MENDONÇA, J.J. Florentino dos Santos. **Acesso equitativo ao direito e à justiça**. p. 158.

³⁵ MENDONÇA, J.J. Florentino dos Santos. **Acesso equitativo ao direito e à justiça**. p. 16.

a wrong”³⁶. É possível afirmar que “Plusieurs notions entretiennent des liens étroits avec l'accès au juge”³⁷, conforme pode perceber nas referências históricas. Por essa dispersão de sentidos, o vocábulo acabou se convertendo em uma abreviatura para um conjunto de situações, uma série de problemas e vários objetivos. Enquanto alguns adotam visões mais estreitas, outros “encompass in that single word nearly every problem experienced by the judicial system”³⁸, tornando necessárias delimitações para a apreensão dos enfoques atribuídos à temática.

Os estudos sobre o Acesso à Justiça, por vezes, ocupam-se de questões internas ao direito positivo, mais dogmáticas³⁹ e ligadas à efetividade do processo judicial como instrumento de resolução de conflitos⁴⁰. Nesse sentido, inclinam-se a avaliar sistemas específicos de direito processual, compreendendo as condições para o exercício do direito de agir, os pressupostos processuais, os procedimentos regentes das ações individuais e coletivas, as possibilidades recursais e outros. Nota-se, então, o enfoque em questões técnico-jurídicas, de dimensões formais e relacionadas às modalidades organizacionais para a acessibilidade à Justiça, bem como ao cálculo dos acertos e defeitos em um determinado sistema processual⁴¹. Tem-se a perspectiva que se pode chamar de eminentemente jurídico-processual.

Com a mesma frequência, contudo, o tema é pesquisado em bases mais amplas, não limitadas à dogmática, situadas no contexto do papel do sistema jurídico e da instituição judiciária em regimes democráticos, incluindo as relações entre sociedade e Estado, as intersecções entre direito e política e a própria justiça social. Segundo tal ótica, compreender o significado de Acesso à Justiça pressupõe “an understanding of concepts such as separation of powers between the judiciary, executive, and legislative branches of government, the political question doctrine” e a própria história política⁴². A atenção aqui está voltada às abordagens da justiça em geral ou, ainda, à extensão das atribuições confiadas aos juízes, no Estado de Direito, para garantia dos cidadãos. Está englobada a definição da justiciabilidade e do campo de jogo do Judiciário, em regimes

³⁶ RICE, Thomas H. Speedy; REISMAN Brandie L. Access to justice for tort claims against a sovereign in the courts of the united states of America. In: FRANCIONI, Francesco; GESTRI, Marco; RONZITTI, Natalino; e SCOVAZZI, Tullio. **Acesso alla giustizia dell'individuo nel diritto Internazionale e dell'unione europea**. Milano: Giuffrè, 2009. p. 257. Tradução livre: “chama a mente para uma infinidade de questões sobre as formas de injustiça e os sistemas jurídicos, desenvolvidos ao redor do mundo, para construir caminhos destinados a corrigir um erro”.

³⁷ DONIER, Virgine; LAPÉROU-SCHNEIDER, Béatrice; GERBAY, Nicolas; HOURQUEBIE, Fabrice; e ICARD, Philippe. *Propos introductifs*, In: DONIER, Virgine; LAPÉROU-SCHNEIDER, Béatrice (sous la direction). **L'accès au juge: reserche sur l'effectivité d'un droit**. Bruxelles: Bruylant, 2003. p. 33. Tradução livre: “Vários conceitos possuem vínculos estreitos com a ideia de Acesso ao Juiz”.

³⁸ JOHNSON JR., Earl. Thinking about access: a preliminary typology of possible strategies. In: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Access to justice**. v III: emerging issues and perspectives. Milano: Giuffrè; Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff. 1978-1979, p. 07-08. Tradução livre do texto citado: “abrangem naquela única palavra quase todos os problemas experimentados pelo sistema judicial”.

³⁹ A análise dogmática, tradicionalmente, busca dar evidência a conceitos básicos construídos segundo a lógica do positivismo jurídico. A respeito: FERRARI, Giuseppe Franco. Civil law e << common law >>: aspetti pubblicistici. In: CARROZZA, Paolo; GIOVINI, Alfonso di; e FERRARI, Giuseppe Franco (a cura di). **Diritto costituzionale comparato**. v. 2. Roma: Laterza, 2014. p. 775.

⁴⁰ A respeito: ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil**. 2ª ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 31.

⁴¹ Nesse sentido: MAGNON, Xavier. L'accès a la justice dans la théorie generale du droit. In: BÉTAILLE, Julien (org). **Le droit d'accès à la justice em matière d'environnement**. Toulouse: Presses de L'université Toulouse, 2016. p. 27

⁴² RICE, Thomas H. Speedy; REISMAN Brandie L. Access to justice for tort claims against a sovereign in the courts of the united states of America. In: FRANCIONI, Francesco; GESTRI, Marco; RONZITTI, Natalino; e SCOVAZZI, Tullio. **Acesso alla giustizia dell'individuo nel diritto Internazionale e dell'unione europea**. p. 257-258. Tradução livre: “(...) uma compreensão de conceitos como a separação de poderes entre os ramos judiciário, executivo e legislativo do governo, a doutrina das questões políticas (...)”.

democráticos, nas interações com os demais Poderes⁴³. É uma perspectiva, assim, de ordem democrático-institucional.

Todavia, não é recomendável clivar totalmente tais formas de enxergar o Acesso à Justiça, tendo em vista a íntima correlação existente entre elas e o fato de que os institutos processuais preordenam-se, dentre outros fins, a viabilizar a atuação jurisdicional⁴⁴. Essa interação entre o direito constitucional de Acesso à Justiça e outros ramos jurídicos, em particular o direito processual, faz-se sentir com frequência e, em rigor, permite ao “*diritto costituzionale di forgiare il diritto processuale al fine di renderlo atto a tutelare in concreto i diritti fondamentali, la democrazia e lo Stato di diritto, nell’ambito dei sempre necessari sforzi volti all’efficientamento del sistema giudiziario*”⁴⁵.

Importante esclarecer, no ponto, que o objeto deste artigo não abarca o Acesso à Justiça em uma perspectiva jusfilosófica, no sentido da promoção de um “*valore assoluto uguale al vero, al buono, al bello*”, seja como virtude pessoal ou relação objetiva entre os homens⁴⁶. Não se pretende entrar em reflexões metafísicas e racionais, tampouco em conceitos de justiça comutativa e distributiva, entendidas, respectivamente, como a igualdade de medidas em ação e reação (exemplos: dano e ressarcimento, culpa e pena) e a igualdade no tratamento de uma multiplicidade de pessoas (exemplo: tributação progressiva de acordo com a capacidade contributiva)⁴⁷. Nem é objetivo do trabalho investigar as relações entre justiça e promoção das felicidades individual e social, ou avaliar a identificação entre justiça e proteção de valores que permitam o desenvolvimento neutro da ciência, como liberdade, paz, democracia e tolerância⁴⁸. Por fim, também não se quer avaliar a discussão sobre eventual separação entre normas positivas e normas de justiça⁴⁹.

A despeito da relevância dessas questões, elas não cabem nos lindes do artigo. O Acesso à Justiça (*lato sensu*) é visto, aqui, na concretude da acessibilidade ao Judiciário e aos direitos positivados ou extraídos da ordem jurídica, que definem “o que do suposto justo permite o uso da força pelo Estado”⁵⁰. Assim como ocorre em outras abordagens, no presente estudo o “*access to*

⁴³ DONIER, Virgine; LAPÉROU-SCHNEIDER, Béatrice; GERBAY, Nicolas; HOURQUEBIE, Fabrice; e ICARD, Philippe. *Propos introductifs*, In: DONIER, Virgine; LAPÉROU-SCHNEIDER, Béatrice (sous la direction). **L'accès au juge**. p. 32.

⁴⁴ Fala-se em “dentre outros fins” porque, se o processo é um instrumento de atuação do direito material, como de fato o é, ele contudo não se limita a esse papel acessório ou à condição de veículo de realização de escopos judiciais ou pretensões de pacificação social. Prefere-se nesta Tese a representação de processo como procedimento em contraditório, de estrutura dialética, contendo garantias e direitos processuais, ainda que não se chegue ao ponto de negar um forte aspecto instrumental. A respeito, com adaptações: FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução de Elaine Nassif. 1ed. Campinas: Bookseller, 2006. Título Original: *Instituzioni di Diritto Processuale*. p. 131.

⁴⁵ OSTI, Alessandra. **Teoria e prassi dell'access to justice**. p. 151. Tradução livre: “direito constitucional forjar o direito processual a fim de torná-lo apto a tutelar os direitos fundamentais, a democracia e o Estado de Direito, no âmbito dos esforços, sempre necessários, para tornar o sistema judicial mais eficiente”.

⁴⁶ RADBRUCH, Gustav. **Propedeutica alla filosodia del diritto**. Traduzione di Dino Pasini e Carlo A. Agnesotti. Torino: G. Giappichelli Editore, 1959. Titolo originale: *Vorschule der rechtsphilosophie*. p. 105. Tradução livre: “valor absoluto igual ao que é verdadeiro, ao bom, ao belo”.

⁴⁷ RADBRUCH, Gustav. **Propedeutica alla filosodia del diritto**. p. 106.

⁴⁸ KELSEN, Hans. **O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Título original: *What is justice?* p. 02 e 25.

⁴⁹ Conferir: KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução de João Baptista Machado. 3ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Título original: *Das problem der gerechtigkeit*. p. 04-12.

⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. 2 ed. São

*justice is access to legal justice it is not to be confused with justice in a more general sense*⁵¹.

1.1 CONCEPÇÕES E CONCEITO DE ACESSO À JUSTIÇA

No estado da arte contemporâneo verificam-se, basicamente, duas concepções prevaletentes de Acesso à Justiça⁵², as quais repercutem na maneira como o assunto é tradicionalmente tratado nas doutrinas estrangeira e nacional. Com a locução pretende-se referenciar, em suma, *“la possibilità per ogni essere umano di accedere agli strumenti, generalmente giurisdizionali”*, mas também extrajudiciais, *“predisposti dall’ordinamento, posti a tutela dei propri diritti o interessi”*⁵³.

A primeira concepção toma por Acesso à Justiça o *input* de dada pretensão, mediante o exercício do direito de ação, no sistema judiciário institucionalizado. O espírito está em a invocar a Jurisdição para a resolução do conflito, a declaração e a execução do direito aplicável⁵⁴, adotando-se uma *“approccio procedimentale che si resolve con la semplice equazione giustizia/sistema giurisdizionale”*⁵⁵.

A segunda concepção, por outro lado, amplia a ideia de Acesso à Justiça para projetá-lo mais além da variável ligada à proponibilidade da ação ou à utilização do sistema judiciário. Para tanto, avalia-se todo o contexto sócio-político-cultural e insere-se na análise o grau de informação jurídica⁵⁶ e o nível de acessibilidade dos cidadãos aos direitos, ainda que a fruição ocorra fora do aparato judicial, seja em órgãos públicos, em processos administrativos, em arbitragens e mediações extrajudiciais ou agências informais e privadas de resolução de conflitos.

A respeito, a doutrina acentua que:

O direito de acesso à justiça é revelado como fórmula de realização do acesso ao direito que congrega o direito à informação jurídica e o direito à proteção jurídica, e como expressão da prerrogativa de acesso aos Tribunais consagrada no direito à tutela jurisdicional e na garantia de que a ninguém pode ser denegada justiça por insuficiência econômica⁵⁷.

Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: *Law’s Empire*. p. 122.

⁵¹ CONFORD, Tom. The meaning of access to justice. In: PALMER, Ellie; CONFORD, Tom; GUINCHARD, Audrey; e MARIQUE, Yseult. **Access to justice**. p. 33. Tradução livre: “acesso à justiça é acesso à justiça legal, não devendo haver confusão com a ideia de justiça em um sentido mais geral”.

⁵² Nesse sentido: ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais**. p. 36.

⁵³ OSTI, Alessandra. **Teoria e prassi dell’access to justice**. p. 11. Tradução livre: “a possibilidade a cada ser humano de ter acesso aos instrumentos, geralmente jurisdicionais”, “previstos no ordenamento, colocados à disposição para a tutela dos próprios direitos ou interesses”.

⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. Título original: *Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report*. p. 08.

⁵⁵ OSTI, Alessandra. **Teoria e prassi dell’access to justice**. p. 05. Tradução livre: “abordagem procedimental que se resolve na equação justiça/sistema jurisdicional”.

⁵⁶ FOLLEVILLE, Clémence de. **L’accès au droit et à la justice**. Paris: ESF Éditeur, 2013, p. 21.

⁵⁷ MENDONÇA, J.J. Florentino dos Santos. **Acesso equitativo ao direito e à justiça**. p. 158.

No mesmo sentido, observa-se que a expressão Acesso à Justiça:

Em sentido estrito, refere-se apenas a acesso à *tutela jurisdicional*, ou seja, à composição de litígios pela via judicial. Insere-se e opera, por princípio, no universo do processo. Já em sentido mais amplo embora insuficiente, quer significar acesso à *tutela de direitos ou interesses violados*, através de mecanismos jurídicos variados, judiciais ou não. Num e noutro caso, os instrumentos de acesso à justiça podem ter natureza preventiva, repressiva ou reparatória⁵⁸.

A expressão Acesso à Justiça (*lato sensu*) agrega as duas categorias⁵⁹, prestando-se a referir a igualdade de aceder a recursos judiciais e extrajudiciais. Quando se fala de Acesso à Justiça, aliás, é necessário que essas duas vertentes sejam exploradas, inclusive nas relações entre elas e no modo como o aumento ou a redução de uma pode repercutir na outra, ou seja, na coordenação entre o Acesso ao Judiciário e o Acesso aos Direitos⁶⁰.

Em consequência do que foi articulado até aqui, abstraídas discussões de base filosófica, pode-se elaborar um conceito de Acesso à Justiça (*lato sensu*), num sentido jurídico, como o direito humano no campo internacional, e fundamental no plano interno, positivado comumente sob a forma de norma-princípio, ou mesmo implícito no ordenamento, com valor próprio e também função instrumental a outros direitos, cujo conteúdo é complexo, permite enfoques técnico-processuais e democrático-institucionais, bem como envolve, preponderantemente, prestações estatais e condutas de atores privados, mas ainda incorpora aspectos de direitos de liberdade e participação, especificando-se (*stricto sensu*) nas possibilidades de (i) Acesso aos Tribunais para a prestação jurisdicional e de (ii) Acesso aos Direitos em palanques extrajudiciais, em termos de informação, consultoria e métodos alternativos de resolução de conflitos, noções que interagem entre si e têm seu conteúdo e extensão dependentes da tarefa interpretativa dos juízes, na tensão entre o grau de normatividade do direito e as restrições fáticas e jurídicas existentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo procurou explorar os principais elementos e concepções presentes na compreensão de Acesso à Justiça, com a finalidade de delimitar seu conteúdo e contribuir para a formulação de um conceito.

Duas perspectivas de enfoque foram identificadas: uma jurídico-processual, atrelada à efetividade do processo como instrumento de resolução de conflitos, e outra democrático-institucional, ligada ao papel do sistema jurídico e da instituição judiciária em regimes democráticos.

Também foram diferenciadas duas concepções de Acesso à Justiça (*lato sensu*): o Acesso ao Poder Judiciário e o Acesso aos Direitos. Enquanto aquele cuida das condições de acessibilidade

⁵⁸ BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos e. **A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico**: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. BDJur, Brasília, DF. p. 06-07. Disponível em: < <http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/8688> >. Acesso em: 15 de novembro 2016.

⁵⁹ MENDONÇA, J.J. Florentino dos Santos. **Acesso equitativo ao direito e à justiça**. p. 186.

⁶⁰ A propósito: BOCHENEK, Antônio César. **A internação entre tribunais e democracia por meio do acesso ao direito e à justiça**: análises de experiências dos juzizados especiais federais cíveis brasileiros. Brasília: CJF, 2013.

aos órgãos jurisdicionais para a aplicação judicial de direitos, este privilegia a fruição de direitos em espaços extrajudiciais, desde que efetivos. Anotou-se ainda que, na dinâmica do Acesso à Justiça (*lato sensu*), insere-se a coordenação entre os dois *locus* acima mencionados. Ou seja: o modo como o aumento ou a redução do Acesso ao Judiciário pode influenciar no aumento ou redução do Acesso aos Direitos, sendo válida a recíproca.

Em uma dimensão jurídica, o Acesso à Justiça foi conceituado, enfim, como um direito humano no campo internacional e fundamental no plano interno, positivado, comumente, sob a forma de norma-princípio, podendo apresentar-se também de modo implícito nos ordenamentos jurídicos, que possui um valor próprio, aliado a uma função instrumental a outros direitos, dotando-se de um conteúdo complexo que permite enfoques técnico-processuais e democrático-institucionais. Compreende, preponderantemente, prestações estatais e condutas de atores privados, mas ainda incorpora aspectos de direitos de liberdade e participação. Especifica-se (*stricto sensu*) nas possibilidades de (i) Acesso aos Tribunais para a prestação jurisdicional e de (ii) Acesso aos Direitos em palanques extrajudiciais, em termos de informação, consultoria e métodos alternativos de resolução de conflitos, noções que interagem entre si e têm seu conteúdo e extensão dependentes de atividades interpretativas, na tensão entre o grau de normatividade do direito e as restrições fáticas e jurídicas.

A tentativa de construção de um conceito revela-se importante para que o Acesso à Justiça ostente uma compreensão mais definida, evitando, a exemplo do que ocorre com inúmeras outras expressões vagas, que o termo seja empregado sem critérios, como adorno ou abreviação retórica para posições com os mais diversos sentidos, o que acaba por fragilizar e reduzir a importância desta noção jurídica fundamental.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais**: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. 2ª ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

_____. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. v. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

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

BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos e. **A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico**: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. BDJur, Brasília, DF. p. 06-07. Disponível em: < <http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/8688> >. Acesso em: 15 de novembro 2016.

BÍBLIA, Antigo Testamento. Deuteronômio, 16:18. In: **A bíblia sagrada**. Tradução de João Ferreira de Almeida. LCC publicações eletrônicas. Disponível em: < <http://www.culturabrasil.org/biblia.htm> >. Acesso em 23 de outubro de 2017.

BOCHENEK, Antônio César. **A internacionalização entre tribunais e democracia por meio do acesso ao direito e à justiça**: análises de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros. Brasília: CJF, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O acesso à justiça no plano dos direitos humanos**. In: QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de (Org.). **Acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 01-09.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988 Título original: *Acess to justice: the worldwide movement do make rights effective. A general report*.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CAPLEN, Andrew. Access to justice: the view from the law society. In: PALMER, Ellie; CONFORD, Tom; GUINCHARD, Audrey; e MARIQUE, Yseult. **Access to justice**: beyond the policies and politics of austerity. Oxford: Hart Publishing, 2016. p. 13-26.

CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao acesso à justiça**. 1ª ed (ano 1998), 6ª tir. Curitiba: Juruá, 2009.

CÓDIGO DE HAMURABI; código de manu (livros oitavo e novo); lei das XII tábuas. Supervisão editorial Jair Lot Vieira. São Paulo: Edipro, 3. ed., 2011.

CONFORD, Tom. The meaning of access to justice. In: PALMER, Ellie; CONFORD, Tom; GUINCHARD, Audrey; e MARIQUE, Yseult. **Access to justice**: beyond the policies and politics of austerity. Oxford: Hart Publishing, 2016. p. 27-40.

DONIER, Virgine; LAPÉROU-SCHNEIDER, Béatrice; GERBAY, Nicolas; HOURQUEBIE, Fabrice; e ICARD, Philippe. Propos introductifs, In: DONIER, Virgine; LAPÉROU-SCHNEIDER, Béatrice (sous la direction). **L'accès au juge: reserche sur l'effectivité d'un droit**. Bruxelles: Bruylant, 2003. p. 21-50.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Título original: *Taking Rights Seriously*.

_____. **O Império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: *Law's Empire*.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução de Elaine Nassif. 1ed. Campinas: Bookseller, 2006. Título Original: *Instituzioni di Diritto Processuale*.

FERRARI, Giuseppe Franco. Civil law e << common law >>: aspetti pubblicistici. In: CARROZZA, Paolo; GIOVINI, Alfonso di; e FERRARI, Giuseppe Franco (a cura di). **Diritto costituzionale comparato**. v. 2. Roma: Laterza, 2014. p. 775-803.

FOLLEVILLE, Clémence de. **L'accès au droit et à la justice**. Paris: ESF Éditeur, 2013.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. Título original: *Die normative Kraft der Verfassung*.

JOHNSON JR., Earl. Thinking about access: a preliminary typology of possible strategies. In: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Access to justice**. v III: emerging Issues and perspectives. Milano: Giuffrè; Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff. 1978-1979. p. 03-168.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução de João Baptista Machado. 3ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Título original: *Das problem der gerechtigkeit*.

_____. **O que é justiça?**: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Título original: *What is justice?*

LIMA, George Marmelstein. **O Direito fundamental à ação**: o direito de ação, o acesso à justiça e a inafastabilidade do controle jurisdicional à luz de uma adequada e atualizada teoria constitucional dos direitos fundamentais. Fortaleza: georgemlima.blogspot.com, 1999. p. 30. Disponível em: < <http://georgemlima.xpg.uol.com.br/odfa.pdf> >. Acesso em 5 de janeiro de 2017.

MAGNA CARTA. The great carter of english liberty granted: by king Jon at Runnemed at 15 june, 1215. Nu Visions Publications LCC (recurso eletrônico – ebook): 2004.

MAGNON, Xavier. L'accès a la justice dans la théorie generale du droit. In: BÉTAILLE, Julien (org). **Le droit d'accès à la justice em matière d'environnement**. Toulouse: Pressses de L'université Toulouse, 2016.

MENDONÇA, J.J. Florentino dos Santos. **Acesso equitativo ao direito e à justiça**. São Paulo: Almedina, 2016.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à constituição de 1967**: com a emenda n. 1 de 1969. 3ª ed. Tomo V. Rio de Janeiro: Forense. 1987.

MULLEN, Tom. Access to justice in administrative law and administrative justice. In: PALMER, Ellie; CONFORD, Tom; GUINCHARD, Audrey; e MARIQUE, Yseult. **Access to justice**: beyond the policies and politics of austerity. Oxford: Hart Publishing, 2016. p. 69-104.

PAROSKY, Mauro Vasni. Direitos fundamentais e acesso à justiça na constituição. São Paulo: Ltr, 2008.

PUSTRONO, Pietro. Accesso alla giustizia e protezione diplomatica. In: FRANCIONI, Francesco; GESTRI, Marco; RONZITTI, Natalino; e SCOVAZZI, Tullio. **Acesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'união europea**. Milano: Giuffrè, 2009. p. 69-78.

RADBRUCH, Gustav. **Propedeutica alla filosodia del diritto**. Traduzione di Dino Pasini e Carlo A. Agnesotti. Torino: G. Giappichelli Editore, 1959. Titolo originale: *Vorschule der rechtsphilosophie*.

RAPOSO, Mário. Nota sumária sobre o art. 20º da Constituição. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa: v. III, Ano 44, p. 523-543, dezembro de 1984.

RICE, Thomas H. Speedy; REISMAN Brandie L. Access to justice for tort claims against a sovereign in the courts of the united states of America. *In*: FRANCIONI, Francesco; GESTRI, Marco; RONZITTI, Natalino; e SCOVAZZI, Tullio. **Acesso alla aiustizia dell'individuo nel diritto Internazionale e dell'unione europea**. Milano: Giuffré, 2009. p. 257-304.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Concepções sobre acesso à justiça. **Revista Dialética de Direito Processual – Rddp**. São Paulo, n.82, p. 43-53, janeiro 2010.

OSTI, Alessandra. **Teoria e prassi dell'access to justice**: un raffronto tra ordinamento nazionale e ordinamenti esteri. Milano: Giuffrè Editore, 2016.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Apresentação. *In*: NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ESTADO CONTEMPORÂNEO, GLOBALIZAÇÃO E CRISES: APROXIMAÇÕES E FRICÇÕES

Amadeu Elves Miguel¹

Cesar Luiz Pasold²

INTRODUÇÃO

De acordo com Cesar Pasold, “o surgimento do Estado Contemporâneo ocorreu na segunda década do séc. XX, em 1917, com a Constituição Mexicana, confirmando-se, logo em seguida, em 1919 com a Constituição Alemã de Weimar.”³

Entretanto, este Estado que nasceu com o compromisso do “bem comum” ou “interesse coletivo” experimenta hoje uma Crise geral em todas as frentes. As crises facilmente visíveis estão no campo econômico, ambiental, social, cultural e político e são atribuídas aos padrões de consumo e crescimento material, apadrinhados pelos processos econômicos e pela Globalização.

Fritjof Capra, por exemplo, é categorico ao afirmar que “nos últimos anos, os impactos sociais e ecológicos da Globalização têm sido um tema recorrente.”⁴ A nova economia está a produzir uma multiplicidade de consequências desastrosas – o aumento da desigualdade social, o fim da democracia, a deterioração rápida e extensa do ambiente natural, o aumento da pobreza e da alienação. Esta a ficar cada vez mais claro que o Capitalismo Global, na forma em que se apresenta hoje, é insustentável. Cientistas sociais, líderes comunitários e ativistas de movimentos populares do mundo inteiro estão começando a perceber que o capitalismo global precisa passar por uma profunda remodelação, pois, não terá futuro se não for projetado para ser ecologicamente sustentável e para respeitar os direitos e valores humanos.

O entendimento de Zygmunt Bauman é que esses problemas se exacerbam porque as

¹ Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – PPCJ/UNIVALI (Conceito 6 da CAPES); Pós-graduado 'Lato Sensu'/Especialização em Docência do Ensino Superior pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB). Assessor Jurídico do MINT/Moçambique; Docente da Faculdade de Direito da Universidade São Tomás de Moçambique (USTM) e da Faculdade de Ciência Jurídica da Universidade Técnica de Moçambique (UDM), nos Cursos de Licenciatura em Direito, disciplinas de Ciência Política, Direito Constitucional e Direito Internacional dos Direitos Humanos; Pesquisador do Centro de Investigação em Justiça e Governança (JusGov) da UMINHO. E-mail: amadeu.miguel4@gmail.com; Cv Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7483971847395094>

² Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco - Universidade de São Paulo-USP; Pós Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná-UFPR; Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela UFSC; Mestre em Saúde Pública pela USP. Autor, entre outros, de: PASOLD, Cesar Luiz. **Ensaio sobre a Ética de Norberto Bobbio**. Fpolis: Conceito Editorial, 2008; PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4 ed. Itajaí: Univali-2013- *ebook*, disponível gratuitamente em: <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>; PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática** 14 ed. rev. atual amp. Fpolis: EMAIS, 2018. Organizador e co-autor, entre outros livros de: **Ensaio sobre Meio Ambiente e Direito Ambiental** (Fpolis Insular, 2013. Site: www.cesarluizpasold.com.br; e-mail: clp@cesarluizpasold.com.br cv lattes: <http://lattes.cnpq.br/6851573982650146>

³ PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4. ed. Rev. e Ampl. Itajaí: UNIVALI, 2013, p. 52. [edição impressa comemorativa aos 50 anos de magistério do autor].

⁴ CAPRA, Fritjof. **As conexões Ocultas: ciência para uma vida sustentável**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora Cultrix, 2002, pp. 167 e ss.

piores ameaças ao género humano são globais por natureza, ao mesmo tempo que não há nenhuma perspetiva de qualquer acordo efetivo de governança global para lidar com elas.⁵ Em outras palavras, os nossos problemas são produzidos globalmente, ao passo que os instrumentos de ação política legados pelos construtores do Estado-nação foram reduzidos à escala de serviços requeridos por Estado-nação territoriais.

Pretendemos neste artigo demonstrar as Crises do Estado Contemporâneo que resultam dos processos económicos e da globalização, nomeadamente em duas frentes, nomeadamente, a crise económica e do capitalismo global e a crise ambiental.

Quanto à metodologia empregada para a sua produção do presente texto: na fase de investigação utilizou-se o Método Indutivo; na fase de tratamento de dados, o Método Cartesiano apoiado pelo Método Analítico; e, neste Artigo que é o relato do resultado da Pesquisa, o Método Indutivo. Foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais e da pesquisa bibliográfica. Neste artigo as categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula.⁶

1. GLOBALIZAÇÃO, CAPITALISMO E CRISES DO ESTADO CONTEMPORÂNEO

A Globalização, de acordo com Boaventura de Sousa Santos “é a intensificação de relações sociais e mundiais, que unem localidades distantes de tal modo que os acontecimentos locais são condicionados por eventos que acontecem a muitas milhas de distância e vive-versa.”⁷ Por outro lado, de forma mais exaustiva Ulrich Beck, define-a como “ (...), os processos, em cujo andamento os Estados nacionais veem a sua soberania, sua identidade, suas redes de comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrerem a interferência cruzada de atores transnacionais.”⁸ De entre os motivos que tornam a Globalização irreversível, Ulrich Beck apresenta os seguintes: ampliação geográfica e crescente interação do comércio internacional, a conexão global dos mercados financeiros e o crescimento do poder das companhias transnacionais; a ininterrupta revolução dos meios tecnológicos de informação e comunicação; as correntes icônicas da indústria cultural global; a questão da pobreza mundial; a destruição ambiental mundial, entre outros.⁹

Jurgen Habermas ao descrever como a globalização afeta a soberania do Estado territorial e a Legitimidade democrática do Estado nacional, conclui que

a globalização pressiona do mesmo modo o Estado nacional a se abrir internamente para a pluralidade de modos de vida estrangeiros ou de novas culturas. Ao mesmo tempo, ela limita de tal modo de âmbito de ação dos governos nacionais, que o Estado soberano também tem de se abrir para fora diante de administrações internacionais. Se o novo fechamento ocorrer sem efeitos colaterais sociais patológicos, uma política que corresponda aos mercados globalizados deve se concretizar apenas

⁵BAUMAN, Zigmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de Crise**. Tradução de Renato Aguiar. Lisboa: Editora Relógio D'Água, 2016, p. 36.

⁶A metodologia usada no presente artigo está conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 14. ed. rev. atual. e ampli. Florianópolis: Emais, 2018.

⁷SANTOS, Boaventura de Sousa. Os Processos da Globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **A Globalização e as Ciências Sociais**. 3. ed. São Paulo, SP: Editora Cortez, 2005, p. 26.

⁸BECK, Ulrich. **O que é Globalização?** Équivocos do Globalismo: respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 30.

⁹BECK, Ulrich. **O que é Globalização?**, p. 30-31.

dentro das formas institucionais que não retrocedam aquém das condições de legitimação da autodeterminação democrática.¹⁰

Para Gustavo Lins Ribeiro, à medida que a Globalização desenvolve sua dinâmica seletiva reproduzindo ou criando poderosas elites e que o capitalismo transnacional mais e mais dita regras para os Estados nacionais, cresce a necessidade dos cidadãos em todo o mundo de se localizarem em novos cenários e de encontrarem maneiras de contrabalançar novas tendências hegemônicas.¹¹

Em relação às características da Globalização, a mais comum, nos dizeres de Fritjof Capra é uma rede global de informática e comunicações baseada no uso de tecnologias novas e revolucionárias.¹² Essas tecnologias sofisticadas de telecomunicações e informática, no entender do mesmo autor “permitem que o capital financeiro mova-se rapidamente de uma opção a outra numa incansável busca de oportunidades de investimentos pelo planeta inteiro (...).”¹³

E esse processo de Globalização econômica foi elaborado intencionalmente pelos grandes países que optam pelo sistema capitalista, o chamado G-7, principais empresas multinacionais e as instituições financeiras globais, entre elas o FMI, o Banco Mundial e a OMC, criadas expressamente para esse fim. E por consequência, nota-se que que nas ultimas tres décadas no mínimo, o capitalismo global na sua forma contemporânea não cultiva a sustentabilidade e teria de ser reestruturado desde as bases, conforme conclui Capra.¹⁴

Além de sua instabilidade econômica, a forma atual do Capitalismo Global é insustentável dos pontos de vista ecológico e social, e por isso pode-se questionar a sua viabilidade a longo prazo. O ressentimento contra a Globalização Econômica cresce rapidamente em todas as partes do mundo. Pode ser que o destino último do Capitalismo Global seja, nas palavras de Capra, “a rejeição social, cultural e política, por parte de um grande número de pessoas no mundo inteiro, de um autômato cuja lógica ignora ou desvaloriza a humanidade dessas pessoas.”¹⁵

São muitas as questões críticas que o Estado enfrenta, e as causas são numerosas: algumas induzidas por mudanças históricas e culturais profundas, que tiveram lugar nos finais do séc. XX e na primeira década do terceiro milênio; outras por escolhas políticas e econômicas que produziram graves consequências na vida quotidiana das pessoas, exacerbando ainda mais a sua distância das instituições.¹⁶ Miguel Reale entende que essa Crise que se vive em nossa época é uma “crise geral da cultura contemporânea como reflexo da crise de valores que se opera na civilização do ocidente”¹⁷, inclusive pelo impacto da ciência sobre a sociedade, alargando-se as bases de participação humana aos bens de vida.

¹⁰HABERMAS, Jurgén. **A Constelação Pós-nacional**. Ensaios políticos. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 108.

¹¹RIBEIRO, Gustavo Lins. **A Condição da Transnacionalidade**. Série Antropologia, Brasília, v. 223, p.1-34, 1997.

¹²CAPRA, Fritjof. **As Conexões Ocultas**, p. 144.

¹³CAPRA, Fritjof. **As Conexões Ocultas**, p. 148.

¹⁴CAPRA, Fritjof. **As Conexões Ocultas**, p. 167.

¹⁵CAPRA, Fritjof. **As Conexões Ocultas**, p. 167.

¹⁶BAUMAN, Zigmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de Crise**, p. 43.

¹⁷REALE, Miguel. **O Direito Como Experiência**: Introdução à Epistemologia Jurídica. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p.188.

Boaventura de Sousa Santos também é bastante crítico em relação ao Estado Contemporâneo. Para este autor, as Sociedades contemporâneas e o sistema mundial em geral passam por processos de transformação social muito muito rápidos e muito profundos que põem definitivamente em causa as teorias e os conceitos, os modelos e as soluções anteriormente considerados eficazes para diagnosticar e resolver crises sociais. Ainda de acordo com esse autor

a pobreza extrema de uma parte significativa e crescente da população mundial, o agravamento aparentemente irreversível das desigualdades sociais em virtualmente todos os países, a degradação ambiental e a ausência de soluções credíveis para qualquer destes problemas, levam-nos a pensar que o que está verdadeiramente em crise é o modelo civilizacional no seu todo, isto é, o paradigma da modernidade ocidental.¹⁸

As reflexões feitas por Paulo Cruz vão no mesmo sentido, qual seja o de que as últimas duas décadas do séc. XX e a primeira do séc. XXI registraram um estado de Crise praticamente permanente. É uma Crise complexa, multidimensional, cujas facetas afetam todos os aspectos de nossa vida – a Saúde e o modo de vida, a qualidade do Meio Ambiente e das relações sociais, a economia, a tecnologia e a política. É uma Crise de dimensões intelectuais, morais e espirituais.¹⁹ Portanto, uma crise de escala e premência sem precedentes na história da Humanidade, pois, pela primeira vez, temos que nos defrontar com a real ameaça de extinção da raça humana e de toda a vida no planeta.

Vejamos, por exemplo, na área da segurança, uma das mais preocupantes no Estado Contemporâneo, Ulrich Beck afirma que o risco do terrorismo altera os fundamentos da política internacional. Para este pensador do nosso tempo, o terrorismo suicida atingiu uma forma cosmopolita.²⁰ Sem a evidência brutal da catástrofe provocada conscientemente e sem a sua encenação nos meios de comunicação social, a antecipação da catástrofe – e este é o cerne do risco do terrorismo – continua a ser sempre mais ou menos improvável. Ainda de acordo com Beck,

depois do trauma da violência e impotência vividos à nível global, através dos meios de comunicação social, o receio do surgimento de novos atentados terroristas tornou-se, de repente, onnipresente. A catástrofe em si está fixada em termos locais, temporais e sociais, com um início e um fim claros.²¹

Portanto, a Globalização do perigo de terrorismo manifesta-se, em primeiro lugar, como Globalização da expectativa de possíveis atentados terroristas em quase todos os lugares do mundo e a qualquer momento. Esta expectativa possui consequências profundas para o Direito, os militares, a liberdade, o quotidiano das pessoas, a estabilidade da ordem política em todo o mundo, uma vez que desfaz as garantias de segurança das instituições básicas do Estado-nação.

Mesmo em termos históricos, o séc. XX, por exemplo, considerado como um período de

¹⁸SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice**. O social e o político na pós-modernidade. 9 ed. rev e aum. Coimbra: Almedina, 2013, p. 32 e ss.

¹⁹CRUZ, Paulo Márcio. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. [recurso eletrônico]/Paulo Márcio Cruz, Zenildo Bodnar; participação especial Gabriel Real Ferrer. Dados eletrônicos. – Itajaí: UNIVALI, 2012, p. 31.

²⁰BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco Mundial**: em busca da segurança perdida. Tradução de Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Edições 70, 2016, p. 83.

²¹BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco Mundial**, p. 84.

excepcionais conquista da ciência, não terminou muito bem. À catástrofe das duas grandes guerras haviam-se seguido cerca de trinta anos de extraordinário crescimento econômico e transformação social que mudaram de maneira profunda a Sociedade humana. Suas três últimas décadas, no entanto, foram um período de decomposição, incerteza e Crise. A esse propósito Gilberto Dupas afirma que “à medida que se aproximavam os anos 90, o estado de espírito dos que analisavam este século era de crescente desencanto. O futuro aparecia como desconhecido e problemático.”²² O mundo capitalista viu-se novamente às voltas com problemas que parecia ter eliminado: desemprego, depressões cíclicas, população indigente em meio a um luxo abundante e o estado de crise.

Também, Eric Hobsbawm diz que “a estrutura do breve séc. XX parece uma história de tríptico ou sanduíche histórico”.²³ Afirma ainda que “a uma Era de Catástrofes que – se estendeu de 1914 até depois da Segunda Guerra Mundial, seguiram-se cerca de 25 ou 30 anos de extraordinário crescimento econômico e transformação social, anos que provavelmente mudaram de maneira mais profunda a sociedade humana que qualquer outro período de brevidade comparável.”²⁴ Contudo, considera Hobsbawm que

[...]. A última parte do século foi uma nova era de decomposição incerteza e crise – e, com efeito, para grandes áreas do mundo, como a África, a ex-URSS e as partes anteriormente socialistas da Europa, de catástrofe. À medida que a década de 1980 dava lugar à de 1990, o estado de espírito dos que refletiam sobre passado e o futuro do século era de crescente melancolia *fin-de-siècle*. Visto do privilegiado ponto de vista da década de 1990, o Breve Século XX passou por uma curta Era do Ouro, entre uma crise e outra, e entrou num futuro desconhecido e problemático, [...].²⁵

Em síntese é a chamada “era dos extremos” caracterizada por grandes avanços de índole industrial, econômica, tecnológica, material, de infraestruturas, catapultados pela Globalização, mas com grandes retrocessos na frente humana, social, de paz e estabilidade e até de pandemias e doenças sem precedentes na história da Humanidade.

Apresentaremos a seguir algumas Crises do Estado Contemporâneo, como resultado da Globalização, designadamente a Crise Econômica e do Capitalismo Global e a Crise Ambiental.

2. A CRISE ECONÔMICA E DO CAPITALISMO GLOBAL

Resultante da Globalização, a Crise que se desenvolve desde 2008 não é meramente econômica. É estrutural e multidimensional. Os acontecimentos que ocorreram, no seu rescaldo imediato, mostram que estamos entrando num mundo com condições econômicas e sociais muito diferentes daquelas que caracterizaram o crescimento global do capitalismo informacional nas últimas três décadas.

As políticas e as estratégias desenvolvidas para gerir a Crise – com resultados diferenciados

²²DUPAS, Gilberto. **Ética e Poder na Sociedade da Informação**: de como a autonomia das novas tecnologias obriga a rever o mito do progresso. São Paulo: Editora UNESP, 2000, p. 9.

²³HOBSBOWM. Eric. **A Era dos Extremos**: O breve século XX/1914 - 1919. Tradução de Marcos Santarrita, 2. ed., Reim. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 15.

²⁴HOBSBOWM. Eric. **A Era dos Extremos**, p. 15.

²⁵HOBSBOWM. Eric. **A Era dos Extremos**, p. 16

dependendo do país – podem levar-nos a um sistema econômico e financeiro completamente diferente, como a *New Deal*, a construção do Estado social europeu e a arquitetura financeira global de Bretton Woods deram lugar ao crescimento de uma nova forma de capitalismo no rescaldo da depressão da década de 1930 e da Segunda Guerra Mundial.

O Capitalismo Global e sua estrutura social, a Sociedade em rede, exibiram algumas características historicamente irreversíveis, como a lógica da Sociedade em rede global baseada numa rede digital na qual se encontra o núcleo de todas as atividades humanas, juntamente com alguns elementos submetidos a eventuais mudanças sob o impacto da crise decorrente das contradições desse modelo de crescimento econômico.²⁶ Nesse contexto, a atual Crise decorre das tendências destrutivas induzidas pelas dinâmicas de um Capitalismo Global desregulado, ancorado num mercado financeiro sem restrições, feito de redes informáticas globais e alimentados por uma produção incessante de títulos artificiais, como fonte de acumulação e empréstimos de capital.

Portanto, a Crise Financeira de 2008 – a maior desde o colapso da Bolsa de Nova York, em 1929 – quebrou os bancos, e seguradoras, trouxe vultosas perdas patrimoniais para acionistas, correntistas e poupadores, disseminou o pânico nos mercados de capitais, provocou desequilíbrios macroeconômicos internacionais, travou o crescimento de países desenvolvidos e em desenvolvimento e gerou altas taxas de desemprego.²⁷

José Eduardo Faria diz “que diante do desafio de reconstituir a economia global e estimular a demanda doméstica, os governos passaram a adotar políticas fiscais anticíclicas, pressionando os bancos centrais a ampliar suas funções estabilizadoras e a discutir novas formas de controle dos mercados.”²⁸ A fim de promover a recuperação mundial, os organismos multilaterais convocaram sucessivas reuniões para discutir novas formas de governança e forjar normas, processos e instituições para a regulação econômica mundial. Com isso, a ideia de autorregulação dos mercados – até então hegemônica – entrou em Crise, e o intervencionismo governamental retornou à agenda política – três décadas após ter sido dela retirado, em meio a um processo de abertura comercial, desregulamentação econômica, privatização de empresas estatais e revogação de monopólios públicos.

3. A CRISE AMBIENTAL

Para vários importantes cientistas, a ameaça mais grave à humanidade nesse início do séc. XXI é o ataque sem tréguas ao meio ambiente decorrente da lógica de produção global e da direção dos vetores tecnológicos contidos nos atuais conceito de progresso. No passado distante, as únicas mudanças globais abruptas no ambiente do nosso planeta tinham sido desencadeadas por impactos de grandes asteróides ou por enormes erupções vulcânicas. Depois de cada um desses fenômenos naturais, novas espécies surgiram, evoluíram e se extinguíram em escalas de

²⁶ A este propósito veja-se CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. Vol I. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

²⁷ CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo; CARAÇA, João. As culturas da crise econômica. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo; CARAÇA, João. (org). **A Crise e Seus Efeitos**. As culturas econômicas da mudança. São Paulo: Paz e Terra, 2013, p. 23.

²⁸ FARIA, José Eduardo. **O Estado e o Direito Depois da Crise**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 32-33.

tempo geológico de milhões de anos. Mas, derrepente, durante um instante minúsculo da história da Terra, os padrões de vegetação começaram a se alterar muito mais depressa do que antes.²⁹ Há várias evidências sobre a conduta humana insustentável no planeta. “A diminuição acelerada da biodiversidade, a contaminação das águas, a descontrolada produção de lixo, a incessante e criminosa supressão de reservas florestais, dentre outros, são fenômenos que demonstram a atual e gradativa insustentabilidade”.³⁰ Ao que tudo indica, nos próximos milhões de anos, o planeta não será instinto, antes pelo contrário a humanidade é que corre real perigo. O ecossistema global e a futura evolução da vida na Terra estão correndo sério perigo e podem muito bem resultar num desastre ecológico em grande escala. Paulo Cruz considera que

a deterioração de nosso meio ambiente tem sido acompanhada de um correspondente aumento nos problemas de saúde dos indivíduos. Enquanto as doenças nutricionais e infecciosas são as maiores responsáveis pelas mortes no Terceiro Mundo, os países industrializados são flagelados pelas doenças crônicas e degenerativas apropriadamente chamadas de “doenças da civilização”.³¹

No mesmo diapasão diz Juarez Freitas que “a gravidade das questões ambientais encontra-se, no presente estágio, isenta de dúvidas, em pontos fulcrais.”³² Igualmente, Noam Chomsky, um dos mais destacados críticos mundiais, citando uma declaração das academias de ciências dos países que fazem parte dos países mais industrializados e desenvolvidos do mundo (G-8), incluindo-se a China, Índia e Brasil comenta. Comenta ele que

importantes pesquisadores climáticos norte-americanos (...) divulgaram ‘as provas mais convincentes já reunidas’ de que as atividades humanas são responsáveis pelo aquecimento global. Esses pesquisadores previram grandes efeitos climáticos, de entre eles, a severa redução das fontes de água nas regiões que dependem de rios alimentados pelo derretimento das neves e geleiras. [...]. Na mesma ocasião, outros importantes pesquisadores apresentaram evidências de que o derretimento dos lençóis de gelo do Ártico, e da Groelândia vem causando mudanças no equilíbrio salino do mar que ameaçam fechar o Cinturão Termohalino Mundial, responsável pela transferência de calor dos trópicos para as regiões polares por meio das correntes marinhas, uma delas a Corrente do Golfo. Uma possível consequência desse processo é a significativa redução da temperatura na Europa.³³

Não muito tempo depois, especialistas em clima relataram o encolhimento da calota glacial polar e advertiram que os há muito tempo previstos “efeitos retroalimentadores no sistema já começaram a se consolidar, à medida que a superfície expandida do oceano absorve energia solar em vez de refleti-la de volta ao espaço, assim acelerando a grave ameaça do aquecimento global.

Portanto, negar, nessa altura, os malefícios dos bilhões de toneladas de gases tóxicos (muitas das vezes com custos elevados) parece ser uma atitude despida de mínima cientificidade. Como considera Juarez Freitas, “provavelmente, trata-se da primeira vez na história, salvo risco de guerra nuclear, que a humanidade simplesmente pode inviabilizar a sua sobrevivência na terra”,

²⁹DUPAS, Gilberto. **O Mito do Progresso**. São Paulo: Editora UNESP, 2006, p. 219 - 2020.

³⁰ WANDSCHEER, Clarissa Bueno; VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. **O Desenvolvimento Sustentável e algumas Considerações Críticas ao Modelo Econômico Capitalista**. In: *Novos Estudos Jurídicos/nej*. Vol 22, nº 2, 2017, p. 670-699.

³¹CRUZ, Paulo Márcio. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**, p. 31.

³²FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 24.

³³CHOMSKY, Noam. **Estados Fracassados**. O abuso do poder e o ataque à democracia. Tradução de Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009, p. 24.

por sua própria culpa, pela sua forma de consumismo selvagem, compulsivo e pouco amigável.³⁴

Esta crise planetária que se vive é atribuída aos padrões de consumo e ao crescimento material, apadrinhados pelos processos econômicos e de “capitalismo selvagem”. Nicholas Georgescu, um dos principais economistas do séc. XX, especificamente da chamada “Economia Ecológica”, antecipou questões que hoje preocupam a Sociedade, no que diz respeito à Sustentabilidade Ambiental do desenvolvimento e à ideia do decrescimento. Alertou ainda à comunidade científica e principalmente aos economistas que a própria natureza seria responsável pela limitação dos processos econômicos e esta “alerta” “custou-lhe caro”.³⁵

Andrei Cechin, economista que estudou a visão de Georgescu sobre o desenvolvimento sustentável, esclarece que os economistas estudam tudo o que está dentro do processo (de produção), mas não percebem (talvez não queiram) que ele não seria possível sem a entrada dos recursos da natureza e a saída dos resíduos que lhe são devolvidos.³⁶ De fato, do ponto de vista material, a economia transforma bens naturais valiosos em rejeitos que não podem ser mais utilizados, não significando que a função das atividades econômicas seja a produção de resíduos. O intuito é a produção de mercadorias de consumo para a felicidade humana, o fluxo imaterial de bem-estar gerado pelo sistema. No entanto, nada garante que as gerações do futuro poderão ter acesso aos recursos e serviços da natureza semelhante ao que tiveram as gerações precedentes.

Para Paulo Cruz, o desenvolvimento global e qualitativo, aliado à proteção efetiva do meio ambiente, constitui um dos grandes desafios para as Sociedades contemporâneas. Estabelecer as diretrizes sustentáveis para um futuro com mais prudência ambiental e com a gestão adequada dos riscos é uma das principais tarefas do Direito Ambiental.”³⁷

No estágio atual da Globalização, é o mercado quem atua com enorme força, fluidez e liberdade impondo as regras do jogo. O protagonismo não é mais o da Sociedade e nem o dos Estados. Esta lógica de submissão exclui ou sufoca outras dimensões imprescindíveis para a sustentabilidade da comunidade mundial como a ecologia e o imprescindível controle político e social. Esse cenário demanda uma interação sinérgica entre os aspectos sociais, ecológicos, econômicos e tecnológicos do desenvolvimento. A sustentabilidade deve ser construída e consolidada a partir do aporte científico de diversos campos do saber e deve integrar a base formativa de todas as teorias políticas, sociais, econômicas e jurídicas na atualidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para concluir e conforme foi visto, a Sociedade contemporânea e o sistema mundial em geral estão a passar por processos de transformação social muito rápidos e muito profundos que põem definitivamente em causa as teorias e os conceitos, os modelos e as soluções anteriormente considerados eficazes para diagnosticar e resolver crises sociais.

³⁴ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 24.

³⁵ Vide o texto integral de :GERGESCU-ROEGEN, Nicholas. **The Entropy Law and the Economic Process**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971.

³⁶ CECHIN, Andrei. **A Natureza Como Limite da Economia: A contribuição de Nicholas Georgescu-Roegen**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo/Edusp, 2010.

³⁷ CRUZ, Paulo Márcio. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**, p. 106.

No campo ambiental, a compreensão científica da mudança climática é hoje suficientemente clara para justificar uma ação imediata. É vital que todas as nações identifiquem medidas adequadas em termos de custo-benefício que possam tomar agora de modo a contribuir para a redução substancial e a longo prazo da emissão líquida global de gases de efeito estufa. No campo econômico, são muitas as razões que no momento atual questionam a lógica do crescimento econômico. Por um lado, sofremos Crises de várias índoles, tais como econômica, financeira, ecológica, social, cultural e por outro, o aumento dos rendimentos per capita nas últimas décadas aconteceu em paralelo com uma aparente diminuição do grau de satisfação com a vida.

Nesse contexto, é conclusiva a tese de que as atuais Crises decorrem das tendências destrutivas induzidas pelas dinâmicas de um Capitalismo Global desregulado, ancorado num mercado financeiro com poucas restrições, feito de redes informáticas globais e alimentados por uma produção incessante de acumulação e empréstimos de capital.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BAUMAN, Zigmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de Crise**. Tradução de Renato Aguiar. Lisboa: Editora Relógio D'Água, 2016. *State of Crisis*.

BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Équivocos do Globalismo**: respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Título original: *Was ist globalisierung? Irrtümer des globalismus: Antworten auf globalisierung*.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco Mundial**: em busca da segurança perdida. Tradução de Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Edições 70, 2016. Título Original: *Weltrisikogesellschaft. Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit*.

CAPRA, Fritjof. **As Conexões Ocultas**: ciência para uma vida sustentável. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora Cultrix, 2002. Título Original: *The Hidden Connections*.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. A Era da Informação: economia, sociedade e cultura. Vol I. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo; CARAÇA, João. As Culturas da Crise Econômica. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo; CARAÇA, João. (org.). **A Crise e Seus Efeitos**. As culturas econômicas da mudança. São Paulo: Paz e Terra, 2013.

CECHIN, Andrei. **A Natureza Como Limite da Economia**: A contribuição de Nicholas Georgescu-Roegen. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo/Edusp, 2010.

CHOMSKY, Noam. **Estados Fracassados**. O abuso do poder e o ataque à democracia. Tradução de Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009. Título Original: *Failed States*.

CRUZ, Paulo Márcio. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. [recurso eletrônico]/Paulo Márcio Cruz, Zenildo Bodnar; participação especial Gabriel Real Ferrer. Dados

eletrônicos. – Itajaí: UNIVALI, 2012.

DUPAS, Gilberto. **Ética e Poder na Sociedade da Informação**: de como a autonomia das novas tecnologias obriga a rever o mito do progresso. São Paulo: Editora UNESP, 2000.

DUPAS, Gilberto. **O Mito do Progresso**. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

FARIA, José Eduardo. **O Estado e o Direito Depois da Crise**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GERGESCU-ROEGEN, Nicholas. **The Entropy Law and the Economic Process**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971.

HABERMAS, Jurgen. **A Constelação Pós-nacional**. Ensaios políticos. Tradução de Marcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. Título Original: *Die postnationale Konstellation*.

HOBBSBOWM, Eric. **A Era dos Extremos**: O breve século XX/1914 - 1919. Tradução de Marcos Santarrita, 2. ed., Reim. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. Título Original: *Age of extremes: The short twentieth century: 1914-1991*.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4. ed. rev. e Ampl. Itajaí: UNIVALI, 2013, p. 52. [edição impressa comemorativa aos 50 anos de magistério do autor].

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 14. ed. rev. atual. e ampli. Florianópolis: Emais, 2018.

REALE, Miguel. **O Direito Como Experiência**: Introdução à Epistemologia Jurídica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

RIBEIRO, Gustavo Lins. **A Condição da Transnacionalidade**. Série Antropologia, Brasília, v. 223, p.1-34, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os Processos da Globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **A Globalização e as Ciências Sociais**. 3. ed. São Paulo, SP: Editora Cortez, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice**. O social e o político na pós-modernidade. 9. ed. Rev e aum. Coimbra: Almedina, 2013.

WANDSCHEER, Clarissa Bueno; VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. **O Desenvolvimento Sustentável e algumas Considerações Críticas ao Modelo Econômico Capitalista**. In: Novos Estudos Jurídicos/nej. Vol 22, nº 2, 2017, p. 670-699.

O USO MEDICINAL DA CANNABIS E A INDÚSTRIA DE MEDICAMENTOS¹

Daniela Nicolai de Oliveira Lima²

Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza³

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico se relaciona com a disciplina Direito, Economia e Sustentabilidade, ministrada pela Professora Doutora Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza, no PPCJ do Curso de Mestrado da Univali, em convênio com a Faculdade Católica de Rondônia, que tem como linha de pesquisa “Constitucionalismo e Produção do Direito”.

Atualmente, a inovação é a chave para o desenvolvimento econômico mundial, principalmente através de novas tecnologias. Nessa seara, o Brasil tem envidado esforços de alinhamento internacional, buscando alianças estratégicas para o fomento de pesquisas científicas sobre produtos inovadores, mas que sejam também sustentáveis. Nesse contexto, avançam as pesquisas científicas na área da saúde e da farmacologia, sobre o uso medicinal da *Cannabis Sativa*, para o tratamento de diversas doenças, com resultados surpreendentes.

O objetivo geral do presente trabalho é demonstrar que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º III, da CF/88) e os direitos fundamentais à vida (art. 5º, caput, CF/88) e à saúde (art. 6º, caput, CF/88) amparam a democratização do acesso aos medicamentos à base da *Cannabis Sativa*, que teve início com atos de desobediência civil pacífica de mães de crianças com epilepsia refratária, que os importaram clandestinamente e, posteriormente, obtiverem na Justiça autorização para importação.

A demora do sistema jurídico nacional em se adequar à tendência internacional de regulamentação, evidenciou o seu engessamento, que tornava o direito vigente incapaz de acompanhar a velocidade inversamente proporcional do desenvolvimento econômico e tecnológico mundial, criando zonas de “não-Direito”.⁴

Somente quando os influxos da globalização e da transnacionalização chegaram ao Brasil, a

¹ Esta pesquisa foi objeto de debate no 13º Seminário Internacional de Democracia e Constitucionalismo, nos dias 17 e 18 de novembro de 2020, por webconferência, Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI

² Mestranda da Univali-SC, em convênio com a Faculdade Católica de Rondônia. Promotora de Justiça do Ministério Público de Rondônia. Membro da Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor-MPCON. Pós-graduada em Direito do Consumidor pela Universidade Anhanguera-Uniderp/SP. E-mail: nicolai.mpro@gmail.com

³ Doutora e Mestre em *Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad* pela Universidade de Alicante/ Espanha. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professora Permanente no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado, e na Graduação no Curso de Direito, ambos da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade” cadastrado no CNPq/EDATS/UNIVALI. Advogada. E-mail: mclaudia@univali.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8118-1071>.

⁴ CALETTI, Leandro. STAFFEN, Márcio Ricardo. **A Fragmentação Jurídica e o Direito Ambiental Global**. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 16 n., 34, p. 277-310. Jan./abr. 2019. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index/php/veredas/article/view/1455>>. p. 286-287.

ANVISA entendeu a necessidade de regulamentação da matéria e passou a agir, evidenciando o potencial subversivo dos discursos oprimidos, em prol do desenvolvimento de novas tecnologias, proporcionando a flexibilização de normas jurídicas, em um “novo pluralismo jurídico”.⁵

Como objetivos específicos, buscou-se relatar os estudos científicos exitosos no uso medicinal da *Cannabis Sativa* para o tratamento de doenças como a epilepsia, a Aids e o câncer; o *lobby* exercido pela indústria de medicamentos, junto aos órgãos governamentais, para tentar barrar a autorização de importação e fabricação no Brasil, a fim de manter o monopólio dos opióides e a tentativa de se patentear a fórmula base do óleo do canabidiol, o que foi indeferido pelo INPI, por entender que o sistema de patentes é inadequado para a proteção dos conhecimentos tradicionais empíricos sobre uma planta, que é notório em várias partes do mundo, por ser considerado um direito intelectual coletivo, de absoluto domínio público.

A relevância do presente trabalho se evidencia pela necessidade de se difundir o conhecimento sobre o uso medicinal da *Cannabis Sativa*, visando reduzir o preconceito em relação à planta, retirando-a do *status* de entorpecente, alçando-a a um novo *status*, de produto inovador, matéria-prima de uma indústria vibrante e de um mercado global, que tem sido objeto de debate nos cinco continentes, com potencial de impulsionar, também, o desenvolvimento econômico nacional.

Nesse sentido, no dia 02 de dezembro de 2020, a Organização das Nações Unidas – ONU, através de uma votação histórica, em Viena/Áustria, aprovou a reclassificação da *Cannabis Sativa* e da sua resina derivada. Por 53 votos simples, os países que compõem a Comissão de Entorpecentes, retiraram a planta das listas I e IV, que engloba drogas perigosas, como a heroína, realocando-a em uma lista de categoria abaixo, que permite estudos científicos, para melhor observação de suas propriedades medicinais e terapêuticas, como ocorre com a morfina, sobre a qual a Organização Mundial de Saúde (O.M.S.) ainda recomenda controle, mas admite o avanço de pesquisas e usos medicinais⁶.

A metodologia utilizada para este estudo foi de natureza indutiva, utilizando-se de fonte secundária, a partir de pesquisa bibliográfica qualitativa, pela via eletrônica, através da revisão de artigos científicos publicados sobre o tema abordado.

1. O USO TERAPÊUTICO DA CANNABIS SATIVA

1.1 O ESTIGMA DA CANNABIS

Embora a Convenção Única de Entorpecentes da Organização das Nações Unidas, de 1961, permita o uso médico e científico de qualquer droga. Na prática, devido ao *status* de psicotrópico da planta, a *Cannabis Sativa* foi sistematicamente proibida pela legislação de vários países, através da política de combate ao tráfico ilícito de drogas, fazendo com que o tema sobre o uso medicinal

⁵ CALETTI, Leandro. STAFFEN, Márcio Ricardo. **A Fragmentação Jurídica e o Direito Ambiental Global**. p. 287-299.

⁶ COMISSÃO DA ONU RETIRA A MACONHA DE LISTA DE DROGAS CONSIDERADAS MAIS PERIGOSAS. G1. 02 dez. de 2020. Disponível em <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/12/02/comissao-da-onu-aprova-retirar-a-maconha-de-lista-de-drogas-consideradas-mais-perigosas.ghtml>>. Acesso em 07.dez.20.

de seus princípios ativos se tornasse um tabu.

No Brasil, a maconha foi criminalizada, ainda em 1940, pelo artigo 281 do Código Penal, ao contrário do que ocorreu com a morfina, derivada do ópio, intensamente utilizada em medicamentos de tarja preta, até os dias atuais.

Posteriormente, a Lei Antidrogas (Lei nº 11.343/2006) instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SINAD, estabelecendo medidas para prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas ilícitas, dentre elas a maconha, bem como, normas para repressão à produção, cultivo e comercialização não autorizados.

Entretanto, nos últimos anos, esse cenário vem mudando, devido às tendências globais de regulamentação do seu uso medicinal.

Em 2018, o FDA (*Food and Drugs Administration*), órgão que regulamenta alimentos e medicamentos nos Estados Unidos, reconheceu como sendo um medicamento, um composto à base da *Cannabis*. Anteriormente, esses compostos eram catalogados como suplementos alimentares e a planta constava na lista de substâncias proibidas, ao lado da Heroína e da Cocaína. Atualmente, 33 Estados norte-americanos autorizam o uso da planta para fins medicinais.

Segundo a revista *The Economist*, mais de 30 países já legalizaram o uso medicinal da *Cannabis Sativa*, dentre eles estão os EUA, Canadá, Itália, Espanha, Israel, Uruguai e Reino Unido,⁷ alterando o panorama global a respeito, o que obrigou os governos a construírem estruturas regulatórias para controlar o suprimento legal aos consumidores.⁸

1.2 O AVANÇO DAS PESQUISAS CIENTÍFICAS

O número de trabalhos publicados estabelecendo as atividades farmacológicas por categoria de fitocannabinóides, durante o intervalo de 1960 até 2019, mostra um crescimento exponencial de pesquisas científicas, que apontam para evidências robustas quanto à propriedade medicinal da *Cannabis Sativa*.⁹

O cientista israelense Raphael Mechoulam, do Instituto Weizmann/Israel, foi o pioneiro nos estudos sobre a aplicação da planta para uso medicinal, revolucionando o seu *status* no mundo. Em 1964, ele teve sucesso no isolamento dos principais canabinóides vegetais: A9-tetrahidrocanabinol, canabidiol e cannabigerol, possibilitando o uso medicinal dos princípios ativos da planta.¹⁰

⁷ TORRES MUÑOZ, Wanda Tatiana. *Cannabis: what are the 21st century global trends regarding its regulation?* In: **LSE Research Festival**, 2019-02-25. 2019-03-02, **London School of Economics**. Disponível em: http://eprints.lse.ac.uk/100616/1/Canabis_EX068_A4.pdf>. Acesso em 09 de set. 2020.

⁸ A global Revolution in attitudes towards cannabis is under way. *The Economist*. 29.08.2019. Disponível em: <https://www.economist.com/international/2019/08/29/a-global-revolution-in-attitudes-towards-cannabis-is-under-way>>. Acesso em 09 de set. de 2020).

⁹ VILLAS BÔAS, Glauco de Kruse; REZENDE, Mayara de Azevedo. Discussão sobre o acesso aos medicamentos derivados da *Cannabis* à luz da Inovação em Saúde no Brasil. **Fitos**. Rio de Janeiro. 2020. 14 (2): 259-284. e-ISSN: 2446-4775. p. 260. Disponível em <<https://www.revistafitos.far.fiocruz.br/>>. Acesso em 09 de set. 2020.

¹⁰ Conheça o Pelé da Cannabis Medicinal. 22.05.2019. **Revista Eletrônica SECHAT**. Disponível em <<https://sechat.com.br/conheca-o-pele-da-cannabis-medicinal/>>. Acesso em 04 set. 2020.

No Brasil, o Professor Elisaldo Carlini¹¹, da UNIFESP, colaborou com a pesquisa do cientista israelense, através de um estudo duplo cego randomizado de fase 1, que mostrou o potencial anticonvulsivante do canabidiol (CBD).

Atualmente, a USP possui a maior produção científica mundial sobre canabidiol, sendo que quatro professores da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto/SP aparecem entre os dez mais produtivos do mundo em estudos na área.

1.3 O CANABIDIOL E O TETRAHIDROCANABINOL

Dentre os principais compostos farmacologicamente ativos da *Cannabis Sativa* encontram-se o canabidiol (CBD) e o tetrahidrocanabinol (THC).

O canabidiol (CBD) possui potencial anti-inflamatório e calmante do sistema nervoso central, diminuindo o excesso de atividade elétrica do cérebro. Segundo o neurocientista brasileiro José Alexandre Crippa¹², o CBD possui efeitos analgésicos e antiespasmódicos, mas não tem efeito psicotrópico, não provoca alterações, psicossensoriais, sedação, nem vício, tampouco a mesma euforia (ou 'brisa') ocasionada pelo tetrahidrocanabinol (THC), que é uma característica do uso da maconha para fins recreativos.

Já o THC, se utilizado em altas doses, pode causar distúrbios psiquiátricos, como a Esquizofrenia. Enquanto o THC é considerado um perturbador do sistema nervoso central, o CBD é um depressor, acalmando o sistema.

A boa notícia é que o CBD tem a função de neutralizar os efeitos nocivos do THC, diminuindo-os, pois possui um efeito sinérgico, que influencia na ação do THC, aumentando a eficácia clínica do medicamento e reduzindo os efeitos adversos¹³.

Os canabinóides têm sido administrados através de uma mistura oleosa, composta de um óleo integral qualquer e o extrato da planta. A fórmula é lipossolúvel, ou seja, se dilui na gordura e não na água.

1.4 O CANABIDIOL E A EPILEPSIA

Nos Estados Unidos, a médica Dra. Bonni Goldstein foi a pioneira em relatar sua experiência de sucesso no tratamento de seus pacientes com o óleo de canabidiol, em seu livro intitulado *“Cannabis Revealed”*, afirmando que a planta mais incompreendida do mundo estava curando tudo, da dor crônica à Epilepsia (2016).¹⁴

¹¹ Elisaldo Carlini, de 89 anos de idade, é professor emérito da UNIFESP; diretor do Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas (Cebriad) e foi selecionado, em 2019, como pesquisador emérito do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), pelo conjunto de sua obra científico-tecnológica e por sua credibilidade junto à comunidade científica internacional.

¹² NISTAL, Tarima. Cannabis é a esperança contra convulsões. **Revista Eletrônica Drauzio Varella**. Disponível em <<https://drauziovarella.uol.com.br/neurologia/cannabis-e-esperanca-convulsaoes/>>. Acesso em 04 set. 2020.

¹³ VILLAS BÔAS, Glauco de Kruse; REZENDE, Mayara de Azevedo. Discussão sobre o acesso aos medicamentos derivados da Cannabis à luz da Inovação em Saúde no Brasil. **Fitos**. Rio de Janeiro. 2020. 14 (2): 259-284. e-ISSN: 2446-4775. p. 270. Disponível em <<https://www.revistafitos.far.fiocruz.br/>>. Acesso em 09 de set. 2020.

¹⁴ GOLDSTEIN, Bonni S. **Cannabis Revealed: How the world's most misunderstood plant is healing everything from chronic pain to**

No artigo intitulado “*Cannabis in the Treatment Of Pediatric Epilepsy*” (2013), a médica relata que passou a prescrever o óleo de canabidiol para 93 crianças com Epilepsia refratária, resultando na diminuição das convulsões, pois a doença está associada a uma deficiência de endocanabinóides no organismo¹⁵.

Em 2014, os pais da menina Anny Fischer, portadora de Epilepsia refratária (CDKL5), ao saberem dos resultados positivos dos tratamentos nos EUA, foram os primeiros a obter, na Justiça brasileira, autorização para importar o óleo do canabidiol. A doença ocasiona uma desordem genética rara, provocando inúmeras convulsões. Anny tomava oito anticonvulsivantes e tinha entre 30 e 80 convulsões por semana, regredindo seu desenvolvimento neuropsicomotor: parou de andar e falar. Após o início do tratamento com o óleo de canabidiol, Anny passou a ter duas crises convulsivas por semana, apenas.

Depois que o caso de Anny veio a público, através da participação de sua mãe, Katiele Fischer, em entrevistas de programas de TV, jornais, revistas e em um documentário produzido pela Revista Superinteressante, intitulado “Illegal – A vida não espera”, de Tarso Araújo e Raphael Erichsen, outras famílias também buscaram na Justiça a autorização para a importação do óleo de canabidiol e até para o cultivo para consumo próprio, obtendo decisões judiciais favoráveis.

Em cinco anos, o precedente aberto pelo caso de Anny permitiu que 14 mil pessoas no Brasil conseguissem autorização da Justiça para importar o óleo de canabidiol.

Entretanto, constatou-se que a judicialização da saúde não era o meio mais democrático de acesso ao medicamento, pois beneficiava um número reduzido de pacientes, que possuíam condições econômicas para ingressar judicialmente.

Ademais, havia a contradição de que, para importar o medicamento, seria preciso fazer uma solicitação à ANVISA, incluindo um laudo médico. Ocorre que o artigo 38 da Lei Antidrogas tipifica como crime a conduta do médico de prescrever medicamentos derivados de drogas ilícitas, no tratamento de um paciente, podendo, inclusive, ter o seu registro profissional cassado pelo Conselho Federal de Medicina.

Em vista da tipificação penal do ato médico, muitos profissionais de saúde deixavam de prescrever o tratamento, com receio de sofrerem sanções penais e junto ao órgão de classe.

Como o tipo penal é uma norma penal em branco, caberia à ANVISA especificar em norma regulamentar, quais substâncias são ilícitas e, por isso, houve a necessidade de se retirar a *Cannabis Sativa* da lista de substâncias proibidas no país, o que aconteceu posteriormente.

Em 2014, o Conselho Federal de Medicina publicou a Resolução nº 2.113/2014, publicada no D.O.U. de 16.12.2014, que aprovou o uso compassivo do canabidiol para o tratamento de epilepsias refratárias aos tratamentos convencionais, em crianças e adolescentes. Apenas médicos com especialidade em neurologia e suas áreas de atuação (neurocirurgia e psiquiatria) podem prescrever o canabidiol, devendo haver o registro obrigatório de prescritores e pacientes junto ao

epilepsy. Califórnia/EUA: Ed. Bonni S. Goldstein MD Inc. 2016, 286 p. ISBN-10: 0998141305.

¹⁵ GOLDSTEIN, Bonni S. *Cannabis in the Treatment of Pediatric Epilepsy*. *O'Shaughnessy's*. 2015. p. 7. Disponível em <<http://www.theroc.us/researchlibrary/Cannabis%20in%20the%20Treatment%20of%20Pediatric%20Epilepsy.pdf>>. Acesso em 14 set. 2020.

1.5 O CANABIDIOL E O CÂNCER

Em seu artigo, intitulado “*Cannabis Can Help Some Pediatric Cancer Patients*”, a médica Bonni Goldstein (EUA/Califórnia) afirma que o óleo de canabidiol foi inicialmente utilizado para a diminuição dos efeitos colaterais da quimioterapia: dores musculares, náuseas, vômitos e anorexia. Entretanto, estudos recentes já reúnem evidências de que a *Cannabis Sativa* tem a capacidade de matar células cancerígenas, inibindo o crescimento de tumores, devido aos efeitos antiproliferativos em várias células tumorais, reforçando os efeitos de agentes da quimioterapia, as gencitabinas, reduzindo metástases e angiogêneses, nos casos de câncer de pele, osso, neurais, da tireoide, próstata, seios, dentre outros. As células de linfoma e de leucemia também têm respondido ao tratamento com canabinóides, em laboratório.¹⁷

A médica descreve o caso de um adolescente, diagnosticado com osteosarcoma (ou câncer de osso) com metástase no pulmão, que havia sido submetido a um tratamento agressivo com quimioterapia e a múltiplas cirurgias. Quando seus pais o trouxeram para ser avaliado, ele tinha perdido muito peso e sentia terríveis dores. O tratamento com o óleo do canabidiol foi introduzido como paliativo para a quimioterapia. O paciente imediatamente ganhou peso e parou de usar opióides para dor. Após três meses, uma nova avaliação radiológica demonstrou não haver mais evidências da doença. Após 18 meses e de um ano sem quimioterapia, o câncer não retornou. O paciente ainda prossegue tomando o óleo de CBD e está vivendo sua vida normalmente.

O caso é retratado no documentário da Netflix “*Weed the People*”, de Rick Lake e Abby Epstein, com o título em português “*Maconha Medicinal: Cura ou Crime?*”. O documentário conta a história de crianças norte-americanas portadoras de diversos tipos de câncer, as quais são submetidas ao tratamento alternativo com o óleo do canabidiol, pela Dra. Bonni Goldstein, mediante o prévio consentimento informado pelos seus genitores, conseguindo obter a regressão dos tumores cancerígenos, em níveis que não eram alcançados com a quimioterapia.

A médica conclui afirmando que, o tratamento com *Cannabis Sativa* deve ser uma opção a ser considerada, nos casos de cânceres resistentes, por ser significativamente menos tóxica que o tratamento convencional com quimioterapia e com efeitos promissores, tendo sido constatada a sobrevida de pacientes terminais. Embora ainda não se possa afirmar, categoricamente, que se trata da “cura do câncer”, a erva deve ser reincluída na agenda das pesquisas científicas, a fim de obter as respostas necessárias para salvar inúmeras vidas.

1.6 O CANABIDIOL, A AIDS E OUTRAS DOENÇAS

Em 1997, o médico norte-americano Donald I. Abrams realizou estudo financiado pelo *National Institute on Drug Abuse – NIDA*, conduzindo ensaios clínicos sobre a segurança do uso de

¹⁶ ESUS, Antônio Carlos Justo de *et al.* **Legalização da Maconha para Fins Medicinais**. Mogi das Cruzes/SP: Revista do Curso de Direito da Universidade Braz Cubas, vol. 1, n. 1. Maio de 2017.

¹⁷ GOLDSTEIN, Bonni. *Cannabis Can Help Some Pediatric Cancer Patients*. **Weedmaps**. 13 jan.2017. Disponível em <<https://weedmaps.com/news/2017/01/cannabis-can-help-some-pediatric-cancer-patients/>>. Acesso em 11 de set. 2020.

canabinóides em casos de infecção por HIV, constatando seus efeitos promissores no tratamento da AIDS. Em artigo de sua autoria, afirma que os canabinóides imitam os efeitos endógenos do organismo humano, os endocanabinóides, ativando os receptores CB1 e o CB2, relacionados a células do sistema imunológico¹⁸.

Em outra ocasião, o médico realizou um estudo comparativo entre o uso de canabinóides e de opióides em pacientes psiquiátricos e constatou que os primeiros constituem alternativa mais segura do que o uso de opióides, fazendo-se necessária a reclassificação da planta junto a *Drug Enforcement Agency (DEA)*, devido aos seus efeitos terapêuticos¹⁹. Constatou, ainda, a interação farmacocinética entre o extrato da *Cannabis Sativa* vaporizado e os analgésicos opióides, com resultados promissores em pacientes com dor crônica, devido ao efeito sinérgico com os mesmos, potencializando o seu efeito.²⁰

2. O AVANÇO REGULATÓRIO NO BRASIL, COM BASE NO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Em que pese as robustas pesquisas científicas sobre o tema, houve grande resistência quanto à regulação do uso medicinal da *Cannabis Sativa* no Brasil, seja por questões culturais, ligadas ao estigma do uso recreativo, seja por questões econômicas, uma vez que a indústria farmacêutica, formada por empresas transnacionais, exerceu forte *lobby* junto aos órgãos governamentais, para barrar a regulamentação e para manter a proibição do cultivo da planta para uso próprio, por pessoas físicas e cooperativas.

A proibição assegurava que os canabinóides não fariam uma concorrência direta com os medicamentos convencionais, à base de opióides, como a morfina, derivada da papoula, planta também psicotrópica, mas legalizada, pois esta concorrência representa uma enorme perda de receita em desfavor das Big Pharmas, prejudicando seus interesses econômicos.

Entretanto, graças ao movimento de desobediência civil pacífica das mães de crianças portadoras de Epilepsia refratária que, ao importarem extratos da planta para o tratamento da doença, assumiram o risco de responderem penalmente por tráfico internacional de drogas, houve uma revolução no campo da regulação sanitária do Brasil, trazendo à tona a emergência do tema no debate público, acadêmico e científico.²¹

Em 2014, O Senado Federal, através da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa sobre a Sugestão 8/2014, propôs a regulamentação da maconha para fins medicinais, recreativos e industriais, emitiu o seguinte Parecer, cujo relator foi o Senador Cristovam Buarque:

¹⁸ ABRAMS, Donaldo I. et al. *Cannabis in Cancer Care*. **Clinical Pharmacology & Therapeutics**. Volume 97. Issue 6. 16 March 2015. Disponível em <<https://doi.org/10.1002/cpt.108>>. Acesso em 14 set. 2020. p. 572-578.

¹⁹ ABRAMS, Donaldo I. et al. *Cannabis in Palliative Medicine: Improving Care and Reducing Opioid-Related Morbidity*. **American Journal of Hospice and Palliative Medicine**. 2001. Disponível em <<https://doi.org/10.1177/1049909111402318>>. Acesso em 14 set. 2020.

²⁰ ABRAMS, Donaldo I. et al. *Vaporization as a Smokeless Cannabis Delivery System: A Pilot Study*. **Clinical Pharmacology & Therapeutics**. Volume 82. Issue 5. 11 April 2007. Disponível em <<https://doi.org/10.1038/sj.cpt.6100200>>. Acesso em 14 set. 2020. p. 572-578.

²¹ CARVALHO, Virgínia Martins et al. *Mães pela Cannabis Medicinal em um Brasil Aterrorizado entre Luzes e Fantasmagorias*. **OpenEdition Journals**. 2017. Disponível em <<https://doi.org/10.4000/sociologico.1747>>. Acesso em 14 set. 2020.

O canabidiol tem um papel terapêutico no tratamento de algumas doenças, especialmente epilepsia e suas consequentes convulsões. Os profissionais ouvidos também manifestaram, apesar da dúvida de alguns deles, que o remédio tem efeitos positivos. Prova disto é que o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo – CREMESP autorizou, no dia 10/10/2014, os médicos filiados a receitarem esse medicamento.

Para que o canabidiol fique ao alcance de todos os que dele necessitam, me parece necessário que lei ordinária autorize aos médicos a prescrição de medicamentos que contenham canabidiol e associados e de outros produtos derivados da *Cannabis*; que regulamente a importação desses medicamentos e sua distribuição pelo Sistema Único de Saúde aos pacientes de que deles necessitarem, determinando que o Conselho Federal de Medicina e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária estabeleçam regulamentos claros e precisos que garantam o acesso da população a medicamentos que sigam os preceitos legais para sua comercialização em solo brasileiro. Ao mesmo tempo, essa legislação deve incentivar a pesquisa científica básica e farmacológica aplicada, para que instituições brasileiras se capacitem a encontrar medicamentos e dosagens a partir da *Cannabis*, a ser produzidos no Brasil.

Deve também incentivar o estudo da *Cannabis* nas faculdades de medicina, para que os profissionais da área de saúde tenham acesso ao conhecimento gerado por pesquisas científicas e se guiem por preceitos científicos atualizados quando estiverem no exercício da profissão.

Do ponto de vista humanista, é um absurdo negar a milhares de crianças e adultos o acesso a um remédio de que necessitam para um mínimo de conforto e redução de sofrimento.²²

Do ponto de vista dos direitos humanos, a própria Constituição Federal de 1988 consagra em seu artigo 1º, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF/88), conceituada por Alexandre de Moraes:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos²³.

Assim, o uso medicinal da *Cannabis Sativa* encontra amparo constitucional, se analisado sob o prisma da dignidade da pessoa humana, pois devolve aos portadores de doenças crônicas a qualidade de vida e o bem-estar, restituindo-lhes um mínimo de dignidade enquanto seres humanos.²⁴

No mesmo sentido, a Carta Magna nos traz, no *caput* do artigo 5º, os direitos e garantias fundamentais, dentre os quais se encontra o direito à vida e no *caput* do artigo 6º, consagra o direito social à saúde (BRASIL, 1998).

Partindo dessa base constitucional e, devido ao crescimento exponencial do número de pedidos de autorização para a importação junto à ANVISA, constatou-se a necessidade de se

²² SENADO FEDERAL. Parecer da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa sobre a sugestão 8/2014, que propõe a regulamentação da maconha para fins medicinais, recreativos e industriais. 2014. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/156942.pdf>>. Acesso em: 20/11/2020.

²³ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

²⁴ MAGALHÃES, Izadora Karam de Oliveira. A (Des)Criminalização do Uso Terapêutico da Cannabis Sativa. Disponível em <http://www.eumed.net/rev/cccss/2015/04/cannabis.html>. Acesso em 20/11/2020.

ultrapassar as enormes barreiras burocráticas para sua legalização.

A Resolução da Diretoria Colegiada da Anvisa, RDC n. 17/2015, foi o marco regulatório, que passou a considerar legal a importação, em caráter excepcional, de produtos que possuem como base o canabidiol, em associação com outros canabinóides, para uso próprio do paciente, mediante a prescrição médica.

Em 2015, a ANVISA recebeu 902 pedidos de importação de canabidiol e no primeiro trimestre de 2019, foram 5.321 pedidos, segundo a Associação Brasileira de Linfoma e Leucemia²⁵.

Inicialmente, a ANVISA exigia, como pré-requisito para autorizar a importação, que o paciente tivesse algum tipo de refratariedade, ou seja, que já houvesse tentado outros tratamentos com medicamentos convencionais, sem êxito.

O primeiro medicamento com autorização de importação foi o spray Mevatyl (Inglaterra), para esclerose múltipla. Mas o preço era proibitivo, de 3 mil reais.

A RDC 128/2016 atualizou o Anexo I da RDC n. 17/2015, acrescentando 11 (onze) medicamentos à lista de produtos com canabidiol, com um processo mais simples de autorização de importação junto à ANVISA, no formato de spray nasal, comprimidos, líquidos e óleos.

Ainda em 2016, houve a atualização do Anexo I da Portaria SVS/MS Portaria nº 344/98 do Ministério da Saúde, incluindo a *Cannabis Sativa* na 'Lista das Plantas e Substâncias sob Controle Especial no Brasil', possibilitando o registro de medicamentos à base de derivados da planta.

Quanto à prescrição médica, nas formulações com concentração de THC inferior a 0,2%, o medicamento deverá ser prescrito por meio de receituário tipo B. Os rótulos devem ter tarja preta, com a inscrição “VENDA SOB PRESCRIÇÃO MÉDICA” e “SÓ PODE SER VENDIDO COM RETENÇÃO DE RECEITA”. Já os produtos com concentração superior a 0,2% de THC só poderão ser prescritos a pacientes terminais ou que tenham esgotado as alternativas terapêuticas de tratamento, mediante receituário do tipo A, mais restrito, com padrão semelhante ao da morfina. Sobre a tarja preta deve ser acrescentado o alerta: “O USO DESSE PRODUTO PODE CAUSAR DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA”.

Em 2017, as atividades regulatórias se intensificaram ainda mais, com a publicação da RDC n. 156/2017 que incluiu a *Cannabis Sativa* na 'Lista das Denominações Comuns Brasileiras' (DCBs), que define nomes oficiais de fármacos, princípios ativos e plantas medicinais de interesse médico no país, que são possíveis componentes de futuros medicamentos brasileiros a serem registrados. Tal medida possibilitará a produção dos medicamentos com esse princípio ativo, no Brasil, reduzindo os custos das famílias com a importação, havendo uma previsão de que 25 milhões de pacientes serão beneficiados.

Em 2019, a ANVISA abriu consulta pública para discutir a regulamentação do uso científico e medicinal da *Cannabis Sativa* no Brasil, restando autorizada a fabricação dos medicamentos em solo nacional.

²⁵ MANCINI, Natália. Cannabis Medicinal – Liberada para o câncer? **Revista Abrale On-Line**. 17.10.2019. Disponível em <<https://revista.abrale.org.br/cannabis-medicinal-para-o-cancer/?q=revista-online/cannabis-medicinal-para-o-cancer/>>. Acesso em 04 set. 2020. p. 7.

3. O SISTEMA DE PATENTES E A INDÚSTRIA DE MEDICAMENTOS

Em 2019, a farmacêutica Pratti Donaduzzi, do Paraná, tentou registrar a patente do óleo de canabidiol, para tornar-se a única proprietária da fórmula, no Brasil, ficando com o direito de explorar, com exclusividade, um mercado inovador e milionário. Se isso tivesse acontecido, outros laboratórios brasileiros e estrangeiros ficariam em situação de violação de patente, em face do monopólio estabelecido. Isso somente não aconteceu porque pesquisadores que trabalham com canabinóides se atentaram para o pedido de patente e recorreram junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), que indeferiu o pedido²⁶.

Segundo Ana Carolina Couto Matheus, as patentes são propriedades de caráter temporal, concedidas pelo Estado, por ato administrativo, aos inventores sobre seus novos inventos, visando excluir o direito de terceiros, de se utilizarem da invenção, sem sua prévia autorização, para fabricação, comercialização, importação, uso e venda. Possuem prazo de vigência determinado e concedem o monopólio temporal sobre a utilização de seu objeto.²⁷

A etnofarmacologia é a ciência que estuda a descoberta de novos e potenciais tratamentos farmacológicos, a partir do conhecimento tradicional empírico. Esse conhecimento intergeracional dos povos é transmitido oralmente, razão pela qual não pode ser patenteado. Assim, a proteção dos conhecimentos tradicionais deve integrar políticas públicas relacionadas à tutela dos direitos humanos, ligadas à proteção da saúde e à preservação da diversidade biológica.²⁸

Nesse sentido, o cultivo da *Cannabis Sativa* e o método de fabricação artesanal do óleo de canabidiol, são de conhecimento das pessoas de várias partes do mundo, utilizados há milhares de anos, sendo que os primeiros registros são oriundos da China. Assim, o extrato de uma planta, que é encontrada na natureza, é de absoluto domínio público, fazendo com que o sistema de patentes se apresente inadequado para a proteção desses conhecimentos tradicionais, por ser incompatível com as práticas culturais das comunidades locais, que podem ver seu modo de viver arruinado pela lógica da economia de mercado. Nesse viés, um curandeiro tradicional dificilmente será um inventor.

Conhecimentos tradicionais são direitos intelectuais coletivos pelas características, natureza e fundamento das crenças intelectuais tradicionais, distintas daquelas protegidas pelo sistema de propriedade intelectual. É impossível precisar o momento e criação dos conhecimentos tradicionais e definir o marco temporal de vigência para qualquer direito intelectual coletivo. Um conhecimento ancestral, portanto, não pode ser considerado novo.²⁹

²⁶ BURGIERMAN, Denis. Maconha contraria a lógica financeira tradicional da indústria farmacêutica. **Revista Época Digital**. 08.12.2019. Disponível em: <https://epoca.globo.com/maconha-contraria-logica-financeira-tradicional-da-industria-farmaceutica-24123832>. Acesso em 09 de set. 2020.

²⁷ MATHEUS, Ana Carolina Couto. A Regulação Transnacional Sustentável dos Conhecimentos Tradicionais dos Povos Amazônicos. In: PIFFER, Carla. BALDAN, Guilherme. CRUZ, Paulo Márcio (orgs.). **Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Porto Velho: Emeron, 2018. 204 p. E-Book. ISBN 978-85-93418-06-8; p. 104.

²⁸ MATHEUS, Ana Carolina Couto. A Regulação Transnacional Sustentável dos Conhecimentos Tradicionais dos Povos Amazônicos. In: PIFFER, Carla. BALDAN, Guilherme. CRUZ, Paulo Márcio (orgs.). **Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Porto Velho: Emeron, 2018. 204 p. E-Book. ISBN 978-85-93418-06-8; p. 93-95.

²⁹ MATHEUS, Ana Carolina Couto. A Regulação Transnacional Sustentável dos Conhecimentos Tradicionais dos Povos Amazônicos. In: PIFFER, Carla. BALDAN, Guilherme. CRUZ, Paulo Márcio (orgs.). **Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Porto Velho: Emeron, 2018. 204 p. E-Book. ISBN 978-85-93418-06-8; p. 105.

Entretanto, como a maioria dos remédios existentes no mercado tem origem em algum organismo da natureza, o que a indústria farmacêutica costuma fazer é encontrar uma molécula com utilidade medicinal e fazer cópias dela, em laboratório, conseguindo patentear a “invenção”. Embora ninguém consiga patentear algo que a natureza fez, pode patentear a cópia, o medicamento sintético.

Nesse sentido, a USP de Ribeirão Preto/SP possui a patente do canabidiol sintético e está trabalhando em estudos usando esse princípio ativo isolado, em humanos. Estudar o CBD isolado só faz sentido do ponto de vista financeiro das Big Pharmas. Ocorre que a maioria dos pacientes utiliza extratos de canabinóides não isolados (CBD + THC), havendo evidências de que é a mistura de substâncias presentes na planta que funciona melhor, exigindo menores doses e com efeitos colaterais menores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema objeto da pesquisa girou em torno o uso medicinal da *Cannabis Sativa* e seu amparo constitucional, no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), no direito à vida (art. 5º, *caput*, CF/88) e à saúde (art. 6º, *caput*, CF/88), por restituir a qualidade de vida e o bem-estar aos pacientes portadores de doenças crônicas, refratárias e incapacitantes, como a Epilepsia, a Aids e o Câncer.

Constatou-se que a legislação a respeito deve observar valores humanistas, que pressupõem a tendência natural de cada ser humano de buscar a felicidade como bem maior, respeitando a dignidade individual de cada pessoa, contribuindo para aprimorar as condições de vida e desenvolvimento de cada ser humano.³⁰

Demonstrou-se que o uso medicinal da *Cannabis Sativa* tem sido objeto de estudo e pesquisas científicas, em âmbito global, com resultados surpreendentes, que trazem esperança e euforia a médicos e pacientes.

Além do mais, o mercado farmacológico brasileiro é o quinto maior do mundo para esse seguimento, com cerca de 1,7 milhão de potenciais consumidores, com previsão de movimentar, nos próximos cinco anos, 6 bilhões de reais, atraindo os investimentos de empresas transnacionais, como é o caso da canadense *Canopy Growth*, que está vindo para o Brasil³¹

O presente artigo buscou evidenciar que a negativa inicial de acesso ao medicamento à base de canabidiol ocorreu devido à desinformação e ao preconceito, que estigmatizou a planta como entorpecente, enquanto os opióides tradicionais, como a morfina, são largamente aceitos pela comunidade médica e comercializados pela indústria de medicamentos, há anos.

Colacionou-se a legislação infralegal, composta por normas da agência reguladora, que

³⁰ SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. SOARES, Josemar Sidinei. **O Humanismo como Pressuposto para o direito Transnacional**. In: *Filosofia, arte, literatura, hermenêutica jurídica e teorias do direito*. Org. CONPEDI/2020. Coord.: Cristina G. Pascual; José A. O. Júnior, Sérgio H. Z. Freitas – Florianópolis. In: **X Encontro Internacional do CONPEDI**. Valência – Espanha: 2020. p. 227-230.

³¹ EMPRESA LÍDER em maconha medicinal planeja entrar com 60 mil no Brasil. Hypeless. 2019. Disponível em: <<https://www.hypeless.com.br/2019/06/empresa-lider-em-maconha-medicinal-planeja-entrar-com-r-60-mil-no-brasil/>>. Acesso em 09 de set. 2020.

procedeu a paulatina regulamentação da matéria, autorizando, inicialmente, a importação de medicamentos e, posteriormente, sua fabricação e comercialização no Brasil, mediante prescrição médica, como remédio controlado.

Adentrou-se no cenário das patentes de medicamentos, quando uma empresa brasileira tentou patentear a fórmula do óleo de canabidiol, sem êxito, visando obter o monopólio exclusivo para sua fabricação no Brasil. Constatou-se que o sistema de patentes é inadequado para tutelar os conhecimentos tradicionais empíricos, que são de absoluto domínio público.

Esperamos ter contribuído para o debate acerca do uso medicinal da *Cannabis Sativa*, sem a pretensão de ter esgotado a matéria, por se constituir em assunto de vanguarda, passível de novas contribuições acadêmicas.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

A GLOBAL REVOLUTION IN ATTITUDES TOWARDS CANNABIS IS UNDER WAY. **The Economist**. 29.08.2019. Disponível em: <https://www.economist.com/international/2019/08/29/a-global-revolution-in-attitudes-towards-cannabis-is-under-way>>. Acesso em 09 de set. de 2020.

ABRAMS, Donald I. *et al. Cannabis in Cancer Care*. **Clinical Pharmacology & Therapeutics**. Volume 97. Issue 6. 16 March 2015. Disponível em <<https://doi.org/10.1002/cpt.108>>. Acesso em 14 set. 2020. p. 572-578.

ABRAMS, Donald I. *et al. Cannabis in Palliative Medicine: Improving Care and Reducing Opioid-Related Morbidity*. **American Journal of Hospice and Palliative Medicine**. 2001. Disponível em <<https://doi.org/10.1177/1049909111402318>>. Acesso em 14 set. 2020.

ABRAMS, Donald I. *et al. Vaporization as a Smokeless Cannabis Delivery System: A Pilot Study*. **Clinical Pharmacology & Therapeutics**. Volume 82. Issue 5. 11 april 2007. Disponível em <<https://doi.org/10.1038/sj.clpt.6100200>>. Acesso em 14 set. 2020. p. 572-578.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sinad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília. 24 ago. 2006. p. 2, col. 2.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. - Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008, 464 p.

BRASIL. Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 17, de 06 de maio de 2015. Define os critérios e os procedimentos para importação, em caráter de excepcionalidade, de produto à base de canabidiol, em associação com outros canabinóides, por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília. 08 mai. 2015. nº 86.

BURGIERMAN, Denis. Maconha contraria a lógica financeira tradicional da indústria farmacêutica.

Revista Época Digital. 08.12.2019. Disponível em: <https://epoca.globo.com/maconha-contraria-logica-financeira-tradicional-da-industria-farmaceutica-24123832>. Acesso em 09 de set. 2020.

CALETTI, Leandro. STAFFEN, Márcio Ricardo. **A Fragmentação Jurídica e o Direito Ambiental Global.** Veredas do Direito: Belo Horizonte, v. 16 n., 34, p. 277-310. Jan./abr. 2019. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index/php/veredas/article/view/1455>.

CARVALHO, Virgínia Martins. BRITO, Margarete Santos de. GANDRA, Mário. Mães pela Cannabis Medicinal em um Brasil Aterrorizado entre Luzes e Fantasmas. **OpenEdition Journals.** 2017. Disponível em <https://doi.org/10.4000/sociologico.1747>. Acesso em 14 set. 2020.

COMISSÃO DA ONU RETIRA A MACONHA DE LISTA DE DROGAS CONSIDERADAS MAIS PERIGOSAS. **Revista Eletrônica G1.** 02.12.2020. Disponível em <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/12/02/comissao-da-onu-aprova-retirar-a-maconha-de-lista-de-drogas-consideradas-mais-perigosas.ghtml>. Acesso em 07 de dez. 2020.

EMPRESA LÍDER em maconha medicinal planeja entrar com 60 mil no Brasil. **Hypeness.** 2019. Disponível em: <https://www.hypeness.com.br/2019/06/empresa-lider-em-maconha-medicinal-planeja-entrar-com-r-60-mil-no-brasil/>. Acesso em 09 de set. 2020.

GOLDSTEIN, Bonni S. *Cannabis Can Help Some Pediatric Cancer Patients.* **Weedmaps.** 13 jan.2017. Disponível em <https://weedmaps.com/news/2017/01/cannabis-can-help-some-pediatric-cancer-patients/>. Acesso em 11 de set. 2020.

GOLDSTEIN, Bonni S. *Cannabis in the Treatment of Pediatric Epilepsy.* **O'Shaughnessy's.** 2015. Disponível em <http://www.theroc.us/researchlibrary/Cannabis%20in%20the%20Treatment%20of%20Pediatric%20Epilepsy.pdf>. Acesso em 14 set. 2020.

GOLDSTEIN, Bonni S. ***Cannabis Revealed:*** How the world's most misunderstood plant is healing everything from chronic pain to epilepsy. Califórnia/EUA: Ed. Bonni S. Goldstein MD Inc. 2016, 286 p. ISBN-10: 0998141305.

JESUS, Antônio Carlos Justo de *et al.* **Legalização da Maconha para Fins Medicinais.** Mogi das Cruzes/SP: Revista do Curso de Direito da Universidade Braz Cubas, vol. 1, n. 1. Maio de 2017.

LASZLO, C. **Valor Sustentável:** como as empresas mais expressivas do mundo estão obtendo bons resultados pelo empenho em iniciativas de cunho social. Trad. Celso Roberto Paschoa. Rio de Janeiro: Qualitumark. 2005. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. RAMOS, Micheline. **Sustentabilidade, Direitos Humanos e Conflitos nas Relações Transnacionais nos Países Subdesenvolvidos.** Curitiba: CRV, 2016.

MANCINI, Natália. Cannabis Medicinal – Liberada para o câncer? **Revista Abrale On-Line.** 17.10.2019. Disponível em <https://revista.abrale.org.br/cannabis-medicinal-para-o-cancer/?q=revista-online/cannabis-medicinal-para-o-cancer/>. Acesso em 04 set. 2020.

MAGALHÃES, Izadora Karam de Oliveira. A (Des)Criminalização do Uso Terapêutico da Cannabis Sativa. Disponível em <http://www.eumed.net/rev/cccss/2015/04/cannabis.html>. Acesso em 20/11/2020.

MATHEUS, Ana Carolina Couto. **A Regulação Transnacional Sustentável dos Conhecimentos Tradicionais dos Povos Amazônicos**. In: PIFFER, Carla. BALDAN, Guilherme. CRUZ, Paulo Márcio (orgs.). **Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Porto Velho: Emeron, 2018. 204 p. E-Book. ISBN 978-85-93418-06-8.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SANGER, Miriam. PASTORE, Karina. Como funciona a indústria da Cannabis no Brasil. **Época**. Tel-Aviv/Israel. 2.2.2020. Disponível em <https://epocanegocios.globo.com/amp/Brasil/noticia/2020/02/como-funciona-industria-da-cannabis-no-brasil.html>. Acesso em 09 de set. 2020.

SENADO FEDERAL. Parecer da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa sobre a sugestão 8/2014, que propõe a regulamentação da maconha para fins medicinais, recreativos e industriais. 2014. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/156942.pdf>. Acesso em: 20/11/2020.

SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. SOARES, Josemar Sidinei. **O Humanismo como Pressuposto para o direito Transnacional**. In: **Filosofia, arte, literatura, hermenêutica jurídica e teorias do direito**. Org. CONPEDI/2020. Coord.: Cristina G. Pascual; José A. O. Júnior, Sérgio H. Z. Freitas – Florianópolis. In: **X Encontro Internacional do CONPEDI**. Valência – Espanha: 2020.

SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. **Sustentabilidade corporativa**: uma iniciativa de cunho social transformando o meio ambiente. Revista Jurídica. Unicuritiba. Vol. 04, nº 45, Curitiba, 2016.

TORRES MUÑOZ, Wanda Tatiana. *Cannabis: what are the 21st century global trends regarding its regulation?* In: **LSE Research Festival**, 2019-02-25. 2019-03-02, **London School of Economics**. Disponível em: http://eprints.lse.ac.uk/100616/1/Canabis_EX068_A4.pdf. Acesso em 09 de set. 2020.

VILLAS BÔAS, Glauco de Kruse; REZENDE, Mayara de Azevedo. Discussão sobre o acesso aos medicamentos derivados da Cannabis à luz da Inovação em Saúde no

Brasil. **Fitos**. Rio de Janeiro. 2020; 14 (2): 259-284. e-ISSN: 2446-4775. Disponível em <https://www.revistafitos.far.fiocruz.br/>. Acesso em 09 de set. 2020.

OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA E PSICOLÓGICA E SUAS PRINCIPAIS CONSEQUÊNCIAS

Bruna de Moraes Santos¹

Denise Schmidt Siqueira Garcia²

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo tratar acerca da obsolescência programada e da obsolescência psicológica, visando demonstrar que por meio desses mecanismos o consumo deixou acontecer apenas por necessidade, vindo a vigorar a era do consumismo.

Demonstrar-se-á que a partir do século XX e mais fortemente no início do século XXI, as corporações e o governo chegaram ao consenso acerca da necessidade de movimentar a economia por meio do consumo.

Logo, com a chegada da modernidade líquida, a chamada sociedade pós-moderna, dominada pelo sistema capitalista, foi levada por meio da obsolescência programada e psicológica a consumir cada vez mais, fazendo disso o seu estilo de vida.

Com o consumo desenfreado, adveio também o descarte dos objetos inutilizados pelos consumidores, notadamente os mais preocupantes que são os lixos eletrônicos e os plásticos, o quais são descartados comumente sem os devidos cuidados, indo parar rotineiramente nos lixões mundanos dos países subdesenvolvidos e nos oceanos.

Assim, tem-se como problema central do artigo, verificar: quais são os impactos e as consequências da obsolescência programada e da obsolescência psicológica?

Para tanto, o artigo está dividido em três partes. Na primeira, será abordado acerca do consumo, consumismo e da publicidade, traçando-se uma linha geral sobre seus surgimentos, significados, diferenças e importâncias.

Na segunda parte, abordar-se-á e analisar-se-á as obsolescências programada e psicológica de maneira mais aprofundada, entendendo-se a sua participação e importância para o crescimento do consumo no mundo.

¹ Mestranda em Ciência Jurídica pela UNIVALI com dupla titulação com a Universidade de Alicante/Espanha. Pós-graduada em Direito Imobiliário pela UNIVALI. Pós-graduada em Direito Público pela ESMESC. Pós-graduada em Direito Tributário pela UNIDERP. Presidente da Comissão de Direito Imobiliário da OAB de Balneário Camboriú. Membro da Comissão de Direito Imobiliário da OAB Santa Catarina. Membro Efetivo do Instituto dos Advogados de Santa Catarina (IASC). Advogada. E-mail: bruna@mekadvocacia.com.br

² Doutora pela Universidade de Alicante na Espanha. Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI – PPCJ. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade de Alicante – Espanha. Mestre em Ciência Jurídica. Especialista em Direito Processual Civil. Professora no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica, e na Graduação no Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Advogada. E-mail: denisegarcia@univali.br.

No que tange a última parte, demonstrar-se-á, como os lixos são descartados no mundo, os impactos e consequências que isso está trazendo para as pessoas e para o meio ambiente, fazendo por fim uma reflexão acerca do decrescimento.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação foi utilizado o Método Indutivo, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano, e, o Relatório dos Resultados expresso na presente pesquisa é composto na base lógica indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

1. CONSUMO, CONSUMISMO E PUBLICIDADE

Na atual perspectiva de mercado e de vida, o consumo é essencial e é o motor da economia de um país, de modo que se torna essencial a sua existência para que haja o avanço e desenvolvimento da sociedade.

Porém, dentro uma sociedade capitalista, não basta o consumo para a sobrevivência, pois, por esse viés, o acúmulo de bens essenciais e os não essenciais são de suma importância, já que para grupos sociais, políticos ou culturais essa aquisição de bens não essenciais é promovida como um sinal de prestígio e status.³

Nesta linha, Bauman assevera que “os consumidores são primeiro e acima de tudo acumuladores de sensações; são colecionadores de coisas apenas num sentido secundário e derivativo”⁴, concluindo, ainda que “o consumidor em uma sociedade de consumo é uma criatura acentuadamente diferente dos consumidores de quaisquer outras sociedades até aqui.”⁵

Dentro dessa ótica, o consumismo é necessário para que o indivíduo se sinta pertencente aos padrões impostos pela sociedade, onde as pessoas consomem cada vez mais, tendo pequenas sensações de satisfação e felicidade, sem entender e sem se dar conta do verdadeiro sentido vida.

Aliás, sob esse contexto, importante entender a diferença entre consumo e consumismo, que nas palavras de Leonard são:

Enquanto consumo significa adquirir e utilizar bens e serviços para atender às necessidades, consumismo refere-se à atitude de tentar satisfazer carências emocionais e sociais através de compras e demonstrar valor pessoal por meio do que se possui.⁶

De tal modo, o consumismo está diretamente ligado a obsolescência programada e a obsolescência psicológica, porquanto em ambas, o que se espera é um único padrão de comportamento, o consumo desenfreado e de forma inconsciente, sem que haja de fato a efetiva necessidade de comprar.

Acerca do consumismo, assevera Bauman:

³ HADDAD, Paulo R. **Economia ecológica e economia integral**. Ed. e-galáxia, 2017.

⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999. p. 80.

⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. p. 77.

⁶ LEONARD, Annie. **A história das coisas: da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos**. / Annie Leonard com Ariane Conrad; revisão técnica: André Piani Besserman Vianna; tradução Heloisa Mourão. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 159.

Pode-se dizer que o “consumismo” é um tipo de arranjo social resultante da reciclagem de vontades, desejos e anseios humanos rotineiros, permanentes e, por assim dizer, “neutros quanto ao regime”, transformando-os na principal força propulsora e operativa da sociedade, uma força que coordena a reprodução sistêmica, a integração e a estratificação sociais, além da formação de indivíduos humanos, desempenhando ao mesmo tempo um papel importante nos processos de auto-identificação individual e de grupo, assim como na seleção e execução de políticas de vida individuais.⁷

Portanto, o indivíduo é levado a consumir, e, não percebendo que está sendo direcionado ao consumismo, consome cada vez mais, fazendo dessa a sua forma de vida, vivendo em círculo vicioso, e isso vem trazendo inúmeras consequências para a vida humana e em especial para o meio ambiente.

Como destaca Almeida, esse anseio por consumir, decorre dos tipos de persuasão causados pela publicidade nos indivíduos, sem a sua participação ativa de vontade, ou seja, sem que ao menos se dê conta disso:

A persuasão emotiva desperta os sentimentos e emoções que influenciam no comportamento das pessoas. O amor, carinho, felicidade entre outras coisas são alguns dos principais sentimentos a que apela a publicidade através de processos associativos. Já na persuasão inconsciente, a mensagem procura exercer sua influência no instinto sexual, de autoconservação e desenvolvimento, de poder, de jogo, de oposição e outros. A sugestão é exercida sobre o indivíduo sem a participação ativa de sua vontade, como consequência da percepção que desencadeia uma sugestão contida na mensagem.⁸

A prática do consumismo, segundo Bauman, apesar de já ser sentida no século XX, ganhou mais força e passou a ter forte impacto no século XXI, quando surgiu essa compulsividade por consumir sem que de fato houvesse necessidade:

A sociedade que entra no século XXI não é menos "moderna" que a que entrou no século XX; o máximo que se pode dizer é que ela é moderna de um modo diferente. O que a faz tão moderna como era mais ou menos há um século é o que distingue a modernidade de todas as outras formas históricas do convívio humano: a compulsiva e obsessiva, continua, irrefreável e sempre incompleta modernização; a opressiva e inerradicável, insaciável sede de destruição criativa (ou de criatividade destrutiva, se for o caso: de "limpar o lugar" em nome de um "novo e aperfeiçoado" projeto; de "desmantelar" "cortar" "defasar" "reunir" ou "reduzir" tudo isso em nome da maior capacidade de fazer o mesmo no futuro - em nome da produtividade ou da competitividade).⁹

Essa compulsividade pela compra, foi impulsionada pela grande quantidade de marketing e publicidade propagada pelas empresas e corporações, que manipulam o indivíduo, fazendo com que ele acredite que comprar é necessário para sua vida ou que lhe trará felicidade, e sem se dar conta que está sendo manipulado, o indivíduo consome, que acarreta no descarte, e, novamente o consumo e no descarte, e assim sucessivamente.

Essa “síndrome consumista pressupõe a totalidade do mundo habitado - completo, com seus ocupantes inanimados e animados, animais e humanos - como um imenso contêiner cheio

⁷ BAUMAN, Zygmunt. **A vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 41.

⁸ ALMEIDA, Aliette Marisa S. D. N. Teixeira de. **A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 14, n. 53, p. 16, jan./mar. 2005. p. 16.

⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2001. p. 26.

até a borda de apenas e tão somente objetos de consumo”¹⁰.

Se dando conta disso, os empresários começaram a investir fortemente em publicidade, pois vislumbraram que o resultado de uma boa publicidade poderia melhorar os rumos das empresas, “trocando em miúdos, são os desejos do consumidor, e somente eles, que contam de ponta a ponta”¹¹.

Nesse mesmo sentido, Rifkin enfatiza a importância da publicidade, explicando:

A publicidade faz uso da noção de que propriedade é o que mede um ser humano e empurra produtos e serviços como essenciais para a criação da identidade de um indivíduo no mundo. Durante grande parte do século 20, a publicidade promoveu a ideia de que a propriedade era uma extensão da personalidade de uma pessoa e fez profundas incursões visando redirecionar sucessivas gerações para uma cultura materialista.¹²

Todavia, toda essa compulsão por comprar, notadamente produtos ou serviços que não são necessários, ao final, gera uma insatisfação no consumidor, que torna a repetir o processo sem se dar conta que se trata de uma falsa felicidade incutida pela publicidade, o que ocasiona o grande descarte de objetos pelo mundo e ainda pessoas infelizes e muitas vezes com patologias como a depressão.

Do modo em que o mundo consome, alerta a ONU (Organização das Nações Unidas) que “serão necessários 3 planetas para manter atual estilo de vida da humanidade”¹³.

Além disso, o consumismo não é só o consumo em excesso, é também, o descarte em excesso e a decepção do consumidor, como bem explica Bauman:

Além de ser uma economia de excesso e descarte, o consumismo, pela mesma razão, é uma economia de decepção. Assim como o excesso e o descarte, a decepção não sinaliza um mau funcionamento. Pelo contrário, é sintoma de boa saúde e sinal de que essa economia está no caminho certo; é uma marca distintiva do único regime sob o qual a sociedade de consumidores pode estar segura de sua sobrevivência.¹⁴

Complementa ainda Bauman, que essa frustração enfrentada pelo consumidor, com compras de objetos que a seu critério e da mídia se tornam impróprios ou defasados para o uso, é combatida com novas compras, por consequência mais descartes, salientando ele, que por essa razão é impensável uma sociedade de consumidores sem uma indústria para remoção do lixo:

Entre as maneiras com que o consumidor enfrenta a insatisfação, a principal é descartar os objetos que a causam. A sociedade de consumidores desvaloriza a durabilidade, igualando ‘velho’ a ‘defasado’, impróprio para continuar sendo utilizado e destinado à lata do lixo. A sociedade de consumidores é

¹⁰ BAUMAN. Zygmunt Bauman, Carlo Bordoni. **Estado de Crise**. 1a. ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2016. p. 178.

¹¹ BAUMAN. Zygmunt Bauman, Carlo Bordoni. **Estado de Crise**. p. 178.

¹² RIFKIN, Jeremy. **Sociedade com custo marginal zero**. São Paulo: M. Books do Brasil Editora Ltda., 2016. p. 323.

¹³ _____. ONU. Organização das Nações Unidas. **Banco Mundial: serão necessários 3 planetas para manter atual estilo de vida da humanidade**. 2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/banco-mundial-serao-necessarios-3-planetas-para-manter-atual-estilo-de-vida-da-humanidade/>. Acesso em: 29 de junho de 2020.

¹⁴ BAUMAN. Zygmunt Bauman. **A ética é possível em um mundo de consumidores?** Rio de Janeiro, RJ: Zahar, 2011. p. 123.

impensável sem uma florescente indústria de remoção de lixo. Não se espera dos consumidores que jurem lealdade aos objetos que obtêm com a intenção de consumir.¹⁵

Nessa toada, são os próprios consumidores que são diretamente prejudicados por esse consumismo ao qual se permitiu chegar, pois antes de serem consumidores, são cidadãos pertencentes a uma sociedade e a um único planeta terra, que está sendo diretamente impactado pela forma que o indivíduo age, pensando apenas nele, sem ter conscientização que seus atos refletirão no meio ambiente, tão logo, serão sentidos pelas futuras gerações.

2. OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA E OBSOLESCÊNCIA PSICOLÓGICA

No mundo moderno, Souza e Soares afirmam que o consumo se tornou o núcleo central da vida social:

No mundo moderno o consumo se tornou o foco central da vida social. Práticas sociais, valores culturais, ideias, aspirações e identidades são definidas e orientadas em relação ao consumo ao invés de e para outras dimensões sociais como trabalho, cidadania e religião entre outros.¹⁶

Esse foco da vida em torno do consumismo se tornou ainda mais forte com a obsolescência programada e psicológica, haja vista, que na primeira, a partir da era capitalista se começou a fabricar produtos obsoletos, ou seja, com prazo de validade certo e determinado, muito mais curto que o de outrora, visando justamente obrigar as pessoas a recomprarem.

A partir da modernidade líquida, isso se tornou ainda mais enraizado, nada é fabricado para durar tempo suficiente de impactar a economia de uma empresa, de igual forma, os produtos já são produzidos para não serem consertados quando deixarem de funcionar, por isso, muitas vezes um conserto custa mais que comprar novamente. Nesse sentido, Latouche destaca:

Com a obsolescência programada, a sociedade do crescimento tem em seu poder a arma absoluta do consumismo. No termo de períodos cada vez mais curtos, os aparelhos e os equipamentos, desde as lâmpadas eléctricas aos óculos, deixam de funcionar devido a uma avaria prevista dum dos seus elementos. É impossível encontrar uma peça de substituição ou um técnico que o repare. Ainda que pudéssemos deitar mão a essa ave rara, a reparação acabaria por ser mais cara do que comprar um aparelho novo (pois são actualmente fabricados a preços reduzidos devido às miseráveis condições de trabalho do Sudeste Asiático).¹⁷

Para Bauman a obsolescência programada é um pilar do capitalismo:

A obsolescência programada é um pilar do capitalismo, onde se utiliza na cultura do “novo” e da “moda” para alimentar a prevalência do efêmero e do descartável. Nessa cultura, tudo o que se

¹⁵ BAUMAN, Zygmunt. **A vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. 2008. p. 31.

¹⁶ SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes; SOARES, Josemar Sidinei. **Sociedade de consumo e consumismo: implicações existenciais na dimensão da sustentabilidade**. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; VIEIRA, Ricardo Stanzola; FERRER, Gabriel Real (orgs.); GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio (cords.). *Consumo sustentável, agroindústria e recursos hídricos*. Itajaí, 2018. p. 30/31.

¹⁷ LATOUCHE, Serge. **Hecho para tirar: La irracionalidade de la obsolescencia programada**. Traducción del francés de Rosa Bertran Alcázar, Editora Octaedro, 2012. p. 33.

consome perde seu valor a curto prazo e propõe preencher o vazio interior por meio do consumo desses bens.¹⁸

Na conceituação de Latouche, obsolescência programada se trata de produtos, que desde sua fabricação, já são feitos com duração limitada de vida, em suas palavras:

Desde el principio, el fabricante concibe el producto para que tenga una duración de vida limitada, y esto gracias a la introducción sistemática de un dispositivo ad hoc. Puede tratarse, por ejemplo, de un chip electrónico insertado en una impresora con el fin de que se bloquee después de 18.000 copias, o de una pieza frágil que se prevé que provocará la avería del aparato cuando expire la duración de la garantía.¹⁹

Latouche, deixa claro que os produtos já são fabricados com data certa para parar de funcionar, obrigando assim o consumidor a recomprá-lo após determinado período. Desse modo, a indústria está em constante fabricação de produtos que saciem provisoriamente os anseios do seu consumidor, que logo após a falha, não verá alternativa a não ser comprá-lo novamente.

Já na obsolescência psicológica, o consumidor é levado pela mídia a acreditar que precisa comprar para se sentir feliz, buscando seus anseios pessoais e depositando na compra sentimentos como: o de amor próprio, satisfação e de felicidade; pois acredita que isso o inserirá dentro dos padrões impostos pela sociedade consumidora.

Aqui, não necessariamente se terá um prazo de vida útil, mas, se lançará “novos” produtos daquela mesma espécie, porém com novo formato, novo designe, novas cores, informando a publicidade se tratar de nova coleção, fazendo crer que aquele produto que ainda funciona perfeitamente está “velho”, ultrapassado e desatualizado para o mundo moderno.

Latouche explica a obsolescência psicológica como:

La obsolescencia psicológica no designa el desuso provocado por el desgaste técnico o la introducción de una innovación real, sino el provocado por la «persuasión clandestina», es decir, por la publicidad y la moda. La diferencia entre el producto nuevo y el producto antiguo se limita a la presentación, al look, al diseño, al embalaje, incluso.²⁰

Portanto, a obsolescência psicológica se tornou, inclusive, perigosa para a saúde humana, isso porque, o consumidor acredita que o seu valor está nas coisas que pode comprar, ou seja, no ter e não no ser, e quando se depara com dificuldades para comprar aquilo que o colocaria na sua melhor performance, novas psicopatologias surgem, como bem salientou Mendes, Viana e Bara:

A alta valorização do individualismo, do mundo das imagens e do consumo, aliado ao volume excessivo de informações, substitui a troca de experiências, causando o empobrecimento da vida interior e, conseqüentemente, a dificuldade de simbolização (Ferraz, 2003; Mendes & Próchno, 2004; Mendes & Paravidini, 2007). Nesse sentido, segundo Debord (1997), o sujeito passa a valer pelo que aparenta ser

¹⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Vida a Crédito**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2010. p. 250.

¹⁹ LATOUCHE, Serge. **Hecho para tirar: La irracionalidade de la obsolescencia programada**. p. 34.

²⁰ LATOUCHE, Serge. **Hecho para tirar: La irracionalidade de la obsolescencia programada**. p. 34.

e ter. Assim faz-se necessário buscar a melhor performance possível. Nesse contexto, assistimos a uma proliferação de novas psicopatologias como os estados narcisistas, casos limites (borderlines), etc.²¹

Um exemplo claro sobre isso, visto mundialmente, são os almejados aparelhos celulares da empresa Apple, a linha dos iPhones, como menciona Garcia, é objeto de desejo do consumidor a cada novo lançamento, apesar de conter apenas pequenas alterações do modelo antigo:

O exemplo mais claro e atual é a linha dos iPhones, eis que a empresa Apple lança anualmente modelos novos, com pequenas alterações, e grande parte da população que faz o uso dessa marca de smartphones já quer trocar o seu aparelho em bom estado de funcionamento para ficar na “moda”.²²

Em se tratando da obsolescência psicológica, a mídia tem um papel muito importante, que é demonstrar que aquele produto que o indivíduo tem já não é mais o ideal, que ele ficou “velho”, idealizando uma falsa necessidade de consumir aquele recém lançado, chamado de “novo”, “da estação” ou “do ano”, fazendo com que o consumidor se sinta frustrado caso não o compre.

Sobre isso Leonard aduz:

Contadores fazem cálculos complexos para determinar como o valor dos objetos diminui, devido ao uso, desgaste, deterioração, obsolescência tecnológica ou inadequação à moda. Mas há um fator que não entra nessa contabilidade e que, na verdade, produz um impacto tremendo na forma como valorizamos ou não as nossas Coisas: quando a mídia diz que elas já não são tão boas para nós e que precisamos de outras, é como se uma varinha de condão passasse por elas e as transformasse imediatamente em lixo.²³

Tudo isso, cria no indivíduo um conflito entre o que estima ser correto, seus valores pessoais e a necessidade de se enquadrar no padrão de comportamento de um mundo consumista, como explica Bauman:

Vivemos hoje numa sociedade global de consumidores, e os padrões de comportamento de consumo só podem afetar todos os outros aspectos de nossa vida, inclusive a vida de trabalho e de família. Somos todos pressionados a consumir mais, e, nesse percurso, nós mesmos nos tornamos produtos nos mercados de consumo e de trabalho.²⁴

O que resta claro, é que em ambas as obsolescências, programada e psicológica, o intuito das corporações é gerar o consumo desmedido e desnecessário de seus produtos, que já são fabricados para serem obsoletos, visando unicamente o seu lucro.

²¹ MENDES, Elzilaine Domingues. VIANA, Terezinha de Camargo. BARA, Olivier. **Melancolia e Depressão: Um Estudo Psicanalítico**. In: Psic.: Teor. e Pesq., Brasília, Out-Dez 2014, Vol. 30 n. 4, pp. 423-431. Ed Mendes et al. p. 423.

²² GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. A Obsolescência Programada e Psicológica e o Desequilíbrio Causado na Dimensão Econômica da Sustentabilidade. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; VIEIRA, Ricardo Stanzola; FERRER, Gabriel Real (orgs.); GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio (cords.). **Consumo sustentável, agroindústria e recursos hídricos**. Itajaí, 2018. p. 57.

²³ LEONARD, Annie. **A história das coisas: da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos**. p. 191.

²⁴ BAUMAN. Zygmunt Bauman. **A ética é possível em um mundo de consumidores?** p. 44/45.

3. O DESCARTE DE RESÍDUOS E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Conforme demonstrado, as obsolescências programada e psicológica estão ligadas ao consumismo, que por sua vez, ocasiona a fabricação de produtos cada vez mais obsoletos, menos duráveis, visando o consumo descomedido, que acarreta o descarte desregrado de coisas.

Ocorre, que esse consumo desenfreado não traz problemas apenas pessoais e interpessoais, pelo contrário, um dos maiores impactados é o meio ambiente, ou seja, o planeta terra e por consequência a própria humanidade, pois o descarte dos produtos obsoletos não é feito como deveria, fazendo com que o consumismo seja um dos basilares problemas da atualidade, como pontua Portilho:

A abundância dos bens de consumo continuamente produzidos pelo sistema industrial é considerada, frequentemente, um símbolo da performance bem-sucedida das economias capitalistas modernas. No entanto, esta abundância passou a receber uma conotação negativa sendo objeto de críticas que consideram o consumismo um dos principais problemas das sociedades industriais modernas. A partir da construção da percepção de que os atuais padrões de consumo estão nas raízes da crise ambiental, a crítica ao consumismo passou a ser vista como uma contribuição para a construção de uma sociedade sustentável.²⁵

Não resta dúvidas que a modernidade líquida²⁶ trouxe com as obsolescências programada e psicológica essa falsa sensação de ser necessário consumir, para o próprio ego e para mostrar a sociedade aquilo que ela espera, sem perceber que na verdade, essa fantasia é alimentada pela mídia visando apenas o lucro das corporações e empresas.

Como explica Barbosa, se houvesse de fato um desejo real, trazido pela necessidade de se consumir, haveria a acumulação dos bens e não o rápido descarte:

Se os consumidores desejassem realmente a posse material dos bens, se o prazer estivesse nela contido, a tendência seria a acumulação dos objetos, e não o descarte rápido das mercadorias e a busca por algo novo que possa despertar os mesmos mecanismos associativos.²⁷

Todavia, esse descarte rápido das coisas, trazem inúmeras consequências, em especial os produtos eletrônicos, que contém materiais tóxicos, e, são fabricados em larga escala e descartados muito rapidamente, como pontua Latouche:

Assim é que montanhas de computadores se juntam a televisores, geladeiras, lava-louças, leitores de DVD e telefones celulares aborrotando lixos e locais de descarte com diversos riscos de poluição: 150 milhões de computadores são transportados todos os anos para depósitos de sucata do terceiro mundo (500 navios por mês para Nigéria), apesar de conterem materiais pesados e tóxicos (mercúrio, níquel, cádmio, arsênico e chumbo).²⁸

²⁵ PORTILHO, Fátima. **Sustentabilidade Ambiental, Consumo e Cidadania**. São Paulo: Cortez, 2005. p. 67.

²⁶ “A modernidade líquida é uma civilização de excesso, redundância, desperdício e eliminação de refugos.” [...] “A cultura da modernidade líquida já não é sentida mais como uma cultura de aprendizado e acumulação, como eram as descritas pelos historiadores e os etnógrafos. Ela parece e soa como, em vez disso, uma cultura de desengajamento, descontinuidade e esquecimento.” BAUMAN. Zygmunt Bauman. **A ética é possível em um mundo de consumidores?** Rio de Janeiro, RJ: Zahar, 2011, p. 133/134.

²⁷ BARBOSA, Livia. **Sociedade de Consumo**. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2004. p. 53.

²⁸ LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Editora WMF Martins

Nesse seguimento a ONU (Organização das Nações Unidas) ressalta no relatório “mundo produzirá 120 milhões de toneladas de lixo eletrônico por ano até 2050” que:

Menos de 20% do lixo eletrônico é formalmente reciclado, com os 80% restantes indo para aterros ou sendo informalmente reciclados – em grande parte manualmente em países em desenvolvimento, expondo trabalhadores a substâncias perigosas e cancerígenas como mercúrio, chumbo e cádmio. A presença de lixo eletrônico em aterros contamina o solo e os lençóis freáticos, colocando em risco sistemas de fornecimento de alimentos e recursos hídricos.²⁹

De igual forma, várias pesquisas da ONU indicam que esses lixões causam alto risco para a saúde das pessoas, relatam ainda grande preocupação com as emissões de gases no efeito estufa, bem como, com a ameaça a biodiversidade:

Todos os dias, 145 mil toneladas de lixo são descartadas de maneira incorreta — a quantidade equivale ao que é gerado por 27% da população latino-americana e caribenha ou 170 milhões de pessoas. Os números foram divulgados na pesquisa Perspectiva sobre a Gestão de Resíduos na América Latina e no Caribe.

A análise da ONU Meio Ambiente estimula os países a fechar os lixões. Segundo a agência internacional, esses locais apresentam alto risco para a saúde das pessoas que moram no seu entorno, bem como para quem coleta materiais recicláveis descartados. As áreas também são uma fonte de emissão de gases do efeito estufa, afetam negativamente o turismo e a agricultura e ameaçam a biodiversidade. (ONU, 2018).

Outro resíduo preocupante, que merece destaque, utilizado e descartado em grande escala, são os plásticos, que são encontrados e contaminam expressivamente os oceanos, avisando a esse respeito o secretário-geral da ONU, António Guterres, que as partículas de microplástico hoje presentes no oceano “superam as estrelas de nossa galáxia”³⁰.

Sobre o tema, ele ainda destacou dados extremamente preocupante:

O administrador do PNUD lembrou que o equivalente a uma imensa ilha de plástico, de três vezes o tamanho da França, flutua neste instante entre a Califórnia e o Havaí, e uma sacola de plástico foi encontrada recentemente em uma profundidade de 36 mil pés na Fossa das Marianas (local mais profundo dos oceanos, situado no Pacífico).

“E está ficando cada vez pior: 83% da nossa água da torneira contém partículas de plástico, e seus químicos tóxicos podem ser encontrados em nossa corrente sanguínea.”

“Com 1 milhão de garrafas d’água, feitas de plástico, compradas a cada minuto e até 5 trilhões de sacolas de plástico descartáveis usadas por ano, a poluição por plástico está ameaçando nosso ecossistema, nossa biodiversidade e nossa saúde, em um ritmo e escala nunca vistos”, declarou.

Fontes, 2009. p. 22.

²⁹ _____. ONU. Organização das Nações Unidas. **Mundo produzirá 120 milhões de toneladas de lixo eletrônico por ano até 2050, diz relatório.** 2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/mundo-produzira-120-milhoes-de-toneladas-de-lixo-eletronico-por-ano-ate-2050-diz-relatorio/> Acesso em: 29 de junho de 2020.

³⁰ _____. ONU. Organização das Nações Unidas. **Mundo está sendo ‘inundado’ por lixo plástico, diz secretário-geral da ONU.** 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/mundo-esta-sendo-inundado-por-lixo-plastico-diz-secretario-geral-da-onu/> Acesso em: 29 de junho de 2020.

Se as tendências atuais continuarem, em 2050 nossos oceanos terão mais plástico do que peixes, disse ele.³¹

Rachel Botsman e Roo Rogers destacam que o maior depósito de lixo do mundo não fica na terra e sim no mar, no meio do Oceano Pacífico:

Bem no meio do Oceano Pacífico, um pouco a leste do Japão e a oeste do Havaí, formou-se um gigantesco monumento dos resíduos do consumismo moderno. A grande mancha de lixo do Pacífico é o maior depósito de lixo do mundo, apesar de não ser em terra, mas sim, no oceano. Estima-se que este turbilhão de lixo tenha aproximadamente o dobro do tamanho do Texas e, em algumas partes, chegue a mais de 30 metros de profundidade, se não mais. Trata-se de uma confusão flutuante de 3.5 milhões de toneladas de lixo, sendo 90% compostos de plásticos, de tampas de garrafas e brinquedos a sapatos, isqueiros, escovas de dentes, redes, chupetas, invólucros, embalagens para viagem e sacolas de compras de todos os cantos do mundo.³²

Esses dados só demonstram que o consumismo está caminhando na contramão da sustentabilidade, não há preocupação da grande massa com os recursos finitos da biosfera, da mesma forma o consumidor nem ao menos tem consciência que está sendo induzido a comprar coisas desnecessárias, quanto mais terá conhecimento que seus atos estão impactando de forma crescente e acentuada para o aumento de lixo, degradação da natureza e doenças no mundo.

Diante dos graves pontos trazidos, “[...] podemos efetivamente dizer que estamos numa batalha pela sobrevivência da humanidade”³³, porém, muitos ainda não possuem essa conscientização.

Nesse sentido, Sevcenko aduz que:

A crítica, portanto, é o modo de a sociedade dialogar com as inovações, ponderando sobre seu impacto, avaliando seus efeitos e perscrutando seus desdobramentos.³⁴

Sobre isso, Junges, também defende que os problemas ecológicos não serão resolvidos como uma simples solução técnica, o meio ambiente requer mais, pede uma resposta de ordem ética, uma mudança no paradigma da vida pessoal, como esclareceu:

Os problemas ecológicos não dependem de uma simples solução técnica; pedem uma resposta ética, requerem uma mudança de paradigma na vida pessoal, na convivência social, na produção de bens de consumo e, principalmente no relacionamento com a natureza. Apontam para uma mudança de rota na organização econômico-industrial e político social da sociedade e a conversão das atitudes de consumo e de relacionamento com o ambiente natural e social. Trata-se, no fundo, de mudar a visão de mundo dos contemporâneos. A preocupação ecológica não traz apenas novos problemas, que

³¹ _____. ONU. Organização das Nações Unidas. **Mundo está sendo ‘inundado’ por lixo plástico, diz secretário-geral da ONU**. 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/mundo-esta-sendo-inundado-por-lixo-plastico-diz-secretario-geral-da-onu/>. Acesso em: 29 de junho de 2020.

³² BOTSMAN, Rachel; ROGERS, Roo. **O que é meu é seu: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo**. Tradução de Rodrigo Sardenberg. Porto Alegre: Bookman, 2011. p. 3.

³³ LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. p. 77.

³⁴ SEVCENKO, Nicolau. **A corrida para o século XXI – No loop da montanha russa**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 17.

pedem uma solução, ela introduz um novo paradigma de civilização. A ecologia formula críticas radicais à racionalidade moderna e ao sistema econômico capitalista.³⁵

Esse consumo e consequente descarte desenfreado vem modificando e extirpando os recursos naturais da biosfera, lembrando Morin e Kern: “o homem transformou a Terra, domesticou suas superfícies vegetais, tornou-se senhor de seus animais. Mas não é o senhor do mundo, nem mesmo da Terra.”³⁶

Porém, é necessária uma conscientização acerca desse excessivo crescimento econômico causado pelo consumismo, lembrando Latouche que:

Nosso crescimento econômico excessivo choca-se com os limites da finitude da biosfera. A capacidade de regeneração da Terra já não consegue acompanhar a demanda: o homem transforma os recursos em resíduos mais rápido do que a natureza consegue transformar esses resíduos em novos recursos.³⁷

Nesse diapasão, Azevedo pondera:

a situação atual do ambiente demonstra a insuficiência da ética vigente, antropocêntrica, individualista, incapaz de perceber a íntima ligação entre todos os organismos vivos, em interconexão entre eles e com o meio inorgânico, cujos recursos são exauríveis, razão por que a sua utilização tem de ser prudente e orientada por uma ética da solidariedade, em que sobressaia a responsabilidade transgeracional.³⁸

Nessa mesma linha, visando uma solução ou amenização dos impactos, Latouche defende que o decrescimento é necessário, mas que não deve ser entendido como um possível retrocesso da humanidade, mas em mudanças no estilo de vida da sociedade, de modo a transcender um simples rearranjo do sistema em vigência. Isto posto, implica compreender que a forma de produção e consumo desmedidos e irrestritos presentes no cotidiano da sociedade contemporânea, quase de forma hegemônica, é incompatível com a finitude e a capacidade de recuperação do planeta frente à essas questões e, portanto, devem ser indagados incessantemente.³⁹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se com o presente artigo, que a partir do século XX e notadamente do início do século XXI, a modernidade líquida ganhou força no mundo, trazendo à tona que consumir apenas para a subsistência não bastava.

O capitalismo então, tomando conta do mundo, traçou, por meio das corporações e do governo, estratégias para que as pessoas consumissem mais, fazendo com que a economia local e global fosse beneficiada.

³⁵ JUNGES, José Roque. **Ética ambiental**. São Leopoldo: Ed. da Unisinos, 2004. p. 8.

³⁶ MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra pátria**. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2002. p. 176.

³⁷ LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. p. 27.

³⁸ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Ecocivilização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 94.

³⁹ LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**.

A partir de então, a mídia incutiu no indivíduo que consumir o necessário já não era o suficiente, modificando-se o conceito de vida de outrora, passaram, a partir de então a agir como consumistas, se instaurando uma nova era, a do consumismo.

Nesse sentido, uma das estratégias de mercado que mais deram certo e vigora até os dias atuais, são as chamadas obsolescência programada e obsolescência psicológica. Na primeira, a fabricação dos produtos passou a ser feita para durar um determinado prazo, o suficiente para girar a economia e obrigar ao consumo novamente. A segunda, imprimindo nas pessoas a necessidade da compra, mesmo que desnecessário, associando a padrões impostos pela sociedade que precisariam ser seguidos, trazendo pequenas sensações de felicidade.

Ocorre que com o passar do tempo, as corporações, empresas etc., vislumbrando o aumento do consumo, justamente associados a sensações pessoais de prazeres com a compra, passaram a fabricar objetos cada vez mais obsoletos, com menos tempo de vida, obrigando ao consumo desenfreado imposto pela sociedade pós-moderna.

Porém, toda ação causa uma reação, e com o grande aumento no consumo, também cresceu absurdamente o descarte dos produtos obsoletos ou que deixaram de servir em razão dos novos lançamentos.

Esse descarte, como visto, ocorre rotineiramente de forma irregular, sendo encontrados massivamente nos oceanos e nos chamados lixões do mundo, localizados nos países subdesenvolvidos, e tem impactado sobremaneira a biosfera, trazendo inúmeras consequências para a saúde e para o meio ambiente.

Portanto, como restou demonstrado, decrescer sem retrocessos, repensar o consumo e o descarte, serão medidas necessárias para a recuperação do planeta terra.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALMEIDA, Aliette Marisa S. D. N. Teixeira de. **A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 14, n. 53, p. 16, jan./mar. 2005.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Ecocivilização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BARBOSA, Livia. **Sociedade de Consumo**. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **A vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida a Crédito**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2010.

- BAUMAN. Zygmunt Bauman, Carlo Bordoni. **Estado de Crise**. 1a. ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2016.
- BAUMAN. Zygmunt Bauman. **A ética é possível em um mundo de consumidores?** Rio de Janeiro, RJ: Zahar, 2011.
- BOTSMAN, Rachel; ROGERS, Roo. **O que é meu é seu: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo**. Tradução de Rodrigo Sardenberg. Porto Alegre: Bookman, 2011.
- GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. A Obsolescência Programada e Psicológica e o Desequilíbrio Causado na Dimensão Econômica da Sustentabilidade. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; VIEIRA, Ricardo Stanziola; FERRER, Gabriel Real (orgs.); GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio (cords.). **Consumo sustentável, agroindústria e recursos hídricos**. Itajaí, 2018.
- HADDAD, Paulo R. **Economia ecológica e economia integral**. Ed. e-galáxia, 2017.
- JUNGES, José Roque. **Ética ambiental**. São Leopoldo: Ed. da Unisinos, 2004.
- LATOUCHE, Serge. **Hecho para tirar: La irracionalidade de la obsolescencia programada**. Traducción del francés de Rosa Bertran Alcázar, Editora Octaedro, 2012.
- LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- LEONARD, Annie. **A história das coisas: da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos**. / Annie Leonard com Ariane Conrad; revisão técnica: André Piani Besserman Vianna; tradução Heloisa Mourão. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- MENDES, Elzilaine Domingues. VIANA, Terezinha de Camargo. BARA, Olivier. **Melancolia e Depressão: Um Estudo Psicanalítico**. In: Psic.: Teor. e Pesq., Brasília, Out-Dez 2014, Vol. 30 n. 4, pp. 423-431. Ed Mendes et al.
- MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra pátria**. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2002.
- _____. ONU. Organização das Nações Unidas. **Banco Mundial: serão necessários 3 planetas para manter atual estilo de vida da humanidade**. 2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/banco-mundial-serao-necessarios-3-planetas-para-manter-atual-estilo-de-vida-da-humanidade/> Acesso em: 29 de junho de 2020.
- _____. ONU. Organização das Nações Unidas. **Mundo está sendo 'inundado' por lixo plástico, diz secretário-geral da ONU**. 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/mundo-esta-sendo-inundado-por-lixo-plastico-diz-secretario-geral-da-onu/> Acesso em: 29 de junho de 2020.
- _____. ONU. Organização das Nações Unidas. **Mundo produzirá 120 milhões de toneladas de lixo eletrônico por ano até 2050, diz relatório**. 2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/mundo-produzira-120-milhoes-de-toneladas-de-lixo-eletronico-por-ano-ate-2050-diz-relatorio/> Acesso em: 29 de junho de 2020.

_____. ONU. Organização das Nações Unidas. **Um terço do lixo da América Latina e Caribe acaba em aterros ou na natureza, diz ONU**. 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/um-terco-do-lixo-da-america-latina-e-caribe-acaba-em-aterros-ou-na-natureza-diz-onu/> Acesso em: 29 de junho de 2020.

PORTILHO, Fátima. Sustentabilidade Ambiental, Consumo e Cidadania. São Paulo: Cortez, 2005.

RIFKIN, Jeremy. **Sociedade com custo marginal zero**. São Paulo: M. Books do Brasil Editora Ltda., 2016.

SEVCENKO, Nicolau. **A corrida para o século XXI – No loop da montanha russa**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes; SOARES, Josemar Sidinei. **Sociedade de consumo e consumismo: implicações existenciais na dimensão da sustentabilidade**. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; VIEIRA, Ricardo Stanziola; FERRER, Gabriel Real (orgs.); GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio (cords.). Consumo sustentável, agroindústria e recursos hídricos. Itajaí, 2018.

O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO DIANTE DA AGENDA 2030 PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Jeferson Ricardo da Silva Reis¹

Gilson Jacobsen²

INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende analisar de que forma a Agenda 2030, das Nações Unidas, foi recepcionada pelo Poder Judiciário brasileiro e identificar quais, dentre os seus objetivos, metas e indicadores, são aqueles que melhor se adéquam à sua atuação e de que modo o comprometimento com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável - ODS, em especial o de número 16, poderá impactar a atuação do Judiciário na busca pela integração da Agenda 2030 ao seu cotidiano.

Inicialmente, o trabalho traz uma breve apresentação da Agenda 2030, com a exposição de cada um dos 17 ODS que compõem o seu núcleo central. No afã de superar a dificuldade natural apresentada pelos enunciados abertos daqueles objetivos, são examinadas as metas e analisados seus respectivos indicadores associados.

Para tanto, examina-se como o Conselho Nacional de Justiça - CNJ - congrega esforços para implantar a Agenda 2030 no cumprimento de sua missão de aprimorar a gestão judiciária brasileira e de que forma as futuras decisões judiciais, no esforço de integrar as metas do Poder Judiciário às metas e indicadores dos ODS, podem ser vetores de transformação social. Se é que se pode ter tal pretensão.

Contudo, como os ODS da Agenda 2030 se encontram majoritariamente direcionados para o Executivo e o Legislativo, sobre os quais recai, por isso, parte significativa da responsabilidade pelo eventual sucesso ou fracasso do Brasil em cumprir com o compromisso assumido, traz-se à discussão a questão da possível judicialização de temas relacionados a tal pauta e seu respectivo impacto.

No tocante à pesquisa e sua metodologia, foram utilizadas as técnicas do referente e da pesquisa bibliográfica, com adoção do método indutivo, buscando-se chegar a conclusões mais

¹ Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, na linha de pesquisa Direito, Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente. Mestre em Território, Urbanismo y Sostenibilidad en el Marco de la Economía Circular, pela Universidad de Alicante - UA. Especialista em Direito Público com capacitação para o magistério superior pela Faculdade Damásio. Analista Judiciário - Área Judiciária da Seção Judiciária da Bahia (TRF1), cedido à Seção Judiciária de Santa Catarina (TRF4).

² Pós-doutor em Direito e Justiça Constitucional pela Alma Mater Studiorum Università di Bologna - UNIBO/Itália. Doutor em Direito Público pela Università Degli Studi di Perugia - UNIPG/Itália. Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI/Brasil. Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica (PPCJ) da UNIVALI e Professor de Direito Processual Civil dessa mesma universidade, *Campus* Kobrasol (São José/SC). Juiz Federal Titular da 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Santa Catarina, em Florianópolis/SC (TRF4). Formador de Formadores junto à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, em Brasília/DF.

amplas do que as premissas sobre as quais se basearam a pesquisa³.

1. A AGENDA 2030

A Agenda 2030 é um plano de ação firmado por um total de 193 (cento e noventa e três) países-membro da Organização das Nações Unidas - ONU, dentre eles o Brasil, intitulado *Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável*, com a proposta de servir de guia para governos, sociedade civil organizada, iniciativa privada e cidadãos em geral, em busca de desenvolvimento, paz, justiça social e igualdade.

Trata-se de uma declaração que encerra 17 (dezessete) grandes objetivos voltados para o desenvolvimento sustentável, denominados Objetivos de Desenvolvimento Sustentável - ODS, pensados em uma escala planetária e que juntos contêm 169 metas e 231 indicadores, com o propósito de serem alcançadas até o ano de 2030, sendo, em razão disso, batizada de Agenda 2030.

Embora mais amplos e complexos, tais objetivos foram fortemente inspirados nos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio - ODM - e contemplam as três dimensões habitualmente associadas ao desenvolvimento sustentável: ambiental, econômica e social.

A nova agenda consiste em realizar um esforço comum e global para se alcançar um ambicioso modelo de desenvolvimento sustentável em um curto espaço de 15 (quinze) anos, tendo como imperativo ético o compromisso de não deixar nenhuma nação para trás. Busca-se, por meio dela, cumprir um compromisso solene de se priorizar os povos mais distantes das metas e dos objetivos traçados sem abdicar da sustentabilidade, no sentido clássico de atender as necessidades do presente sem comprometimento do direito de existir das próximas gerações.

O documento reconhece formalmente em seu bojo que o alcance dos resultados esperados passa pela superação do hiato de gênero; pelo respeito universal aos direitos e dignidade humanos; pelo estado de direito; pela justiça; pela igualdade; pela não discriminação; pela educação inclusiva e de qualidade; pela erradicação da pobreza, da fome, da desnutrição infantil e da violência contra mulheres e meninas; e, ainda, pelo empoderamento de jovens, de pessoas com deficiência, das que vivem com HIV/AIDS, dos idosos, dos indígenas, dos refugiados, das pessoas deslocadas internamente e dos migrantes em geral.

Nele são citados, também, a necessidade de promoção da saúde física e mental, do bem-estar, do aumento da expectativa de vida, da cobertura universal de saúde e de se pôr um fim às mortalidades neonatal, infantil e materna, além do enfrentamento às ameaças representadas pelas mudanças climáticas e degradação ambiental.

A Agenda 2030 faz, também, um duro alerta para a possibilidade de a atual geração de líderes mundiais se tornar a primeira a obter êxito em erradicar a pobreza e, sobretudo, a última com chances reais de salvar o planeta.

Munidos por tais propósitos, os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável eleitos pelas

³ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p.2013/218.

Nações Unidas foram, pela ordem:

Objetivo 1. Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares;

Objetivo 2. Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável;

Objetivo 3. Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades;

Objetivo 4. Assegurar a educação inclusiva e equitativa de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos;

Objetivo 5. Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas;

Objetivo 6. Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos;

Objetivo 7. Assegurar o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia para todos;

Objetivo 8. Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos;

Objetivo 9. Construir infraestruturas robustas, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação;

Objetivo 10. Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles;

Objetivo 11. Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resistentes e sustentáveis;

Objetivo 12. Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis;

Objetivo 13. Tomar medidas urgentes para combater a mudança do clima e seus impactos;

Objetivo 14. Conservar e usar sustentavelmente os oceanos, os mares e os recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável;

Objetivo 15. Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade;

Objetivo 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis; e

Objetivo 17. Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável.

Embora os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável acima listados sejam, por assim dizer, a linha de chegada que precisaria ser ultrapassada até 2030 pelos Estados- membros das Nações Unidas, são as metas que direcionam e permitem alcançá-los, enquanto os indicadores, por sua vez, possibilitam medir a gradual taxa de sucesso para cada empreitada, não podendo, portanto, ser negligenciados.

Assim, ODS e metas são aferidos e revisados a partir de 231 indicadores, desenvolvidos pelo *Inter-Agency Expert Group on SDG Indicators - IAEG-SDGs* (Grupo Interinstitucional e de Peritos em Indicadores de Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, em tradução nossa), que permitem acompanhar o desempenho de cada país, de forma que o compromisso assumido individualmente não fique apenas no papel.

Metas e indicadores são, pois, essenciais para se avaliar a taxa de implementação e de sucesso no alcance dos ODS, cujo monitoramento global é feito por meio do *High-Level Political Forum on Sustainable Development – HLPF* (Alto Fórum Político sobre Desenvolvimento Sustentável, em tradução nossa), encontro organizado anualmente pelas Nações Unidas em que cada Estado-membro tem a oportunidade de apresentar aos demais seus respectivos relatórios, com avanços e gargalos enfrentados na sua persecução.

As metas previstas no documento da ONU são de duas espécies: finalísticas e de implementação. Enquanto as metas finalísticas estão relacionadas diretamente ao alcance do ODS a que fazem referência, as de implementação dizem respeito aos aportes necessários, a serem investidos no alcance de cada ODS, a exemplo de recursos humanos, financeiros, tecnológicos e de governança⁴.

Apesar de a República Federativa do Brasil ter firmado o compromisso com tais objetivos em 25 setembro de 2015, apenas com o Decreto nº 8.892, de 27 de outubro de 2016, a Presidência da República criou a Comissão Nacional para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável - CNODS, que passou a integrar a estrutura de sua Secretaria de Governo, com o intuito de realizar a articulação, a mobilização e o diálogo com os demais entes federativos e a sociedade civil na tentativa de se alcançar todos os ODS até a data limite.

A extinção da CNODS, com a ampla revogação levada a efeito pelo Decreto nº 10.179, de 18 de dezembro de 2019, não eximiu o país de cumprir com os compromissos encerrados na Agenda 2030, tendo em vista que sua articulação, no âmbito do Poder Executivo, foi transferida para a Secretaria Especial de Assuntos Federativos, por força do artigo 15, VII, do Decreto nº 9.980, de 20 de agosto de 2019.

Persiste, porém, a responsabilidade transversal de todas as intuições brasileiras com a Agenda 2030, fundada no fato legal e político de o Estado brasileiro ser uno e tornando possível pensá-la, também, sob a perspectiva do Poder Judiciário, ou seja, através de um corte epistemológico na imensidão de discussões que o tema oferece ao se avançar sobre suas metas e indicadores.

2. O ODS 16, SUAS METAS E SEUS INDICADORES

Dentro daquilo que o presente estudo se propõe a investigar, considera-se essencial compreender de que forma o Poder Judiciário pode contribuir para que o Brasil alcance os objetivos estipulados pelas Nações Unidas e que conferem significado à Agenda 2030.

⁴ SILVA, Enid Rocha Andrade da (coord). **Agenda 2030 – ODS – metas nacionais dos objetivos de desenvolvimento sustentável:** proposta de adequação. Brasília, DF: IPEA, 2018. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8636>. Acesso em: 21.jun.2020. p.21.

Para isso, o primeiro passo a ser intuitivamente dado aponta no sentido de se identificar qual ODS, dentre os 17 existentes, pode ser encampado pelo Poder Judiciário, considerando-se não apenas a sua função típica, de substituir os titulares de direitos em conflitos para, por meio de uma decisão justa, distribuir paz social, mas também a sua atuação administrativo-institucional.

Pode-se afirmar que, dentre todos, o ODS 16 é o que mais se aproxima das atribuições institucionais do Poder Judiciário, por ter como focos a paz, o desenvolvimento sustentável e o acesso à justiça. Essa conclusão não se dá unicamente pelo teor de seu enunciado, mas, sobretudo, pelas metas e indicadores que a ele foram associados.

Claro que, tomando em consideração apenas o teor de cada enunciado, tornar-se-ia possível ampliar a quantidade de ODS capazes de serem associados à atuação do Poder Judiciário, a exemplo dos ODS 02, 03, 08 e 17, só para mencionar alguns. Contudo, ao se optar por aprofundar a questão, de forma a que o diálogo também inclua metas e indicadores, considerados indissociáveis de cada objetivo, tem-se o ODS 16 como aquele que mais dialoga com o Poder Judiciário.

Quanto ao ODS 16, então, um total de doze metas foram previstas pela *Agency Expert Group on SDG Indicators – IAEG-SDG*, sendo que dez delas foram classificadas como metas finalísticas e outras duas como metas de implementação.

As dez metas finalísticas relacionadas ao ODS 16 são:

16.1 - Reduzir significativamente todas as formas de violência e as taxas de mortalidade relacionadas, em todos os lugares;

- Acabar com abuso, exploração, tráfico e todas as formas de violência e tortura contra crianças;

16.3 - Promover o estado de direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça, para todos;

16.4 - Até 2030, reduzir significativamente os fluxos financeiros e de armas ilegais, reforçar a recuperação e devolução de recursos roubados, e combater todas as formas de crime organizado;

16.5 - Reduzir substancialmente a corrupção e o suborno em todas as suas formas;

16.6 - Desenvolver instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis;

16.7 - Garantir a tomada de decisão responsiva, inclusiva, participativa e representativa em todos os níveis;

16.8 Ampliar e fortalecer a participação dos países em desenvolvimento nas instituições de governança global;

16.9 - Até 2030, fornecer identidade legal a todos, incluindo o registro de nascimento; e

16.10 - Assegurar o acesso público à informação e proteger as liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e os acordos internacionais.

Como se pode extrair da leitura acima, tais metas apresentam tamanha amplitude que apenas se conhecendo os seus indicadores torna-se possível identificar, com mais clareza, quais,

dentre elas, podem contar com a contribuição efetiva do Poder Judiciário.

E os indicadores previstos para as metas finalísticas do ODS 16 são:

Meta 16.1

16.1.1 - Número de vítimas de homicídio intencional, por 100.000 habitantes, por sexo e idade;

16.1.2 - Óbitos relacionados com conflitos por 100.000 habitantes, por sexo, idade e causa;

16.1.3 - Proporção da população sujeita a violência física, psicológica ou sexual nos últimos 12 meses;

16.1.4 - Proporção da população que se sente segura quando caminha sozinha na área onde vive;

Meta 16.2

16.2.1 - Proporção de crianças com idade entre 1 e 17 anos que sofreram qualquer punição física e/ou agressão psicológica por parte de cuidadores no último mês;

16.2.2 - Número de vítimas de tráfico de pessoas por 100.000 habitantes, por sexo, idade e forma de exploração;

16.2.3 - Proporção de mulheres e homens jovens com idade entre 18 e 29 anos que foram vítimas de violência sexual até a idade de 18 anos;

Meta 16.3

16.3.1 - Proporção de vítimas de violência nos últimos 12 meses que reportaram às autoridades competentes ou a outros organismos de resolução de conflitos oficialmente reconhecidos;

16.3.2 - Proporção de presos sem sentença em relação à população prisional em geral;

Meta 16.4

16.4.1 - Valor total de entradas e saídas de fluxos financeiros ilícitos (em dólares americanos correntes);

16.4.2 - Proporção de armas apreendidas, encontradas ou entregues, cuja origem ou contexto ilícito tenha sido detectado ou estabelecido por uma autoridade competente, em linha com instrumentos internacionais;

Meta 16.5

16.5.1 - Proporção de pessoas que tiveram pelo menos um contato com um funcionário público e que pagaram um suborno ou a quem foi pedido um suborno por funcionários públicos, nos últimos 12 meses;

16.5.2 - Proporção de empresas que tiveram pelo menos um contato com um funcionário público e que pagaram um suborno ou a quem foi pedido um suborno por funcionários públicos, nos últimos 12 meses;

Meta 16.6

16.6.1 - Despesas públicas primárias como proporção do orçamento original aprovado, por setor (ou por códigos de orçamento ou similares);

16.6.2 - Proporção da população satisfeita com a última experiência com serviços públicos;

Meta 16.7

16.7.1 - Proporções de cargos (por sexo, idade, pessoas com deficiência e grupos populacionais) em instituições públicas (legislativo nacional e locais, administração pública e tribunais) em relação às distribuições nacionais;

16.7.2 - Proporção da população que considera que os processos de tomada de decisão são inclusivos e adequados, por sexo, idade, deficiência e grupo populacional;

Meta 16.8

16.8.1 - Proporção de membros e direito de voto dos países em desenvolvimento em organizações internacionais;

Meta 16.9

16.9.1 - Proporção de crianças com menos de 5 anos cujos nascimentos foram registrados por uma autoridade civil, por idade;

Meta 16.10

16.10.1 - Número de casos verificados de homicídio, sequestro, desaparecimento forçado, detenção arbitrária e tortura de jornalistas, pessoal de mídia, sindicalistas e defensores dos direitos humanos nos últimos 12 meses;

16.10.2 - Número de países que adotam e implementam garantias constitucionais, estatutárias e/ou políticas para acesso público à informação;

A partir dos 21 indicadores acima relacionados, cuja numeração leva em conta a respectiva meta com a qual cada um se associa, é possível promover uma triagem daqueles que são mais afetos ao Poder Judiciário, elegendo-se, dentre eles, a partir deste critério, os indicadores 16.3.2, 16.6.2 e 16.7.1, a seguir transcritos:

16.3.2 - Proporção de presos sem sentença em relação à população prisional em geral;

16.6.2 - Proporção da população satisfeita com a última experiência com serviços públicos;
e

16.7.1 - Proporções de cargos em instituições públicas em relação às distribuições nacionais.

Com relação ao indicador 16.3.2, o Banco Nacional de Monitoramento de Prisões - BMNP 2.0⁵ identificou que 40,14% das pessoas encarceradas no país se encontravam presas sem qualquer condenação, o que correspondia a um contingente de 241.090 réus.

Assim, a diminuição da proporção de pessoas presas sem condenação depende de uma

⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Banco Nacional de Monitoramento de prisões - BNMP 2.0**: cadastro nacional de presos. Brasília, DF: ago. 2018a, p. 41. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/bnmp.pdf>. Acesso em 02.out.2019.

política de priorização das ações penais no Brasil, impossível de ser desenvolvida sem a participação direta do Poder Judiciário que permita levar o país a uma posição aceitável e de humanização do sistema carcerário, mas sem que isso implique risco de julgamentos açodados, em prejuízo da análise rigorosa dos fatos que levem a absolvições ou condenações penais injustas.

É possível, por isso mesmo, afirmar que tal indicador está relacionado diretamente a uma função típica do Poder Judiciário e que resolvê-lo requer, em tese, o desempenho de atividades para as quais seus órgãos se encontram originariamente vocacionados, embora o problema seja muito mais complexo.

Em relação à proporção de pessoas satisfeitas com sua última experiência junto aos serviços públicos, correspondente ao indicador 16.6.2, renova-se com ele o desafio de conciliar os serviços judiciais com as devidas expectativas que se tem a respeito deles, expectativas estas que deixam de ser apenas locais para serem apropriadas pela comunidade internacional, a quem se deverá prestar contas em 2030.

O indicador 16.7.1, por sua vez, trata de representatividade e diversidade. Nesse ponto, a adoção de ações afirmativas e critérios que visem a ampliar a participação de minorias, como negros, indígenas, deficientes físicos e, com isso, garantir uma representatividade mais equânime desses grupos em todos os níveis da carreira judiciária, parece ser a alternativa mais apropriada para se atingir a meta 16.7 da ODS 16.

Neste aspecto, cabe trazer o registro da Resolução n. 203, de 23 de junho de 2015, do CNJ, que dispõe sobre a reserva aos negros, no âmbito do Poder Judiciário, de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e ingresso na magistratura, enquanto que o art. 5º, § 2º, da Lei nº 8.112/1990 prevê percentual idêntico para o ingresso de deficientes físicos no serviço público federal como um todo.

Segundo dados do próprio CNJ⁶, de acordo com o último censo realizado pelo órgão entre 2012 e 2013, um total de 80,9% dos magistrados brasileiros são brancos, 19,1% negros e 0,0% indígena, o que demonstra que o Poder Judiciário precisará melhorar tais índices e, paralelamente, pensar em políticas afirmativas destinadas especialmente para indígenas, na tentativa de se adequar à Agenda 2030.

As duas metas de implementação previstas para o ODS 16 foram:

16.a - Fortalecer as instituições nacionais relevantes, inclusive por meio de cooperação internacional, para a construção de capacidade em todos os níveis, em particular em países em desenvolvimento, para a prevenção da violência e o combate ao terrorismo e ao crime; e

16.b - Promover e fazer cumprir leis e políticas não discriminatórias para o desenvolvimento sustentável.

Já em relação aos indicadores específicos, relativos às metas de implementação acima, também foram previstos dois, sendo um para cada meta:

16.a.1 - Existência de instituições nacionais de Direitos Humanos independentes em

⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Censo do Poder Judiciário: vetores iniciais e dados estatísticos. CNJ: 2014, p. 39. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/censo-do-poder-judiciario/relatorios-censo-judiciario/>. Acesso em: 03.out 2019.

conformidade com os Princípios de Paris;

16.b.1 - Proporção da população que reportou ter se sentido pessoalmente discriminada ou assediada nos últimos 12 meses por motivos de discriminação vedados no âmbito da legislação internacional dos direitos humanos.

Portanto, é no âmbito das metas de implementação e dos respectivos indicadores que se abre a grande possibilidade de o Judiciário passar por um rearranjo institucional, com normativos, planos, programas ou políticas internas adaptadas ao macro desafio que representa a Agenda 2030.

Ao abordar os desafios e perspectivas da racionalização do sistema judicial no Brasil, embora sem se ater ao prisma da Agenda 2030, Tavares⁷ sustenta que soluções gerenciais e de modernização tecnológica não são suficientes, apostando em uma mudança de modelo de prestação jurisdicional para conferir à Justiça o dinamismo que os tempos modernos exigem.

De fato, para que possa ser incluído na Agenda 2030, o Judiciário precisará se fortalecer enquanto instituição, porque só assim, segundo deixam claro as pretensões das Nações Unidas, conseguirá fazer frente aos grandes desafios que se apresentam e que precisarão ser superados na busca por um novo e ambicioso modelo de desenvolvimento sustentado, pautado em um imperativo ético de não deixar os mais vulneráveis para trás.

Feita essa breve análise, é preciso saber de que forma o Poder Judiciário reagiu ou vem reagindo à Agenda 2030; temática do próximo tópico.

3. A CORRIDA DO CNJ PELA AGENDA 2030

O primeiro instrumento legal no âmbito do Poder Judiciário, cujo conteúdo aborda de forma direta os potenciais impactos da Agenda 2030 sobre sua atuação, é a Portaria nº 133, de 28 de setembro de 2018, por meio da qual o CNJ instituiu um comitê interinstitucional com o objetivo específico de, no prazo de 150 dias, desenvolver estudos e apresentar propostas de integração das metas do Poder Judiciário com as metas e indicadores dos ODS.

Era atribuição do comitê, dentre outros: elaborar um relatório preliminar que identificasse as bases de dados e as informações existentes para o acompanhamento das metas e dos indicadores dos ODS/Agenda 2030 e, feito isso, apresentar proposta de mecanismo que ampliasse a transparência de dados do Poder Judiciário, facilitando a consulta e pesquisa por usuários.

Por ocasião da Portaria nº 72, de 09 de maio de 2019, do próprio CNJ, o prazo para entrega do relatório foi prorrogado por mais 150 dias.

O trabalho do Comitê Interinstitucional para a Agenda 2030 no Poder Judiciário deu origem a um Relatório Preliminar⁸, , no qual se externou expressamente a preocupação com os limites da

⁷ TAVARES, Luiz Claudio Assis. **A racionalização do sistema judicial no Brasil: desafios e perspectivas**. Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 6, n. 2, maio/ago. 2019. Disponível em: <http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/308>. Acesso em: 01.out.2019. p.13.

⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório preliminar do Comitê Interinstitucional destinado a proceder estudos e apresentar propostas de integração das metas do Poder Judiciário com as metas e indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), Agenda 2030: Portaria nº 133, de 28 de setembro de 2018. CNJ: 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/05/2337a99814bdcdad8045a4a4b7f48cae.pdf>. Acesso em: 25.out. 2019.

própria atuação do Judiciário.

As preocupações do Comitê restaram explicitadas no relatório, como se pode extrair do seguinte trecho:

Para além do necessário *accountability* traduzido em metas de produtividade e julgamento, como medir se o Poder Judiciário está ou não sendo eficiente em atingir os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e garantir a efetivação dos direitos humanos? Como conciliar, no sistema de justiça, o princípio constitucional da eficiência, a promoção do desenvolvimento nacional e a efetivação dos direitos humanos, que tem como pilar central a dignidade da pessoa humana? Como tratar da politização da Justiça e da judicialização da Política, em ambiente inovador de diálogo interinstitucional, que permita construir planos de ação, com metas e indicadores e definição de competências e prazos, a fim de aperfeiçoar políticas públicas e reduzir a judicialização? (BRASIL, 2018b, p. 17).

É que qualquer evento ou turbulência com força suficiente para engessar o Executivo e o Legislativo muitas vezes acaba por transferir para o Judiciário, por meio da assim chamada judicialização da Política, a difícil tarefa de, na prática, substituir os outros dois Poderes em atribuições para as quais, sem qualquer demérito, não é necessariamente vocacionado.

De todo modo, decisões como as tomadas na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510, que liberou a pesquisa com células-troncos embrionárias; na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186, que declarou a constitucionalidade do sistema de cotas raciais da Universidade de Brasília; ou, ainda, nas ADI 4277 e ADPF 132, que reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo; mencionadas como frutos de um ativismo judicial por Faria⁹, caso tivessem sido proferidas hoje, estariam perfeitamente alinhadas à Agenda 2030, mas nem por isso sujeitas a menores críticas ou polêmicas¹⁰.

Tais decisões do Supremo Tribunal Federal poderiam ter sido fruto de uma ampla discussão no âmbito do Poder Legislativo, resultando, em um contexto ideal, na aprovação ou rejeição de leis após um amplo debate entre os representantes eleitos pelo povo, de forma a evitar a substituição de um Poder por outro.

Todavia, a dificuldade de o Legislativo se adequar aos novos tempos e, com isso, acompanhar as mudanças sociais, acabaram por levar aquelas e tantas outras pautas ao conhecimento e deliberação do Judiciário.

De fato, é cada vez maior a relevância social e política da Justiça nas democracias contemporâneas, e a demanda por justiça tende a aumentar, não tanto em termos quantitativos, mas principalmente em termos qualitativos. São novos e cada vez mais amplos os setores da atividade humana que reclamam pela intervenção do Judiciário. Daí que se espera mais do que mera administração da Justiça; se espera que a Justiça faça melhor, que melhore seu rendimento,

⁹ FARIA, Iolanda Pinto de. Ativismo judicial e direitos humanos: paradoxos e tensões na interpretação de normas constitucionais. Interfaces Científicas: Direito, v. 7, n. 1, p. 49-56, fev. 2019. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/index.php/direito/article/view/6006>. Acesso em: 02.out. 2019.

¹⁰ FARIA, Iolanda Pinto de. Ativismo judicial e direitos humanos: paradoxos e tensões na interpretação de normas constitucionais. Interfaces Científicas: Direito, v. 7, n. 1, p. 49-56, fev. 2019. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/index.php/direito/article/view/6006>. Acesso em: 02.out. 2019. p.52.

o que requer a introdução de profundas inovações na obra feita pelos sistemas judiciários¹¹.

Dizer, porém, que o Judiciário desempenha o importante papel de preencher as lacunas que existem entre a lei e a sociedade não significa afirmar que o caminho dos tribunais seja necessariamente o melhor ou o mais efetivo em toda e qualquer situação¹².

E é por isso que, para se mensurar a real contribuição do Poder Judiciário para a Agenda 2030, há que se fazer os mesmos questionamentos realizados por Helena Grassi Fontana¹³: Qual a competência do Poder judiciário para a efetivação dos direitos sociais quando não garantidos pela Administração Pública? Qual a efetividade das decisões judiciais quando condenam a Administração Pública? E, por fim, qual o alcance da tutela judicial para a efetivação dos direitos sociais?

Em razão desse contexto, a Agenda 2030 e seus diversos ODS, metas e indicadores têm o potencial de incrementar ainda mais o conflito de agendas entre o Judiciário e os demais Poderes da República.

Daí poder-se supor que a Agenda 2030 não veio para que o Judiciário promova um mero rearranjo formal, mas sim como um convite sonoro para abandonar uma posição estática e, sempre que necessário, assumir de vez uma atuação proativa. E, nesse passo, só o tempo e a experiência dirão qual a exata medida para se fazer frente a desafios dessa natureza. Até lá, o Judiciário e a democracia brasileira terão de conviver com acertos, excessos e erros – e a aprender com eles¹⁴.

Para além dessas preocupações, porém, também merecem destaque as boas notícias relacionadas à Agenda 2030. Segundo levantamento constante do documento elaborado pelo Comitê Interinstitucional, identificou-se a existência de 290 resoluções, 81 provimentos, 31 recomendações e 8 orientações apenas no âmbito do CNJ e, ainda, mais de 2.322 atos normativos relacionados a tal temática, distribuídos entre as áreas meio e fim de atuação de mais de 60 tribunais espalhados pelo país, chegando-se à existência de quase 3.000 atos produzidos e classificados segundo os ODS da Agenda 2030.

Na sequência, em 19 de agosto de 2019, o CNJ publicou o Provimento nº 85, que dispõe sobre a adoção dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável pelas Corregedorias do Poder Judiciário e pelo Serviço Extrajudicial.

Para se ter uma ideia, o provimento em questão considerou que cabe ao Poder Judiciário brasileiro implementar mecanismos que concretizem o princípio constitucional do amplo acesso à

¹¹ GUARNIERI, Carlo. La Giustizia Come Servizio Ai Cittadini: il caso delle best practices. In: ZANON, Nicoló; VILLATA, Gigliola di Renzo; BIONDI, Francesca. **L'Ordinamento Giudiziario a Cinque Anni Dalla Riforma**: um bilancio tra spinte all'efficienza e servizio ai cittadini. Milano: Giuffrè Editore, 2012. p.53/54.

¹² BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2006. p.89.

¹³ FONTANA, Helena Grassi. A tutela jurisdicional dos direitos sociais: uma análise do papel da administração pública e do poder judiciário. **Unisul de Fato e de Direito: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, Santa Catarina, [S. l.], v. 9, n. 19, p. 109-118, set. 2019. ISSN 2358-601X. DOI: <http://dx.doi.org/10.19177/ufd.v9e192019109-118>. Disponível em: http://portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/8056. Acesso em: 02.out. 2019. p.110.

¹⁴ CASADO, Letícia; GUSTAVO, Uribe; FERNANDES, Talita; DIAS, Marina; CANCIAN, Natália. Atacar o Poder Judiciário é atacar a democracia, diz Toffoli. Folha de São Paulo. São Paulo: 22 out. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/atacar-o-poder-judiciario-e-atacar-a-democracia-diz-toffoli.shtml>. Acesso em: 01.out. 2019.

Justiça, a igualdade de gênero, a prevenção de conflitos, o combate às desigualdades, a proteção das liberdades fundamentais, o respeito ao direito de todos e a paz social, em uma espécie de convocação bastante alinhada àquelas metas finalísticas aqui já referidas.

Deixou-se claro, ainda, que os 17 ODS estariam em harmonia com a Estratégia Nacional do Poder Judiciário e com os macrodesafios, metas e indicadores específicos do Judiciário, uma vez que eles estariam diretamente relacionados a temas como: produtividade; celeridade na prestação jurisdicional; aumento dos casos solucionados por conciliação; priorização das causas relacionadas a atos de improbidade administrativa e crimes praticados contra a Administração Pública; impulso a processos na fase de cumprimento de sentença; execuções fiscais e não fiscais; ações coletivas; julgamento de processos dos maiores litigantes e de recursos repetitivos; além do fortalecimento da rede de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra as mulheres, dentre outros.

Em seguida, foi a vez da Portaria nº119, de 21 de agosto de 2019, pela qual o CNJ instituiu o Laboratório de Inovação, Inteligência e Objetivos de Desenvolvimento Sustentável - LIODS, com o objetivo institucional de promover a paz, a justiça e a eficiência institucional, ou seja, de impulsionar a Agenda 2030 a partir de uma atuação material, e não apenas regulamentar.

Para tanto, o artigo 3º daquela norma, previu que competiria ao LIODS monitorar e promover a gestão judicial, processual e administrativa dos dados da Agenda 2030; elaborar e implementar plano de ação com soluções conjuntas e pacíficas voltadas à melhoria da gestão pública, visando a evitar a judicialização excessiva; dialogar com a rede de Governança Colaborativa do Poder Judiciário, quando necessário, para a difusão da Agenda; mapear os programas desenvolvidos pelas redes de inovação dentro do Poder Judiciário, ligados à pauta global da Agenda 2030; estabelecer conexões entre os Laboratórios de Inovação e os Centros de Inteligências judiciais para o desenvolvimento de projetos conjuntos dentro da Agenda; incentivar pesquisas, artigos e estudos sobre ODS no Poder Judiciário; abrir espaço para a participação cidadã na concepção de projetos inovadores no Poder Judiciário, que contribuam para a efetividade da Agenda 2030; apoiar os órgãos do CNJ na busca de soluções para problemas complexos, tomando por base metodologias de inovação e inteligência que considerem a empatia, a colaboração interinstitucional e a experimentação.

Por fim, cabe o registro de que o CNJ encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 11.215/2018, objetivando a instituição legal do Laboratório de Inovação, Inteligência e Objetivo de Desenvolvimento Sustentável - LIODS, com criação de cargos fixos na estrutura do próprio Conselho, de forma a não comprometer a continuidade do compromisso de contribuir para a Agenda 2030, em razão de alternâncias no comando do órgão ou de eventual mudança nas suas prioridades em uma mesma gestão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desafio proposto por este estudo foi o de questionar até que ponto, e de que forma, a Agenda 2030 pode impactar a atuação do Poder Judiciário brasileiro, já que a assunção desse compromisso desafia um rearranjo dos papéis até então exercidos por seus órgãos e incita alterações mais profundas em suas interações institucionais.

Tal preocupação chegou a ser objeto de apontamento pela comissão interinstitucional criada pelo CNJ para o específico fim de realizar a integração das metas do Poder Judiciário com as metas e indicadores dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, em uma corajosa política de alinhamento para com a Agenda 2030.

Não se pode ter a certeza que a Agenda 2030, ao convocar a sociedade, o poder público e as instituições a exercerem novos papéis, provocará a reordenação do Poder Judiciário e, com isso, algum reequilíbrio ou mesmo desequilíbrio nas suas disputas por espaço com as demais funções essenciais à República - algo até certo ponto normal e esperado ante a própria conformação que o Judiciário assumiu a partir da Constituição Federal de 1988.

Além do desafio em si que representa cumprir os indicadores e alcançar verdadeiramente cada uma das metas dos ODS eleitos pelas Nações Unidas, deve-se considerar nesse cômputo o esforço do Judiciário para, ao tentar fazê-lo, não usurpar as atribuições dos Poderes Legislativo e Executivo.

Somente a partir da compreensão das metas e indicadores relacionados ao ODS 16 é que se pode aferir com menor imprecisão se a atuação do Poder Judiciário, por meio de seus órgãos, estará ou não em condições de contribuir para o alcance de cada meta.

Apesar de o presente trabalho ter direcionado seu olhar para o ODS 16, pelos motivos antes justificados, é necessário registrar que o CNJ, grande entusiasta da Agenda 2030, jamais cerceou ou procurou direcionar a atuação dos demais tribunais para que convergissem a um mesmo e único sentido. Eis por que os efeitos da Agenda 2030 ainda são imprevisíveis em relação ao Poder Judiciário. Afinal, não é tarefa fácil coordenar e lograr um alinhamento entre 91 tribunais e milhares de juízes e auxiliares da Justiça.

Isso porque a questão da Agenda 2030 não se resume ao aperfeiçoamento ou à modernização dos serviços judiciais e extrajudiciais, tornando-os mais eficientes e desburocratizados, por exemplo. O verdadeiro ponto de convergência em relação à Agenda 2030 exige um mergulho mais profundo e pode significar a necessidade de o Poder Judiciário impor a si próprio uma guinada, abraçando ações capazes de ressignificar sua prática e sua composição, a exemplo daquelas associadas ao aumento da representatividade das minorias em seus quadros.

Contudo, com a Agenda 2030 se tornando uma das principais preocupações da política judiciária nacional e diante do esforço do CNJ e da enorme quantidade de normativos associados aos ODS, parece natural que surjam questionamentos e especulações acerca da legitimidade em torno de uma nova atuação do Poder Judiciário.

Também não se pode desconsiderar que o momento sociopolítico pelo qual passa o Brasil - com sentimento de falta de representatividade em relação a várias instituições, como partidos políticos e o próprio Poder Judiciário -, põe em xeque a construção de uma pauta nacional de desenvolvimento e de interesses comuns, o que certamente tende a afetar a Agenda 2030.

A falta de consenso poderá levar a uma incapacidade de se implementar políticas e projetos públicos de inclusão que contemplem uma gama variada de segmentos da sociedade e as mais diversas instituições, em todas as esferas de poder ou instâncias, o que acaba sendo, no espaço interno, danoso aos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável.

A única certeza é que a adequação do Poder Judiciário à Agenda 2030 exigirá uma capacidade de entender e atender às mudanças trazidas pelos novos tempos - mudanças que a Agenda tão bem representa -, sem jamais transigir com os valores democráticos e as liberdades individuais tão duramente conquistados.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2006.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Banco Nacional de Monitoramento de prisões - BNMP 2.0**: cadastro nacional de presos. Brasília, DF: ago. 2018a, p. 41. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/bnmp.pdf>. Acesso em: 02 de outubro de 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Censo do Poder Judiciário**: vetores iniciais e dados estatísticos. CNJ: 2014, p. 39. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/censo-do-poder-judiciario/relatorios-censo-judiciario/>. Acesso em: 03 de outubro de 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 133, de 28 de setembro de 2018**. Institui Comitê Interinstitucional destinado a proceder estudos e apresentar proposta de integração das metas do Poder Judiciário com as metas e indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), Agenda 2030. Brasília, DF. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2721>. Acesso em 25 de outubro de 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 72, de 9 de maio de 2019**. Prorroga as atividades do Comitê Interinstitucional destinado a realizar estudos e apresentar proposta de integração das metas do Poder Judiciário com as metas e indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), Agenda 2030, instituído pela Portaria nº 133, de 28 de setembro de 2018. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2903>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 119, de 21 de agosto de 2019**. Institui o Laboratório de Inovação, Inteligência e Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (LIODS) e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2986>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 85, de 19 de agosto de 2019**. Dispõe sobre a adoção dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, da Agenda 2030, pelas Corregedorias do Poder Judiciário e pelo Serviço Extrajudicial. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2988>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório preliminar do Comitê Interinstitucional destinado a proceder estudos e apresentar propostas de integração das metas do Poder Judiciário com as metas e indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), Agenda 2030: Portaria

nº 133, de 28 de setembro de 2018. CNJ: 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/05/2337a99814bdcdaa8045a4a4b7f48cae.pdf>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de descumprimento de preceito fundamental 132**. Relator Ministro Ayres Brito, Tribunal Pleno, julgado em 05 maio 2011, DJe-198, div. 13 out. 2011, pub. 14 out. 2011. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+132%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+132%2EACMS%2E%29&base=baseAco rdaos&url=http://tinyurl.com/mzn2t8e>. Acesso em: 10 de outubro de 2019. .

BRASIL. **Decreto nº 8.892, de 27 de outubro de 2016**. Cria a Comissão para os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Decreto/D8892.htm. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

BRASIL. **Decreto nº 9.980, de 20 de agosto de 2019**. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Secretaria de Governo da Presidência da República e remaneja cargos em comissão e funções de confiança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9980.htm Acesso em: 02 de julho de 2020.

BRASIL. **Decreto nº 10.179, de 18 de dezembro de 2019**. Declara a revogação, para os fins do disposto no art. 16 da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, de decretos normativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10179.htm#art1 Acesso em: 21 de junho de 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 03 de outubro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de descumprimento de preceito fundamental 186**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 26 abr. 2012, acórdão eletrônico DJe-205, div. 17 out. 2014, pub. 20 out. 2014. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+186%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+186%2EACMS%2E%29&base=base Acordaos&url=http://tinyurl.com/ba9twze>. Acesso em: 10 de outubro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 3510**. Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 29 maio 2008, DJe-096, div. 27 maio 2010, pub. 28 maio 2010. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3510%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3510%2EACMS%2E%29&base=baseAcord aos&url=http://tinyurl.com/aseodbn>. Acesso em: 10 de outubro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 4277**. Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05 maio 2011, DJe-198, div. 13 out. 2011, pub. 14 out.

2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>. Acesso em: 02 de outubro de 2019.

CASADO, Letícia; GUSTAVO, Uribe; FERNANDES, Talita; DIAS, Marina; CANCIAN, Natália. Atacar o Poder Judiciário é atacar a democracia, diz Toffoli. **Folha de São Paulo**. São Paulo: 22 out. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/atacar-o-poder-judiciario-e-atacar-a-democracia-diz-toffoli.shtml>. Acesso em: 01 de outubro de 2019.

FARIA, Iolanda Pinto de. Ativismo judicial e direitos humanos: paradoxos e tensões na interpretação de normas constitucionais. **Interfaces Científicas: Direito**, v. 7, n. 1, p. 49-56, fev. 2019. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/index.php/direito/article/view/6006>. Acesso em: 02 de outubro de 2019.

FONTANA, Helena Grassi. A tutela jurisdicional dos direitos sociais: uma análise do papel da administração pública e do poder judiciário. **Unisul de Fato e de Direito: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, Santa Catarina, [S. l.], v. 9, n. 19, p. 109-118, set. 2019. ISSN 2358-601X. DOI: <http://dx.doi.org/10.19177/ufd.v9e192019109-118>. Disponível em: http://portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/8056. Acesso em: 02 de outubro de 2019.

GUARNIERI, Carlo. La Giustizia Come Servizio Ai Cittadini: il caso delle best practices. In: ZANON, Nicoló; VILLATA, Gigliola di Renzo; BIONDI, Francesca. **L'Ordinamento Giudiziario a Cinque Anni Dalla Riforma**: um bilancio tra spinte all'efficienza e servizio ai cittadini. Milano: Giuffrè Editore, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução A/RES/70/1**. Aprovada pela Assembleia Geral de 25 de setembro de 2015. Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/RES/70/1>. Acesso em: 12 de outubro de 2019. .

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

SILVA, Enid Rocha Andrade da (coord). **Agenda 2030 – ODS – metas nacionais dos objetivos de desenvolvimento sustentável**: proposta de adequação. Brasília, DF: IPEA, 2018. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8636>. Acesso em: 21 de junho de 2020. SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS. **Sustainable development goal 16**: promote peaceful and inclusive societies for sustainable development, provide access to justice for all and build effective, accountable and inclusive institutions at all levels. knowledge Platform. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/sdg16>. Acesso em: 02 de outubro de 2019.

TAVARES, Luiz Claudio Assis. A racionalização do sistema judicial no Brasil: desafios e perspectivas. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 6, n. 2, maio/ago. 2019. Disponível em: <http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/308>. Acesso em: 01 de outubro de 2019.

DEFESA DA CONCORRÊNCIA E VERTICALIZAÇÃO PORTUÁRIA

Oswaldo Agripino de Castro Junior¹

Maicon Rodrigues²

INTRODUÇÃO

A globalização e a evolução da tecnologia, especialmente da *internet*, vêm impactando o setor portuário, inclusive com demandas de maior eficiência pelo aumento constante da capacidade dos navios, impõem aos países que usam os portos para a conectividade da sua economia.

Nesse ambiente, o transporte marítimo internacional de contêineres, especialmente os dois maiores armadores do mundo, a Maersk e a MSC, vêm ampliando suas atividades para terminais portuários (*in land operations*), fenômeno chamado de verticalização da cadeia logística. Por exemplo, somente no Estado de Santa Catarina, as duas empresas mencionadas movimentaram 95% dos contêineres nos seus três terminais (Portonave, APM Terminals e Itapoá), segundo dados da Antaq (2019).³

Essa mudança para a verticalização começou a ser adotada a partir dos anos 2000 e, no caso do maior armador de contêiner do mundo, a Maersk, que possui atualmente 80% da sua receita decorrente do transporte marítimo, pretende fazer com que nos próximos anos, a receita seja 50% do transporte marítimo, e 50% de operação em terra:

There are also signs that carriers are considering vertical integration by taking greater control of inland logistics and aiming to provide integrated service offerings and generate more value. This marks a shift from the approach adopted in the 2000s, when shipping interests were outsourcing such operations to focus on their core business. Some of the largest carriers, including Maersk (Lloyd's Loading List, 2019c) and China COSCO Shipping, are planning to expand their presence to inland terminals, warehouses, customs brokerage and logistics to tap additional business opportunities. They aim to reposition themselves as wider solution providers with strong, long-lasting relationships with customers (Christensen et al., 2019). It was reported that up to 80 per cent of Maersk's earnings currently comes

¹ Advogado, graduado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ, 1992), sócio fundador do Agripino & Ferreira Advocacia e Consultoria (www.agripinoeferreira.com.br) e militante desde 1993. Recebeu a Medalha Mérito Tamandaré (2013) do Comandante da Marinha. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí e do Mestrado em Engenharia de Transportes da Universidade Federal de Santa Catarina. Senior Lecturer do International Maritime Law Institute, IMLI, IMO, Malta. Idealizador e coordenador do I Congresso Nacional das Comissões de Direito Marítimo, Portuário e Aduaneiro da OAB, realizado em 2012, na Univali, que atualmente se encontra na sua nova edição (Balneário Camboriú, 2020). Autor e organizador de 26 livros e 120 artigos jurídicos publicados no Brasil e no exterior.

² Advogado, sócio fundador do escritório Maicon Rodrigues – Consultoria e Assessoria Jurídica. Professor das disciplinas Direito Empresarial e Tributário, Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (2009). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí (2014-2016). Membro do Conselho Municipal de Contribuintes de Itajaí/SC – Gestão 2015-2016; 2016-2017 e 2017-2018. E-mail maicon@maiconrodrigues.adv.br.

³ BRASIL. Antaq. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. *Estatísticas*. Disponível em: <<http://web.antaq.gov.br/ANUARIO/>>. Acesso em: 28 mar. 2020.

from container shipping and the plan is to achieve a 50:50 split between ocean and non-ocean services in the next few years (Lloyd's Loading List, 2019d).⁴

A verticalização é uma forma de cooperação entre o armador e o terminal onde opera a sua carga, e seu impacto na concorrência tem sido objeto de muita pesquisa no setor industrial e se trata de tema que apresenta uma constante batalha para as autoridades regulatórias pois, de um lado pode criar incentivos para facilitar práticas anticompetitivas e, de outro lado, pode proporcionar aumento da eficiência. Essa externalidade positiva, contudo, exige monitoramento e aferição por parte da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq).

Essa possibilidade da verticalização, ainda sem controle da Antaq, sobre tal fenômeno, aliada a uma política de liberalização de preços sem definição de preço teto, para evitar preços predatórios, sem defesa da concorrência adequada, vem aumentando a concentração dos armadores transnacionais de transportes de contêineres e a possibilidade de aumento de condutas oportunistas com preços predatórios, como adiante será demonstrado.

A Reforma Portuária, iniciada com a edição da MP nº 595/2012, depois convertida na Lei nº 12.815/2013, permitiu a verticalização dos terminais, ou seja, armadores podem ser acionistas, sem limite na participação. Dessa forma, segundo a Confederação Nacional da Indústria:

(...) sete terminais responderam por 44,8% da movimentação de contêineres no Brasil em 2016 (Gráfico 8). Essa fração, que era de apenas 23,5% em 2010, aumentou rapidamente entre 2013 e 2015. Esse crescimento foi concentrado em dois terminais: BTP e Itapoá, onde a Aliança/Hamburg-Süd tem participação relevante.⁵

Segundo o Relatório do Cade, sobre serviços portuários, os terminais privados atualmente respondem por cerca de dois terços das cargas movimentadas no país.⁶ Os atos de concentração tratam fundamentalmente de arrendamento de terminais públicos ou instalação, operação e controle societário de terminais portuários privados.

Nas análises do Cade, prevaleceu a atenção à concorrência intraporto, ou seja, entre terminais localizados na mesma zona portuária (primária), portanto, com aferição de participação de mercado, condições de rivalidade e participações societárias cruzadas no âmbito do porto onde se localizava o terminal objeto da operação.

O Cade, respeitada a competência da Antaq, que tem sido ineficaz, pois não há uma política eficaz de defesa da concorrência, entendeu que havia espaço para atuar no âmbito da defesa da concorrência, tendo em vista que algumas questões não estavam cobertas ou não estavam claramente delineadas na regulação setorial e que, em todos os casos, é possível e desejável uma atuação complementar entre as políticas de regulação setorial (econômica) e de defesa da concorrência.

O debate sobre a verticalização, assim como sobre uma política de defesa da concorrência e critérios de modicidade nos preços e tarifas cobrados, não está na Agenda Regulatória da Antaq.

⁴ UNCTAD. *Review of Maritime Transport 2019*. New York: UNCTAD, 2019, p. 14.

⁵ CNI. Confederação Nacional da Indústria. CNI. *Propostas da Indústria para as eleições 2018. Transporte Marítimo*. Brasília: Confederação Nacional da Indústria, 2018, p. 55.

⁶ BRASIL. Cade. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Cadernos do Cade. Mercado de serviços portuários*. Brasília: CADE, 2018, p. 5.

Assim, é relevante uma compreensão maior sobre o tema pertinente à defesa da concorrência e à verticalização no setor portuário.

Nesse passo, o presente artigo objetiva contribuir para a efetividade da defesa da concorrência no setor portuário, por meio de estudo de caso e com ênfase na verticalização, e está dividido em três seções. A primeira discorre sobre uma Teoria Geral da Defesa da Concorrência no setor portuário. A segunda seção trata da verticalização e da concentração no setor portuário e terceira seção analisa o caso *APM Terminals x Portonave*, em Santa Catarina. Por fim, são feitas considerações finais com sugestões para aperfeiçoar o modelo de defesa da concorrência no setor portuário.

1. TEORIA GERAL DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

A temática da defesa da concorrência no setor portuário brasileiro é recente, seja porque o setor foi monopólio do Estado, desde o Decreto de abertura dos portos às nações amigas, em 1808, com a vinda da família Imperial, até a edição da Lei nº. 8.630/93, seja porque, como será demonstrado, ainda não há política de defesa da concorrência da agência reguladora setorial (Antaq), e de cooperação entre esta e o Cade e os Ministérios Públicos Federal, dos Estados e do Distrito Federal.

Nas últimas décadas, as economias ocidentais promoveram a abertura à iniciativa privada de diversos setores tradicionalmente organizados em torno de monopólios públicos, de modo que inexista uma lógica concorrencial. Mas tal política começou a mudar.

Segundo Alexandre Wagner Nester:

A forte intervenção estatal na economia própria do Estado Social (Estado de Bem-Estar) foi substituída, em maior ou menor grau, por um modelo que privilegia a lógica concorrencial. A atividade de intervenção estatal em sentido estrito (de gestão) foi reduzida em contrapartida ao aumento da intervenção regulatória (ou normativa).⁷

Até a extinção da Portobras, em 1990, pelo ex-Presidente Collor, o setor portuário, que era explorado unicamente para prestação de serviços públicos, passou a despertar atenção no cenário nacional, especialmente com os ventos do neoliberalismo inglês, sob o comando de Margaret Thatcher. Estas políticas econômicas foram centradas na desregulação do setor financeiro, na flexibilização do mercado de trabalho e na privatização das empresas estatais.

No Brasil, o setor portuário sofreu, portanto, profunda modificação, com a inauguração de uma nova fase em matéria de regulação, a partir da autorização legal para a extinção da estatal que era a *holding* do setor – a Empresa de Portos do Brasil S.A – Portobras. Esta estatal controlava as ineficientes companhias docas. Em 1993, houve edição da Lei de Modernização dos Portos, Lei nº 8.630/1993, que vigorou até a edição da Medida Provisória nº 595/2012, depois convertida na Lei nº 12.815/2013.

Esse ambiente contribuiu para a reforma constitucional iniciada na década de 1990 e da

⁷ NESTER, Alexandre Wagner. A inserção do regime concorrencial nos serviços públicos. In: DE ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 414.

implantação de um modelo de Estado Regulador no Brasil. A retirada do Estado das atividades econômicas consideradas ineficientes, como nos setores de telecomunicações, portos e transportes aéreos, foi chamada no Brasil de *desestatização* e foi desencadeada a partir da Reforma do Estado ocorrida a partir de 1994 – o ano do Plano Real – pelo governo federal.

Antes disso, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a defesa da concorrência foi elevada a princípio fundador da Ordem Constitucional Econômica e, desde então, especialmente após a edição da Lei de Defesa da Concorrência – Lei nº 8.884/1994, e da Lei nº 12.529/2011, a tutela desse direito tem aumentado sobremaneira.

Segundo Patrícia Regina Pinheiro Sampaio:

Paralelamente, observou-se significativa redução do papel do Estado como agente econômico, fruto do Plano Nacional de Desestatização – PND e da reforma administrativa realizada nos anos 90. Esses, por sua vez, são tributários da constatação de que o Estado precisava retirar-se de setores não estratégicos da economia para centrar-se naqueles em que sua presença era mandatória, e no fato de que o modelo de desenvolvimento da infraestrutura nacional baseado no amplo projeto de estatização, especialmente entre os anos 60 e 80, havia dado sinais de esgotamento. Não existiam mais recursos disponíveis para investimento em tecnologia e na expansão da infraestrutura.⁸

Ao mesmo tempo em que houve a derrocada do Estado de Bem-Estar e o surgimento do Estado Regulador, como planejador e fiscal da atividade econômica a fim de alcançar os objetivos da política, nasceram correntes que, a partir de uma perspectiva neoliberal. Tais correntes defenderam e defendem o aproveitamento das economias de escalas e das concentrações de poder econômico no mercado, pois reputam-se benéficas para atingir a melhor eficiência alocativa e, por fim, a maior satisfação do destinatário dos serviços, por meio da redução do preço final.

O mercado pode ser compreendido como instituição, ou seja, não apenas como mero instrumento de alocação de recursos econômicos, mas como verdadeiro e eficaz organizador das relações econômicas. Esta é a acepção mais relevante, segundo os economistas, porque considera o mercado como uma instituição regida por regras próprias para determinação de um determinado sistema de preços.⁹

Para Patrícia Regina Sampaio Pinheiro:

Existem, nesse mercado, questões relacionadas a limitações de origem natural – nem toda área na costa brasileira está disponível para ser aproveitada como porto marítimo (há uma série de exigências de segurança para atracação de navios, calado etc), assim como se faz necessário um estudo de viabilidade econômica para verificar se o volume de carga a ser transportada justifica os custos a serem incorridos na criação de um novo porto, que constitui um complexo de atividades e infraestrutura que vai muito além dos píeres e instalações de atracação de navios.¹⁰

A complexidade que envolve os serviços portuários, especialmente aqueles que operam contêiner no longo curso, porque realizada totalmente por navios de bandeiras estrangeiras que ainda prestam serviços sem outorga de autorização da Antaq e sem regulação econômica (registro

⁸ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e Concorrência - A atuação do Cade em setores de infraestrutura*. Saraiva: São Paulo, 2013, p. 21.

⁹ STANLAKE, George Frederick. *Introdução à Economia*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 235 *Apud* NESTER, Alexandre Wagner. A inserção do regime concorrencial nos serviços públicos, p. 418.

¹⁰ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e Concorrência - A atuação do Cade em setores de infraestrutura*, p. 260.

e acompanhamento de preços), ao contrário dos modelos norte-americano e chinês, demanda critérios para identificar o mercado relevante, imprescindível para constatar o abuso da posição dominante, que se trata de uma infração da ordem econômica.

A regulação estatal, especialmente a setorial, como no caso do setor portuário, deve buscar um mercado em que predomine a concorrência, porque essa possibilita a transmissão de informação (redução das assimetrias) e a existência de efetiva liberdade de escolha. Assim, a redução de barreiras de entrada para os novos entrantes, deve ser uma das prioridades.

Para Calixto Salomão Filho:

a concorrência e não o mercado é o valor institucional a ser protegido. A possibilidade de escolha tem um valor social, que não pode ser negado, devendo ser necessariamente reconhecido pelo Direito. O mercado, por outro lado, não necessariamente leva a esse resultado. É aí que o Estado deve intervir, garantindo a primeira e não o segundo.¹¹

A concorrência deve ser regulada para que possa atingir objetivos socialmente adequados, de modo que é relevante a busca por mercados competitivos. Assim, para que haja equilíbrio (difícil) entre mercado e regulação, a concorrência deve ser o objetivo prioritário e a regulação o instrumento necessário para defender a concorrência e para criá-la, caso ainda não exista, ou para substituí-la quando seja impossível sua criação diante da existência de elementos de monopólio natural.¹²

Destaca-se que a inexistência de uma política de defesa da concorrência no setor portuário tem causado externalidades negativas, especialmente diante da concentração no mercado de transporte marítimo de contêiner, seja através de fusão de transportadores marítimos, aquisição de terminais (verticalização) ou de alianças, seja através da criação de vários preços aos usuários e terminais secos e molhados, sem controle e acompanhamento da Antaq, com forte impacto negativo no setor portuário e na logística.

A noção de Estado Regulador está relacionada com o Estado que faz uso dos instrumentos de regulação econômica para dirimir as diferenças entre os agentes do mercado e para promover a concorrência nos setores onde ela se mostrar adequada e desejável, ou seja, deve ser um Estado que planeja, regulamenta e fiscaliza.¹³

No caso do setor portuário brasileiro, onde convivem arrendatários e concessionários (portos organizados), de um lado, e autorizatários (terminais privados), de outro lado, assume relevância a discussão sobre a redefinição/fixação das poligonais dos portos organizados. Isso se dá com o aumento da participação dos terminais privados no conjunto de movimentação portuária no Brasil, com o fim da exigência de carga própria para outorga de autorização destes terminais decorrente da revogação do Decreto nº 6.620/2008 pelo Decreto nº 8.033/2014, alterado pelo Decreto nº 9.048/2017.

¹¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 38.

¹² ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico: Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*. 3ª ed. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 606.

¹³ NESTER, Alexandre Wagner. A inserção do regime concorrencial nos serviços públicos, p. 417.

Dessa forma, o tema defesa da concorrência é relevante para regular as operações entre terminais públicos (dentro do porto organizado) e privados (fora do porto organizado), assim como as relações entre (i) transportador marítimo e terminal, (ii) terminal e usuário, (iii) terminal e terminal e, inclusive, (iv) entre terminal molhado (arrendatários e instalações portuárias) e porto seco (recinto alfandegado).

O princípio da liberdade de preços tem que ser interpretada sistematicamente, no caso concreto, *cum grano salis* (com certa reserva), com outros princípios, como os da modicidade nos preços e tarifas, defesa do usuário e defesa da concorrência.

Destaca-se que há leis federais suficientes para desenvolver o setor portuário, mas falta resolução para regular o transporte aquaviário, especialmente das empresas estrangeiras de navegação que operam no longo curso e os seus agentes intermediários.

Com a edição de um Regulamento Marítimo, publicado em 26 de dezembro de 2017, por meio da Resolução Normativa nº 18, a Antaq insiste em não regular o armador estrangeiro, por meio de outorga de autorização, e aplicação de sanções como advertência, multa, suspensão e cassação da outorga.

A agência optou por uma política de intervenção mínima, ainda que não tenha uniformidade nas rubricas dos serviços prestados por terminais e transportadores marítimos, assim como não possui acompanhamento eficaz e registro de preços de frete e tarifas dos terminais. A assimetria de informação, portanto, é um dos grandes problemas no setor regulado pela Antaq, o que permite condutas oportunistas, como criação de cobranças sem fato gerador, assim como enriquecimento sem causa, tal como existe na cobrança do serviço de capatazia na importação (THC) pelo transportador marítimo ou seu agente, sem que comprove ao usuário o integralmente ressarcimento ao terminal portuário.

Essa política consiste em atuar somente pontualmente, quando houver denúncia, ou seja, *ex post*, e não *ex ante*, prejudica a efetividade do serviço adequado, porque não há poder dissuasório, o que fará com que, por exemplo, o transportador marítimo continue operando sem qualquer risco na hipótese de causar dano ao usuário ou terminal portuário no território brasileiro, o que induzirá ao aumento das distorções no setor portuário.

A inexistência de uma política de defesa da concorrência tem causado externalidades negativas, especialmente diante da concentração no mercado de transporte marítimo de contêiner, seja através de fusão de transportadores marítimos, aquisição de terminais (verticalização) ou de alianças, com forte impacto na logística.

Faltam, portanto, política de defesa da concorrência e uma resolução da Antaq que identifique critérios e metodologias adequadas para identificação da concorrência imperfeita, bem como sanções para infrações da ordem econômica no setor portuário e de transporte aquaviário (porque a operação é em rede e verticalizada),¹⁴ faz com que usuários, terminais públicos e privados atuem em ambiente assimétrico e fiquem expostos a uma concorrência imperfeita.

¹⁴ Sobre o tema: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. *Direito Portuário e a Nova Regulação*. 2ª. ed. Prefácio Egon Bockmann Moreira. São Paulo: Aduaneiras, 2019.

2. VERTICALIZAÇÃO E CONCENTRAÇÃO NO SETOR PORTUÁRIO

O ambiente institucional brasileiro no qual se dá a regulação setorial independente, à luz do *Direito e Desenvolvimento*, ainda permite operações logísticas com uma série de direitos sonegados aos usuários e terminais secos e, especialmente, a violação dos princípios da eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição Federal) e da modicidade nos preços e nas tarifas.

De um lado, temos observado pequenos avanços na segurança jurídica proporcionada pelo Poder Judiciário (pelo menos a partir da 2ª instância) e, especialmente, o STJ, que compreendeu a relevância do papel das agências reguladoras, especialmente acerca do poder normativo por meio de Resolução.

Por outro lado, o Congresso Nacional e o Poder Executivo (nos três níveis de governo), ainda estão muito aquém da eficácia institucional que a teoria regulatória exige para melhorar a *performance* dos setores regulados pelas agências reguladoras setoriais.

Segundo Jerson Kelman, ex-diretor-geral da Agência Nacional de Energia Elétrica, é evidente que a cultura do sistema político tem, historicamente, prejudicado o potencial da regulação setorial independente no Brasil:

Adicionalmente, há uma tendência histórica, observada ao longo das décadas, de escolher os dirigentes mais por lealdade aos caciques políticos locais do que por capacidade técnica. Naturalmente, em todas essas estatais será possível identificar profissionais que atingiram cargos de direção não pela obediência e sim pela competência. Mas, como disse, a tendência tem sido o aparelhamento dessas empresas e a disseminação do empreguismo em políticos fortes e empresas fracas.¹⁵

Obviamente que o relato acima não se limita à eficiência da regulação setorial, mas também à corrupção e ao crime organizado, inclusive nos setores de infraestrutura (Metrô de São Paulo) e de energia, tal como se verifica no maior escândalo de corrupção do mundo ocidental, que envolveu a Petrobras (2014), e nos mostra como as empresas privadas e usuários de serviços regulados ainda estão vulneráveis ao loteamento do Estado por parcela dos políticos sem ética.

A atuação do Cade, responsável pela interpretação e aplicação da Lei Antitruste, é relevante. Assim, objetiva-se contribuir para o desenvolvimento da atividade portuária, através dos principais aspectos que envolvem a regulação econômica do setor, como os princípios da defesa da concorrência, da segurança jurídica (para investidores e usuários), e defesa dos usuários.

Acrescente-se, contudo, que a efetividade de tais princípios é condição necessária, mas não suficiente para o aumento da competitividade do setor. Ademais, esse aumento é uma das principais justificativas da reforma portuária iniciada com a edição da MP nº 595/2012, que culminou com a edição da Lei nº 12.815/2013 e do Decreto nº 8.033/2013, consideradas as principais normas do novo marco regulatório do setor.

Não obstante o debate sobre a competência de controle da concorrência, o princípio da livre concorrência deve ser a regra, de modo que as restrições regulatórias, seja pelo Cade ou pela

¹⁵KELMAN, Jerson. *Desafios do regulador*. Rio de Janeiro: Centro de Estudos Econômicos do Setor Energético/FGV, Synergia, 2009, p. 158.

Antaq, devem ser a exceção.

No que tange à forma de censura,¹⁶ pelo Cade, dos atos regulatórios contrários à concorrência envolve, num primeiro momento, a questão da aplicabilidade da Lei nº 8.884/94 (revogada pela Lei nº 12.529/2011) às autoridades.

Tal aplicação deve ser a mais ampla possível, especialmente porque inexistente discriminação entre empresas da administração pública e empresas da iniciativa privada e, os princípios da ordem econômica do art. 170 da Lei Maior, são aplicados a todos os setores da economia, inclusive cartéis.

Ressalte-se que o Cade tem preenchido, sob a ótica do direito da concorrência, as lacunas regulamentares eventualmente não reguladas pelas agências reguladoras, ou mesmo, substituído normas omissas ou contraditórias que trazem riscos à ordem concorrencial. Nesse sentido, tem sido a jurisprudência do Cade, que tem admitido a competência residual em matéria de regulação.¹⁷

Sobre tal temática de intervenção e investigação do Cade, bem como das condutas anticompetitivas no setor portuário, o próprio órgão revela um panorama, indicando os processos administrativos de sua competência no período compreendido de quase vinte anos:

No período compreendido entre outubro de 1999 e abril de 2017, o Cade julgou dezoito processos administrativos referentes a possíveis práticas de condutas anticompetitivas nos mercados relacionados a serviços portuários: em seis, houve condenação das representadas; dois terminaram com celebração de Termos de Cessação de Conduta – TCC; e os demais dez processos foram arquivados. O quadro 6 detalha cada um desses processos.¹⁸

A seguir reprodução integral do Quadro 1 desenvolvido pelo Departamento de Estudos Econômicos do CADE.

¹⁶ A análise da jurisprudência do Cade mostra que é possível que atos contrários à concorrência sejam censurados pelo Conselho, bem como *"expedir recomendações ou solicitar providências para o cumprimento da Lei caso verifique, na atividade regulatória, uma norma incompatível com os princípios impostos pela concorrência no mercado, posto que é tarefa do Cade identificar os meios para que a concorrência se manifeste, seja qual for a atividade econômica em questão"*. SALGADO, Lúcia Helena. *Voto na Averiguação preliminar contra o Departamento de Aviação Civil – DAC* Apud PEREIRA DA SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz. *Direito da Concorrência e Regulação nos serviços públicos*. In: *Ciência Jurídica*. Belo Horizonte, ano XIX, n. 123, maio/jun., 2005, p. 25.

¹⁷ PEREIRA DA SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz. *Direito da Concorrência e Regulação nos serviços públicos*, p. 27.

¹⁸ BRASIL. Cade. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Cadernos do Cade. Mercado de serviços portuários*, p.53-54.

Quadro 1 – Processos administrativos julgados pelo Cade em mercados de serviços portuários (out/1999-abr/2017)

Processo	Conduta analisada	Segmentos envolvidos	Decisão
08000.001586/1997-74	Limitação à atuação de concorrentes	Praticagem, transporte em lancha	Arquivamento
08012.007443/1999-17	Cobrança de taxas sobre serviços de armazenagem	Armazenagem Alfandegada	Condenação
08012.006144/1999-19	Venda casada de serviços de praticagem e transporte de lancha	Praticagem, transporte em lancha	Arquivamento
08012.005660/2003-19	Limitação à atuação de concorrentes	Movimentação de cargas	Arquivamento
08012.006805/2004-71	Cobrança de taxas sobre serviços de armazenagem	Armazenagem Alfandegada	TCC
08000.024150/1996-27*	Conduta concertada e preços abusivos nos serviços de capatazia	Capatazia	Arquivamento
08012.003967/1999-66*	Cobrança de taxas sobre serviços de armazenagem	Armazenagem Alfandegada	Arquivamento
08000.009391/1997-17	Tabela de preços dos serviços de rebocagem	Rebocagem de navios	Arquivamento
08012.002925/2009-12	Cartel em licitação	Dragagem de portos	Arquivamento
08012.004397/2005-02	Recusa de movimentação de cargas de terceiros	Movimentação de cargas (minérios)	Arquivamento
08012.009690/2006-39	Cobrança de taxas sobre serviços de armazenagem	Armazenagem Alfandegada	TCC
08012.006504/2005-29	Uso exclusivo de terminal de contêineres	Movimentação de cargas	Arquivamento
08700.005326/2013-70	Conduta concertada e criação de barreiras à entrada de concorrentes	Trabalho portuário avulso	Condenação
08012.005422/2003-03	Cobrança de taxas sobre serviços de armazenagem	Armazenagem Alfandegada	Condenação
08012.003824/2002-84	Cobrança de taxas sobre serviços de armazenagem	Armazenagem Alfandegada	Arquivamento
08012.003824/2002-84	Cobrança de taxas sobre serviços de armazenagem	Armazenagem Alfandegada	Condenação
08012.000504/2005-15	Imposição de restrições no acesso a terminais portuários	Transporte de granéis	Condenação
08012.009566/2010-50	Imposição de tabela de preços para transporte de contêineres.	Transporte de contêineres	Condenação

Fonte: Departamento de Estudos Econômicos do CADE

* Arquivado sem julgamento do mérito, com base no reconhecimento de prescrição intercorrente.

Assim, a busca de uma relação dialógica e cooperativa entre a agência setorial, *in casu*, e o Cade, deve ser a melhor forma para dar efetividade à Lei nº 12.529/2011 no âmbito setorial. Essa articulação pacífica é fundamental, especialmente porque a Lei dos Portos (nº 12.815/2013), bem como a Lei de Ordenação do Transporte Aquaviário (Lei nº 9.482/97), são leis específicas.

Nesse cenário, a análise da jurisprudência do Cade é pacífica sobre o objeto da regulação

dos agentes dos setores regulados, porque podem, ao mesmo tempo, regular as normas da agência reguladora setorial, bem como o direito concorrencial, nos contratos públicos e privados.

Essa é a síntese da conclusão de manifestação da Procuradoria do Cade emitido em parecer para analisar a competência do Cade frente à Antaq, ao indicar que um ato pode ser válido do ponto de vista das normas regulatórias, mas não em relação às normas de defesa da concorrência.¹⁹

Dessa forma, explícito é o poder do Cade como última instância na interpretação e aplicação da Lei nº 12.529/2011, havendo, portanto, relação de complementaridade e cooperação entre tais entidades, mas nunca permitir que a Antaq aguarde *ad eternum* medida de investigação a ser tomada pelo Cade.

Deve-se ressaltar que, seja, na Constituição Federal, seja na Lei do Cade, nenhum setor, regulado ou não por agência reguladora setorial, é excepcionado da competência do Cade na defesa da concorrência. Por tal motivo, o legislador inseriu na Lei de criação da Antaq, nº 10.233/2001, os artigos 31 e 45,²⁰ que incidem sobre os preços dos terminais autorizados (TUP's) e do transporte aquaviário.

Na mesma linha é a posição do Cade em decisão proferida em 2005, qual seja:

É evidente que a atividade judicante do Cade - que decorre de expressa determinação constitucional, quando determina que a lei reprimirá o abuso do poder econômico (art. 173§ 4º da CR/88) - não pode ficar condicionada à existência ou não de regulação específica para determinada matéria. Certo é que ao Cade não é dado o poder de revisão dos dispositivos emanados do poder regulador, mormente quando tais dispositivos dizem respeito à regulação técnica e econômica de determinado setor. Não é o Cade um 'revisor' de políticas públicas (...). Entretanto, deparando-se com situações que possam configurar infração à ordem econômica, é dever das autoridades antitruste investigar e julgar tais condutas, nos estritos termos da Lei nº 8.884/94,²¹ de resto em perfeita harmonia com o arcabouço jurídico-institucional vigente. Assim, é irrelevante, para o aplicador do direito antitruste, perquirir se tal ou qual contrato prevêem, expressa ou implicitamente, certa conduta ou atividade, as quais deverão ser analisadas, neste Conselho, sob o prisma da lei da concorrência.²²

Por tais motivos, segundo André Marques Gilberto e Álvaro Adelino Marques Bayeux:

Como visto acima, somente nos casos em que exista imunidade conferida constitucionalmente é que o Cade não teria competência para atuar em questões relacionadas a um setor regulado. Com base na análise regulatória realizada na seção anterior deste artigo, viu-se que essa não é uma hipótese que possa ser aplicada ao setor portuário. A atuação dos diversos sujeitos de direito que atuam nesse mercado está sujeita ao crivo do Cade em questões que digam respeito à matéria concorrencial, o que faz com que mesmo um ato eventualmente válido pelo prisma regulatório pode ainda violar as normas

¹⁹ BRASIL. Cade. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Manifestação da Procuradoria do Cade a respeito da Nota AGU/MS 02/2006. Disponível em: <www.cade.gov.br>. Acesso em: 10 jan. 2020.

²⁰ Art. 31. A Agência, ao tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça ou à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, conforme o caso. (...) Art. 45. Os preços dos serviços autorizados serão livres, reprimindo-se toda prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico, adotando-se nestes casos as providências previstas no art. 31.

²¹ Revogada pela Lei nº 12.529/2011.

²² BRASIL. Cade. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo administrativo nº 08012.007743/99-17. Disponível em: <www.cade.gov.br>. Acesso em: 12 fev. 2017.

que integram o direito da concorrência. Essa conclusão é reforçada pela própria Lei nº 10.233/2001, que criou a Antaq e estabelece em seu artigo 31 a necessidade de a agência comunicar às autoridades concorrenciais fatos que possam configurar infração à ordem econômica. Isso sinaliza que o legislador optou por não reduzir a esfera de competência do Cade no setor. Trata-se de atividade econômica plenamente sujeita às leis de defesa da concorrência.²³

Vale, portanto, destacar que não cabe ao Cade revisar ou substituir a decisão do regulador que atua no gozo das suas competências. Isso se dá, mesmo que, na visão do Cade, a regulação seja mal elaborada e, por isso, propicie a criação de cenários anticoncorrenciais.

Dessa forma, compete ao Cade, em última análise, decidir se houve "*omissão regulatória*" ou "*falha*" da regulação, que permita o exercício de competências residuais pela autoridade concorrential, com a ressalva da revisão judicial dos atos administrativos conforme permite o direito brasileiro, no caso de abusos.²⁴

3. ESTUDO DE CASO: APM TERMINALS/MAERSK E PORTONAVE/MSC

O estudo de casos que compreendem a análise de contratos, tarifas e preços aplicados por arrendatários e autorizatários. Assim, visa apresentar elementos para uma compreensão quanto à prestação do serviço público e de interesse público no que tange à efetividade da modicidade das tarifas e preços, bem como previsibilidade no Direito Portuário.

Essa metodologia pode levar a um panorama real com elementos e dados trazido à tona, percentuais e serviços aplicados no âmbito portuário e como estes influem no custo final ao usuário

A modicidade dos preços e tarifas é tema de grande valia no setor regulatório, porque é estratégico para o acesso do usuário à prestação do serviço público ou de interesse público. Sem a modicidade não há serviço adequado. Assim, visa proporcionar uma tarifa com valor adequado e justo quanto à aplicação do serviço prestado, com manutenção de lucro razoável ao prestador do serviço.

Por tal motivo a modicidade é considerada princípio do Direito Administrativo, assim como os princípios da eficiência e da economicidade, almejados pela Administração Pública, notadamente, a prestação do serviço possui caráter capitalista, sendo um dos seus objetivos auferir lucro. A modicidade é mencionada duas vezes na Lei de criação da Antaq, conforme abaixo transcrito:

Art. 20. São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário: (...)

II – regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a:

²³ GILBERTO, André Marques; BAYEUX, Álvaro Adelino Marques. Os Aspectos Administrativos e Concorrenciais do Direito Portuário. In: SILVA FILHO, Nelson Cavalcante; WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge; BAYEUX NETO, José Luiz. (org.) *Direito Marítimo e Portuário: Novas Questões*. GILBERTO, André Marques; BAYEUX, Álvaro Adelino Marques. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 458-459.

²⁴ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e Concorrência - A atuação do Cade em setores de infraestrutura*, p. 165.

a) garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e *modicidade nos fretes e tarifas*;

Art. 28. A ANTT e a ANTAQ, em suas respectivas esferas de atuação, adotarão as normas e os procedimentos estabelecidos nesta Lei para as diferentes formas de outorga previstos nos arts. 13 e 14, visando a que:

I – a exploração da infra-estrutura e a prestação de serviços de transporte se exerçam de forma adequada, satisfazendo as condições de regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação do serviço, e *modicidade nas tarifas*;

Por outro lado, a atividade portuária é um serviço público ou de interesse público, logo, a aplicação do preço e da tarifa deve estabelecer critérios para evitar lucros abusivos ou práticas que ferem a competitividade.

Vale destacar que, quanto à regulação da matéria, o árbitro que promover a fiscalização e a punição, se houver violação da modicidade, não pode ser o usuário ou o prestador do serviço, seja ele concessionário, arrendatário ou autorizatário. É preciso que seja um agente do Estado, imparcial e tecnicamente capacitado para regular a temática.

Por sua vez, quanto à previsibilidade normativa do tema modicidade tarifária, o novo marco regulatório trouxe, de forma categórica, a importância deste instituto no setor portuário. Todavia, o princípio da defesa da concorrência (art. 170, inciso IV, da Constituição Federal) não tem sido observado no setor portuário, o que faz com que seja necessária a intervenção da agência reguladora para coibir o abuso do poder econômico do arrendatário e do autorizatário.

Para tanto, o legislador federal elencou diversos dispositivos que tratam do princípio da modicidade tarifária, tal como o art. 6º, da Lei de Concessão dos serviços públicos - Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

De igual sorte, a atividade portuária prestada no âmbito das instalações portuárias localizados no porto organizado possui natureza de serviço público, podendo ocorrer diretamente como indiretamente, ou seja, tanto a concessão quanto o arrendamento possuem natureza de serviço público.

3.1 CASO APM TERMINALS (ITAJAÍ)

A empresa *APM Terminals* (no momento da celebração do contrato era TECONVI SA) foi a vencedora do processo licitatório de arrendamento do Porto de Itajaí que, por sua vez, firmou contrato nº 030/01 com a Superintendência do Porto de Itajaí, concessionária, em 01 de novembro de 2001.

Dentre as cláusulas previstas no citado contrato de arrendamento que regulam o reajuste

tarifário, existe a cláusula vigésima quinta que determina que o reajuste deve ser anual e com base nos Índices de Preços do Mercado (IGP-M), conforme transcrito abaixo:

Cláusula Vigésima-Quinta Do Reajuste dos Valores do Arrendamento

1. Os valores monetários expressos neste CONTRATO serão reajustados anualmente, a partir da data de entrega das Propostas na Licitação da qual se originou este CONTRATO, de acordo com a variação do Índice Geral de Preços do Mercado (IGP-M), calculado pela Fundação Getúlio Vargas.²⁵

Portanto, este é o paradigma de previsibilidade a ser adotado quanto ao reajuste das tarifas portuárias aplicadas aos usuários anualmente. Destaca-se que o contrato prevê a prestação de serviço adequado dentre diversas condições, como a modicidade de preços, a qual atribui a justa correlação entre os encargos do arrendatário e a retribuição dos usuários, conforme a cláusula adiante:

Cláusula Vigésima-Oitava Da Execução das Operações Portuárias e da Prestação do Serviço Adequado.

(...)

2. Os serviços a serem prestados devem observar as condições de regularidade, continuidade, eficiência, atualidade, cortesia na sua prestação e modicidade de preços.

(...)

f) modicidade de preço dos serviços a justa correlação entre os encargos da ARRENDATÁRIA e a retribuição dos usuários.²⁶

O caso da *APM Terminals* é emblemático, pois promove duplamente tarifa abusiva: i) primeiro por fixar tarifas *ad valorem* sobre o valor CIF da mercadoria importada, ou seja, o arrendatário cobra não pelo custo da operação, mas pelo valor da mercadoria. Se já não bastasse, o arrendatário, ii) aumentou de forma abusiva estes percentuais.

Conforme Tabela 1 a seguir pode-se verificar que os serviços de armazenagem na importação – *tarifas ad valorem*, tabela V, sofreram reajuste entre 119,2% e 734,6% correspondente ao período de 05 (cinco) dias e 10 (dez), dias respectivamente.

Tabela 1 – Tarifas *APM Terminals* (2011-2018)

²⁵ BRASIL. Autoridade Portuária do Porto de Itajaí. Superintendência do Porto de Itajaí. Contrato de arrendamento nº 30/01 celebrado entre Superintendência do Porto de Itajaí e TECONVI S.A – Terminal de Contêineres do Vale do Itajaí, atual *APM Terminals*.

²⁶ BRASIL. Autoridade Portuária do Porto de Itajaí. Superintendência do Porto de Itajaí. Contrato de arrendamento nº 30/01 celebrado entre Superintendência do Porto de Itajaí e TECONVI S.A – Terminal de Contêineres do Vale do Itajaí, atual *APM Terminals*.

TARIFAS APM – TERMINALS				
IGP-M ACUMULADO NO PERÍODO (01/01/2011 A 01/03/2018) = 47,32%				
SERVIÇO	VALOR 2011 PERÍODO 10 DIAS	VALOR 2018 PERÍODO 05 DIAS	SIMULAÇÃO DE UMA CARGA DE R\$ 100.000,00	% DE AUMENTO 2011-2018
Tabela V - Serviços de Armazenagem - tarifas <i>ad valorem</i> .	0,26% valor da mercadoria.	0,57% valor da mercadoria. Mínimo R\$ 843,00 contêiner/período. 0,32% ao dia 06º ao 12º dia.	2011= R\$ 260,00 2018= R\$ 570,00	119,2%
Tabela V - Serviços de Armazenagem - tarifas <i>ad valorem</i> .	0,26% valor da mercadoria.	06 DIAS = 0,89%	06 DIAS = R\$ 890,00	242,3%
Tabela V - Serviços de Armazenagem - tarifas <i>ad valorem</i> .	0,26% valor da mercadoria.	07 DIAS= 1,21%	07 DIAS= R\$ 1210,00	365,4%
Tabela V - Serviços de Armazenagem - tarifas <i>ad valorem</i> .	0,26% valor da mercadoria.	08 DIAS= 1,53%	08 DIAS= R\$ 1530,00	488,5%
Tabela V - Serviços de Armazenagem - tarifas <i>ad valorem</i> .	0,26% valor da mercadoria.	09 DIAS= 1,85%	09 DIAS= R\$ 1.850,00	611,5%
Tabela V - Serviços de Armazenagem - tarifas <i>ad valorem</i> .	0,26% valor da mercadoria.	10 DIAS= 2,17%	10 DIAS= R\$ 2.170,00	734,6%
IGP-M ACUMULADO NO PERÍODO (TARIFAS APM - TERMINALS A PARTIR 05/11/2018) = 47,32%				
SERVIÇO	VALOR 2011 PARA 10 DIAS	VALOR 05/11/ 2018 PERÍODO 10 DIAS	SIMULAÇÃO DE UMA CARGA R\$ 100.000,00 POR 10 DIAS	% DE AUMENTO 2011-2018
Tabela V - Serviços de Armazenagem - tarifas <i>ad valorem</i> .	0,26% valor da mercadoria.	0,26% valor da mercadoria. Não há mínimo contêiner. A partir 08º dia contêiner/período. 0,11% ao dia. 10 dias = 0,59%	Mínimo	126,9%

Fonte: Elaboração dos autores com base nas tabelas públicas dos citados terminais

Uma análise atual do panorama das tarifas aplicadas pela *APM Terminals*, concessionária do Porto de Itajaí/SC, indica uma mudança de panorama das políticas tarifárias aplicadas em novembro de 2018, retomando o percentual de 0,26% aplicado em 2011 para 07(sete) dias, e diminuindo o percentual a partir do 08º dia, ou seja, de 0,57% para 05 dias e 0,32% a partir do 6º, diminuiu para 0,26% para 07 dias e 0,11% a partir do 08º dia. Apesar da redução não ser a ideal, verifica-se que o *APM Terminals*, através do Porto de Itajaí, diminuiu os percentuais e valores aplicados.²⁷

3.2 CASO PORTONAVE/MSC

A Portonave S/A – Terminais Portuários de Navegantes é um terminal de uso privado localizado no município de Navegantes, no Estado de Santa Catarina. A empresa está localizada na margem esquerda do Rio Itajaí-Açu, e iniciou suas operações em 21 de outubro de 2007. Desde

²⁷ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. RODRIGUES, Maicon. *Modicidade, Previsibilidade e Defesa da Concorrência no setor Portuário*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2019, p. 206-213.

então, é concorrente direta do Porto de Itajaí localizado na outra margem do citado rio.

O legislador federal pátrio incluiu a incidência nas instalações portuárias, nos termos do art. 3º, inciso II, da Lei nº 12.815/2013, das diretrizes do setor portuário, dentre as quais a garantia da modicidade e da publicidade das tarifas e preços praticados no setor, bem como da qualidade da atividade prestada e da efetividade dos direitos dos usuários. Determinou, assim, que as garantias da modicidade e da previsibilidade incidam sobre os TUP's.

Assim, em que pese o terminal de uso privado não prestar serviço público, o mesmo é objeto da regulação da Antaq, haja vista que o serviço prestado é de interesse público. Aliás, apesar do terminal de uso privado não precisar homologar o aumento de preço cobrado ao usuário na agência reguladora, o TUP deve respeitar o princípio da modicidade no preço (privado) e os princípios da defesa da concorrência e do usuário. Cabe, portanto, à Antaq, em cada caso concreto, definir se há violação ao citado princípio.

Sobre esse problema, a análise das tabelas de preços do terminal privado Portonave, publicada entre 01 de janeiro de 2010 e 01 de janeiro de 2019, evidencia que os aumentos de preços de diversos itens de serviços ocorreram em percentual bem superior ao IGP-M do período. Não foram observados critérios que justificassem tais aumentos em determinado período.

Nesse cenário, a análise do aumento dos preços das tabelas de 1 janeiro de 2010 a 1 de janeiro de 2019, mostra que é possível ter uma percepção crítica dos percentuais de aumentos de preços que violam a modicidade, conforme a Tabela 2 a seguir:

Tabela 2 – Aumentos de preços da Portonave (1/1/2010 a 1/1/2019)

IGP-M ACUMULADO NO PERÍODO (01/1/2010 A 01/1/2019) = 70,63%				
SERVIÇO	PREÇO 2010: 07 DIAS	PREÇO 2019: 05 DIAS	SIMULAÇÃO DE UMA CARGA DE R\$ 100.000,00	% DE AUMENTO 2010-2019
Armazenagem – Importação	0,20% sobre o valor da CIF Após o 7º dia = 0,30% sobre o valor CIF da carga	0,58% sobre o valor CIF. Mínimo R\$ 830,00 por contêiner 0,33% (dia) sobre o valor CIF da carga	Período 07 dias 2010 = 260,00 2019 = 1240,00	377,00
Armazenagem – Importação			Período 10 dias 2010 = 300,00 2018 = 2.230,00	758,00
SERVIÇO	PREÇO 2010 R\$	PREÇO 2016 R\$	PREÇO 2019 R\$	% DE AUMENTO
Levante de contêiner	45,00	170,00	245,00	526,70
Levante de <i>Flat Rac</i> /OPEN TOP	180,00	617,00	729,00	305,00
Posicionamento para vistoria	150,00	630,00	807,00	438,00
Posicionamento para pesagem	195,00	630,00	701,00	313,00
Inspeção (desunitização + utilização) para mudança.	1.100,00	7.600,00	8.430,00	704,70%
Movimentação de liberação DTA	340,00	1.100,00	1.226,00	282,40%

Fonte: Elaborado pelos autores a partir das tabelas públicas da Portonave

O IGP-M acumulado entre 1/1/2010 e 1/1/2019, data da divulgação da tabela Portonave,

foi de 70,63%. Assim, a comparação com os percentuais aplicados pela Portonave indica que aumentos que chegam a 10 (dez) vezes o IGP-M acumulado no período, tal como o item *inspeção desunitização e utilização para mudança*, que sofreu um aumento de 704,7%. Tal valor claramente demonstra um desrespeito à modicidade dos preços.²⁸

Cabe destacar que os terminais de uso privado conquistaram o direito de explorar a movimentação de carga de terceiros, com o advento do novo marco regulatório, o que possibilita maiores investimentos privados e maior oferta de serviços ao usuário.

Apesar disso, os usuários ainda sofrem com as externalidades negativas da falta de regulação econômica eficaz, especialmente pela não efetividade da modicidade nos preços, como se verifica no estudo de caso do terminal de uso privado Portonave.

Não trouxe o citado terminal de uso privado, quaisquer elementos que justificassem os aumentos praticados, o que evidencia afronta à modicidade e, por sua vez, à defesa do usuário. Como se verifica, o terminal efetuou aumentos muito acima do IGP-M acumulado, o que faz com que, tendo em vista a relevância dos custos portuários na logística dos usuários, os seus produtos venham perdendo competitividade.

A concepção da realização de atividade privada decorrente de um serviço de interesse público deve harmonizar a estimulação da livre concorrência, empreendedorismo e o desenvolvimento econômico, onde os interesses privados não afastem o contrato social e o interesse público sobre atividade realizada.

Paulo Márcio da Cruz revela que o novo Contrato Social com o poder público não existe como simples resultante dos interesses privados:

Para a necessidade de um novo Contrato Social, tem-se como ponto de partida a insuficiência do postulado da proeminência da coisa pública: O Poder Público não existe como simples resultante dos interesses privados, mas supõe um pacto social – ou Contrato Social – hígido que preceda e sobrepeça todos os contratos particulares.²⁹

3.4 O ABUSO DA POSIÇÃO DOMINANTE

As externalidades negativas, como imposição de preços predatórios, como acima mencionado e adiante, tal como se dá em relação ao THC2/SSE, decorrem sobremaneira do abuso da posição dominante. Nesse sentido, é relevante a transcrição dos seguintes dispositivos da Lei Antitruste:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

²⁸ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. RODRIGUES, Maicon. *Modicidade, Previsibilidade e Defesa da Concorrência no setor Portuário*, p. 206-213.

²⁹ CRUZ, Paulo Márcio da. *Da soberania à transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no século XXI*. Itajaí: Univali, 2011, p. 38.

Nesse passo, a posição dominante é conceituada no seguinte dispositivo do art. 36.

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

A posição dominante existe no caso acima, tendo em vista que as duas empresas movimentam bem mais do que 20% do mercado relevante de operações portuárias de contêineres. Segundo as estatísticas da Antaq, a Portonave movimentou 36,2% e a APM Terminals 26,4% TEUS em 2019, ou seja 62,6% do mercado relevante catarinense.³⁰

Há mais argumentos que comprovam a posição dominante, tal como o Índice Herfindal Hirschmann (IHH), que mede a concentração horizontal conforme *Guidelines da Antitrust Division, do Department of Justice* dos Estados Unidos, no mercado relevante de serviços portuários de contêineres em Santa Catarina.

Assim, cabe o seguinte cálculo envolvendo os percentuais de movimentação de contêineres em TEUS da Portonave, Itapoá, APM Terminals e Imbituba em 2018: $(40,30)^2 + (34,48)^2 + (19,50)^2 + (4,7)^2 = 1624,09 + 1253,16 + 380,25 + 22,09 = 3.279,59$. Esse é um índice extremamente alto, se considerado que está bem acima de 2.500.³¹

O IHH acima de 2500, segundo as diretrizes acima, demonstra que o mercado é altamente concentrado, a exigir urgente intervenção econômica via regulação setorial, isso sem considerar a verticalização. Além dos casos de monopólio e duopólio, Vogel leciona que fatores que potencializam os altos graus de concentração são a subsistência apenas de pequenos rivais e a eliminação do único ou do principal competidor.³²

Ressalte-se que, a posição dominante, quando uma ou mais empresas possuem mais de 20% do mercado relevante, não significa, *per se*, a necessidade de intervenção regulatória. O problema ocorre quando tal concentração, nesse caso, 95%, efetua conduta abusiva, como a imposição de *excessive prices*, como os aumentos do THC2 ou de SSE.

3.5 OS REAJUSTES ABUSIVOS DO THC2/SSE

A tabela a seguir mostra as evidências do abuso de posição decorrem, por exemplo, dos reajustes do THC2/SSE desde 2010 a 2019, com aumento de 859,90% e 584,00%, respectivamente, pela *APM Terminals* e Portonave, ou seja, dez vezes e sete vezes maior do que a inflação acumulada no período.

³⁰ BRASIL. Antaq. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Estatísticas. Disponível em: < <http://web.antaq.gov.br/ANUARIO/>>. Acesso em: 28 mar. 2020.

³¹ Conforme: FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência – Pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p.146-151.

³² VOGEL, Louis. *European Competition Law*. Paris: Lawlex, 2012, p. 404-408.

Tabela 3 – Variação THC2/SSE da APM e Portonave (2010 a 2019)

ANO	APM TERMINALS THC/SSE por CTN em R\$	PORTONAVE THC/SSE por CTN em R\$
2010	215,00	230,00
2019	2.053,00	1.573,00
% de aumento	859,90	584,00
% inflação acumulada	83,34	83,34
% Variação cambial	112	112

Fonte: Elaboração dos autores a partir das tabelas da APM e da Portonave

Na realidade, o preço do SSE, que é um complemento do serviço de capatazia, cobrado via THC, deveria ser bem menor do que esse, tendo em vista que os maiores custos se dão na retirada do contêiner do navio. Mas isso não ocorre, porque o SSE é bem maior do que o THC. Para fins de comparação em relação ao THC cobrado pelos dois terminais acima dos armadores que neles operam, os valores cobrados são os seguintes:

Tabela 4 – Variação do THC cobrado pela APM e Portonave

Ano	APM - THC capatazia (mínimo) R\$	Portonave - THC capatazia (máximo) R\$
2010	420,00	440,00
2019	700,00	800,00

Fonte: Elaboração dos autores a partir das tabelas da APM e da Portonave

Ademais, o abuso da posição dominante não provoca tão somente o aumento abusivo do THC2/SSE, mas também na armazenagem portuária de contêiner na importação e em diversos outros serviços, assim como no *scanner* (inspeção não invasiva), cujos preços são, respectivamente, o primeiro e o segundo maior do país, a APM (R\$ 1.105,00) e Portonave (R\$ 900,00), em 2019.

3.6 DO REAJUSTE ABUSIVO NA ARMAZENAGEM PORTUÁRIA

Mencione-se que, além dos preços predatórios acima, a armazenagem portuária teve reajustes muito acima ao acumulado pela inflação. A simulação do valor pago para uma carga de valor CIF R\$ 100 mil armazenada na *APM Terminals*, durante 10 dias, conforme tabelas publicadas no site do citado terminal e registradas na Antaq, apontam um reajuste de 734,6 %, ou seja, um aumento de R\$ 260,00 para R\$ 2.170,00 por contêiner, desde 1/01/2011 a 1/03/2018, o que equivale a dezessete vezes o IGP-M acumulado no período,

Nesse mercado, os armadores, especialmente a MSC e Maersk, no mercado mundial e relevante catarinense, passaram então a também dominar a operação portuária além da navegação de longo curso.

Esse problema, decorre em parte, da inexistência de supervisão nos preços cobrados (públicos e privados) e de uma regulação econômica adequada por parte da Antaq, muito debilitada no que tange à defesa da concorrência, pois permite que os terminais possam cobrar valores adicionais dos usuários demonstrando claramente uma concentração de poder.

Isso impede, ainda, o crescimento e o incentivo ao desenvolvimento dos terminais retroportuários alfandegados, cuja função é contribuir para a competitividade da logística, os quais são de tamanha importância para a redução de custos dos usuários, assim como os armadores e os terminais portuários de zona primária.

Conclui-se que não foram observados critérios que justificassem tais aumentos no período acima, revelando que os dois terminais continuam aplicando preços que desestimulam a livre concorrência e prejudicando a competitividade dos produtos brasileiros, agravado pela verticalização e inexistência de regulação econômica eficaz por parte da Antaq.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável que processo evolutivo no âmbito portuário promoveu avanços e investimentos nesse setor, desde a Constituição Federal de 1988, com a abertura de exploração indireta portuária, passando pelo marco regulatório da Lei nº 8.630/93, até o novo marco regulatório - Lei nº 12.815/2013.

Apesar disso, a análise de casos de um arrendatário e de um TUP, demonstrou que, apesar de toda a discussão que envolveu a Reforma Portuária em 2012, com a edição da MP nº 595/2012, ainda não há regulação econômica eficaz, em parte porque inexistente uniformização de rubricas de serviços e de critérios específicos na composição das tarifas e preços. Existem, portanto, métodos não transparentes no reajuste de tarifas e no aumento dos preços, com percentuais muitas vezes maior do que a inflação acumulada do período, calculadas com base no IGP-M.

A regulação setorial independente deve intervir de maneira pontual e tecnicamente significativa nas falhas de mercado e assimetrias fomentando a livre concorrência, e evitando práticas abusivas e aumento arbitrário do lucro, tal como demonstrado no caso do arrendatário *APM Terminals* e da autorizatária Portonave.

Paradoxalmente, a política da Antaq é de liberdade de preços sem limite, contudo, a mesma se dá sem combate à concentração e a verticalização, o que tem possibilidade abuso da posição dominante por parte dos conglomerados transnacionais. Segundo, a Antaq, essa regulação demanda provocação por parte do prejudicado, para que a agência setorial possa aplicar sanção e o marco regulatório do setor, especialmente a Resolução nº 3.274/2014, da Antaq. Esse *modus operandi*, qual seja, regulação *ex post* e não *ex ante*, tem sido prejudicial à efetividade do serviço adequado.

Necessária, ainda, é a efetividade da defesa da concorrência na realidade portuária, a fim

de proporcionar um ambiente seguro e próspero para a atividade portuária, respeitando os direitos e deveres dos usuários, arrendatários e autorizatários e, visando a efetividade do direito constitucional do serviço adequado.

A regulação do setor portuário precisa fazer com que a livre iniciativa seja interpretada sistematicamente com livre concorrência, o que contribuirá para que o usuário possa dispor de mais ofertas de serviços e, possua vez, maior possibilidade de melhor serviço com o menor preço. Com maior concorrência, reduz-se a concentração da atividade econômica em poucos prestadores de serviços, assim como a possibilidade que estes exerçam o abuso de posição dominante em detrimento do serviço adequado.

A falta de regulação econômica eficaz para a defesa da concorrência ocasiona o favorecimento de poucos grupos econômicos portuários e de transporte marítimo no mercado de contêineres e prejuízo à livre concorrência, assim como assimetria de informação e de representação. Esse problema aumenta com a verticalização sem regulação econômica adequada e reflete um paradoxo em face da legislação vigente, qual seja, a Lei. nº 13.784/2019, que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.

Desse modo, os dispositivos adiante, da citada norma, demonstram de forma implícita a necessidade de intervenção do Estado Regulador para equilibrar os interesses por meio da efetividade dos princípios da defesa da concorrência, quais sejam:

DAS GARANTIAS DE LIVRE INICIATIVA

Art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente:

I - criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes;

II - redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado;

III - exigir especificação técnica que não seja necessária para atingir o fim desejado;

IV - redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco;

V - aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios;

VI - criar demanda artificial ou compulsória de produto, serviço ou atividade profissional, inclusive de uso de cartórios, registros ou cadastros;

VII - introduzir limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas;

VIII - restringir o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal; e

IX - exigir, sob o pretexto de inscrição tributária, requerimentos de outra natureza de maneira a mitigar os efeitos do inciso I do caput do art. 3º desta Lei.

Sugere-se, portanto, uma maior cooperação da Antaq com o Cade, o que tem maior amparo com a edição da Lei das Agências Reguladoras – Lei nº 13.848/2019, conforme os arts. 25 a 28, para fins de construção da defesa da concorrência, e da implementação de práticas que resultem em previsibilidade e modicidade das tarifas e preços, condições essenciais do serviço adequado, especialmente com metodologia para aplicação do preço-teto pela Antaq.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. Antaq. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. **Estatísticas**. Disponível em:<<http://web.antaq.gov.br/ANUARIO/>>. Acesso em: 28 mar. 2020.

BRASIL. Autoridade Portuária do Porto de Itajaí. Superintendência do Porto de Itajaí. Contrato de arrendamento nº 30/01 celebrado entre Superintendência do Porto de Itajaí e TECONVI S.A – Terminal de Contêineres do Vale do Itajaí, atual APM Terminals.

BRASIL. Cade. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cadernos do Cade. *Mercado de serviços portuários*. Brasília: CADE, 2018

BRASIL. Cade. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Manifestação da Procuradoria do Cade a respeito da Nota AGU/MS 02/2006. Disponível em:<www.cade.gov.br>. Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. Cade. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo administrativo nº 08012.007743/99-17. Disponível em:<www.cade.gov.br>. Acesso em: 12 fev. 2017.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. RODRIGUES, Maicon. *Modicidade, Previsibilidade e Defesa da Concorrência no setor Portuário*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2019.

CNI. Confederação Nacional da Indústria. CNI. *Propostas da Indústria para as eleições 2018. Transporte Marítimo*. Brasília: Confederação Nacional da Indústria, 2018.

CRUZ, Paulo Márcio da. Da soberania à transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no século XXI. Itajaí: Univali, 2011.

FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência – Pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

GILBERTO, André Marques; BAYEUX, Álvaro Adelino Marques. Os Aspectos Administrativos e Concorrenciais do Direito Portuário. In: SILVA FILHO, Nelson Cavalcante; WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge; BAYEUX NETO, José Luiz. (org.) *Direito Marítimo e Portuário: Novas Questões*. GILBERTO, André Marques; BAYEUX, Álvaro Adelino Marques. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

KELMAN, Jerson. *Desafios do regulador*. Rio de Janeiro: Centro de Estudos Econômicos do Setor Energético/FGV, Synergia, 2009.

NESTER, Alexandre Wagner. A inserção do regime concorrencial nos serviços públicos. *In: DE ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ORTIZ, Gaspar Ariño. Principios de Derecho Público Económico: Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica. 3ª ed. Granada: Editorial Comares, 2004.

PEREIRA DA SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz. Direito da Concorrência e Regulação nos serviços públicos. *In: Ciência Jurídica*. Belo Horizonte, ano XIX, n. 123, maio/jun., 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2008.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e Concorrência - A atuação do Cade em setores de infraestrutura. Saraiva: São Paulo, 2013.

UNCTAD. Review of Maritime Transport 2019. New York: UNCTAD, 2019.

VOGEL, Louis. *European Competition Law*. Paris: Lawlex, 2012.

DESAFIOS DO DIREITO EM UMA REALIDADE TRANSNACIONAL¹

Fernando Rodrigo Busarello²

Marcelo Buzaglo Dantas³

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico foi desenvolvido segundo os métodos de pesquisa difundidos na Universidade do Vale do Itajaí. A pesquisa foi realizada pelo método dedutivo, tal como o relatório de pesquisa, e os dados foram coletados valendo-se das técnicas da pesquisa bibliográfica, do referente, categoria e conceito operacional.

Pretende-se expor, de maneira sucinta, a abordagem doutrinária sobre a evolução da globalização e seus efeitos sobre o papel dos Estados na criação do direito, bem como pontuar a observância do sistema democrático como foco central de preocupação para o desenvolvimento de um efetivo direito transnacional, dada a necessidade de legitimação do direito, que constitui instrumento primordial no exercício do poder político, cuja relevância tem sido subjugada pela transnacionalização do poder econômico.

O presente estudo não possui o condão de esgotar o tema, mas de servir de base teórica para a formulação de um problema que se revela primordial nas pesquisas para o desenvolvimento de um direito transnacional sustentado em um modelo democrático.

1. REALIDADE TRANSNACIONAL SOB A ÓTICA DA GLOBALIZAÇÃO

A sociedade moderna se depara com uma constante e crescente transformação no que concerne à amplitude das relações humanas, que se estabelecem das mais variadas formas já sem os limites de distância e tempo havidos em outras épocas. As relações pessoais têm se estendido para além das fronteiras dos Estados, assim como a circulação de pessoas e de capital, gerando um intercâmbio econômico e cultural sem precedentes. Alavancados pelo desenvolvimento tecnológico, a distância e o tempo para que pessoas, bens e informações circulem por qualquer canto do planeta têm sido reduzidos paulatinamente. Aproveitando-se da integração e das facilidades do mundo moderno, centros de poder econômico, como grandes empresas, desafiam o

¹ Artigo científico elaborado segundo a metodologia disposta em PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

² Artigo desenvolvido para a disciplina Direito e Transnacionalidade, integrante do curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí em convênio com a Academia Judicial/Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ministrada pela Professora Doutora Carla Piffer.

³ Advogado. Membro das Comissões de Direito Ambiental do Conselho Federal da OAB e do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB. Mestre e Doutor em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP. *Visiting Scholar* da *Elisabeth Haub School of Law - Pace University* (White Plains/NY). Pós-Doutor em Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade pela UNIVALI. Docente Permanente e do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica (Mestrado e Doutorado) da UNIVALI. Professor Visitante da *Widener University – Delaware Law School* (EUA) e da *Universidad de Alicante* (ES)

poder político dos Estados, gerando novos desafios para a organização estatal.

Tal fenômeno, amplamente percebido e debatido na atualidade, vem sendo objeto de estudos e considerações já há algumas décadas, especialmente diante dos reflexos econômicos que carrega. Tratando-se da ampliação das relações humanas, no entanto, os reflexos são sentidos também nas esferas política e jurídica, dado que os desafios de regulamentação de novas realidades e dinâmicas sociais se torna uma constante. Em última análise, a modificação do modo como a sociedade se relaciona e produz impacta diretamente no direito, daí porque o fenômeno referido deve ser enquadrado pela ciência jurídica de maneira primordial.

Convencionou-se chamar de globalização o fenômeno que engloba as interações sociais para além das fronteiras dos Estados, tratando, pois, das interações em escala transnacional, seja no âmbito das relações internacionais entre estados, das práticas capitalistas ou no intercâmbio social e cultural. Tal é o que se extrai da definição trazida por Philip Jessup, ainda na década de mil novecentos e sessenta:

Definimos globalização como conjuntos de relações sociais que se traduzem na intensificação das interações transnacionais, sejam elas práticas interestatais, práticas capitalistas globais ou práticas sociais e culturais transnacionais.⁴

A definição, como se vê, é ampla, mas serve aos propósitos da presente análise, na medida em que alcança o fenômeno antes mencionado, de integração da sociedade nos seus diversos aspectos, em escala global. Vale referir a ressalva do próprio autor, entretanto, quanto a tendência de se verificar o fenômeno com algo único e delimitado, quando na verdade a complexidade das interações sociais permite a observação de diversos fenômenos que, se de um lado decorrem de um mesmo fator – a integração da sociedade global –, de outro revela facetas particulares que merecem a devida atenção individualizada:

Aquilo que habitualmente designamos por globalização são, de facto, conjuntos diferenciados de relações sociais; diferentes conjuntos de relações sociais dão origem a diferentes fenômenos de globalização. Nestes termos, não existe estritamente uma entidade única chamada globalização; existem, em vez disso, globalizações; em rigor, este termo só deveria ser usado no plural [...] O sistema mundial em transição é constituído por três constelações de práticas colectivas: a constelação de práticas interestatais, a constelação de práticas capitalistas globais e a constelação de práticas sociais e culturais transnacionais.⁵

Dentre as facetas contempladas pela globalização, volta-se a atenção neste momento para os reflexos jurídicos deste movimento social – e também políticos, porque indissociáveis –, que traz, em sua essência, uma mudança de paradigma no que concerne à forma como a sociedade vem se organizando politicamente, hoje ainda consubstanciada nos Estados nacionais, que por sua vez vêm enfrentando dificuldades paradigmáticas quanto à regulamentação e exercício do poder e, conseqüentemente, para manutenção das atividades próprias dos organismos estatais.

Nesse sentido, a globalização abala a capacidade de os Estados nacionais controlarem as práticas econômicas, sociais e culturais que até então eram praticadas estritamente nos seus

⁴ JESSUP. Philip C. **Direito Transnacional**. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo : Fundo de Cultura, 1965. Título original: *Transnational Law*. p. 85.

⁵ JESSUP. Philip C. **Direito Transnacional**. pp. 55-56.

respectivos âmbitos territoriais e ali produziam seus efeitos. O que se revela com a modernidade é a prática de atos multilocalizados, seja porque muitas pessoas se inserem em fluxos de migração que dividem as suas relações sociais, culturais e econômicas entre os estados de origem e destino, seja porque os agentes econômicos de grande porte distribuem a sua estrutura de produção e distribuição por diversos Estados do modo que lhes seja mais conveniente do ponto de vista da regulação e do controle estatal.

A respeito, aponta Ulrich Beck:

O Estado nacional é um estado territorial, isto é, seu poder está baseado no vínculo com um determinado espaço (no controle sobre associações, determinação das leis vigentes, defesa das fronteiras etc.). A sociedade mundial, que tomou uma nova forma no curso da globalização — e isto não apenas em sua dimensão econômica —, relativiza e interfere na atuação do Estado nacional pois uma imensa variedade de lugares conectados entre si cruza suas fronteiras territoriais, estabelecendo novos círculos sociais, redes de comunicação, relações de mercado e formas de convivência. Isto fica evidente em todas as colunas da autoridade do Estado nacional: impostos, atividades especiais da polícia, política externa, segurança militar.⁶

A própria referência à modernidade quando se trata de apontar a globalização como realidade pode ganhar dois sentidos, ou dois momentos, como refere o próprio autor. Isso demonstra como a globalização se torna um efetivo marco no desenvolvimento do Estado e de sua estrutura, na medida em que refunde os conceitos sobre os quais se edificaram os estados nacionais. Houve, assim, uma realidade social sobre a qual os estados nacionais se edificaram, sob o primado de que a sociedade estaria contida em uma espécie de envólucro que se constituía no próprio Estado, onde as regras de poder estariam sob controle.

Beck, nesse prisma, afirma:

Por que e em qual sentido a globalização torna obrigatória uma distinção entre primeira e segunda modernidade? A. D. Smith definiu com precisão o conceito de sociedade da primeira modernidade como um "nacionalismo metodológico": sociedade e Estado cobrem um mesmo espaço e são pensados, organizados e vivenciados como sendo um mesmo limite. Pressupõe-se a fixação e o controle político-estatal do espaço. O Estado territorial se transforma em um container da sociedade. Em outras palavras: as aspirações de poder e controle do Estado fundamentam e delimitam a sociedade.⁷

É natural vislumbrar, sob esse ponto de partida, que a globalização sobrepõe alguns conceitos que serviram de base para o Estado nacional, já que a sociedade cresceu e ultrapassou as suas fronteiras, estabelecendo relações que refletem em mais de um Estado e gerando problemas de diversas índoles para os quais os próprios Estados nacionais envolvidos não estão preparados. Relações de poder, notadamente diante do poder do capital globalizado e da sua capacidade, já mencionada, de se esquivar e, desta forma, se sobrepor aos regulamentos estatais; desafios ambientais, cujos efeitos sobre o ecossistema ignoram a existência de divisões políticas; miscigenação cultural, cujas adaptações são fonte de conflitos diante da modificação de parâmetros localizados pré-estabelecidos. Esses são exemplos de problemas de ordem

⁶ BECK. Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 18.

⁷ BECK. Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. p.121.

transnacional, cuja existência sugere a necessidade de evolução de alguns dos paradigmas sobre os quais os Estados se estabelecem.

Ainda segundo Beck, vale referir a sua percepção:

Esta arquitetura do pensamento, da ação e da vida dentro dos espaços e das identidades na sociedade nacional estatal se desmantela com a globalização econômica, política, ecológica, cultural, biográfica. A globalização significa: surgem alternativas de poder, de ação e de percepção da vida social que desmontam e confundem a ortodoxia da política e da sociedade nacional-estatal.⁸

A realidade que se apresenta, se de um lado ainda é algo em desenvolvimento, na medida em que as interações cujos reflexos sejam globais estão ainda em construção, de outro pode ser tida como uma tendência estabelecida, cujos impactos para o presente e, em especial, para o futuro – diante da expansão que só tende a deixar mais evidente a insuficiência das soluções que o modelo de Estado nacional amplamente difundido – não pode ser negligenciado. A inevitabilidade do desenvolvimento da globalização e, conseqüentemente, da expansão dos seus efeitos e desafios, é algo diagnosticado por muitos autores, assim como o fato de que o entrelaçamento das ações e conseqüências em âmbito que foge aos limites dos Estados é uma variável a ser considerada nas decisões estratégicas de qualquer nação.

Zygmunt Bauman expõe:

De fato, a globalização soa agora algo inevitável e irreversível. O ponto a partir do qual não há mais possibilidade de voltar foi já alcançado. E ultrapassado. Não há volta possível. Nossas interconexões e nossa interdependência já são globais. O que quer que aconteça em um lugar influencia a vida e as oportunidades de vida das pessoas em todos os outros. O cálculo dos passos a serem dados em qualquer local precisa levar em conta as possíveis respostas das pessoas em todos os outros. Nenhum território soberano, por maior que seja, populoso e dotado de recursos, pode proteger sozinho suas condições de sustento, sua segurança, sua prosperidade a longo prazo, seu estilo de vida preferencial ou a segurança de seus habitantes.⁹

Não cabe questionar tal premissa. Aparentemente, os poderes econômicos caminham para solidificar a sua supremacia em alcance global, de modo que somente uma ruptura global em larga escala poderia frear o cenário de integração que se visualiza e, ainda assim, não há como retroceder quanto aos avanços tecnológicos que tornam a informação ampla e instantaneamente difundida em âmbito global, o que por si já demonstra um mecanismo de integração irreversível e capaz de criar os mais variados efeitos transnacionais. Nesse cenário, é necessária a concentração de esforços nas mais diversas áreas a fim de se identificar problemas e soluções relacionadas à governança em escala global. Aqui se volta a atenção especificamente para os desafios do direito nesse cenário de mutação da realidade social e conseqüente necessidade de aperfeiçoamento dos mecanismos estatais de tratamento da vida em sociedade. Tem-se, assim, como algo palpável o surgimento de referências doutrinárias ao direito transnacional.

⁸ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. p.122.

⁹ BAUMAN, Zygmunt. **A ética é possível num mundo de consumidores?** Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 21.

2. O DIREITO TRANSNACIONAL E SEUS DESAFIOS

Autores procuram definir o direito transnacional já há algumas décadas, contudo, assim como a globalização é um fenômeno em construção, tal conceito é ainda mais insipiente, notadamente diante dos postulados tradicionais pelos quais se entende legítima a produção de normas jurídicas.

Philip Jessup definiu a expressão:

Todavia, eu usei, em lugar de "direito internacional", a expressão "direito transnacional" para incluir todas as normas que regulam atos ou fatos que transcendem fronteiras nacionais [...] As situações transnacionais então podem envolver indivíduos, Estados, organizações de Estado, ou outros grupos.¹⁰

Necessário mencionar que o conceito trazido pelo autor, nos anos mil novecentos e sessenta, foi lapidado ao longo dos anos. Já se observava, entretanto, a necessidade de distinguir o direito transnacional do internacional, que à época só tinha em seu espectro a relação entre Estados. Com a evolução do Direito Internacional para admitir indivíduos como sujeitos de direitos, tem-se que o conceito referido restou de certo modo esvaziado. Viu-se, contudo, o surgimento de uma preocupação quanto a regulação das atividades e solução de litígios havidos em âmbito transnacional.

Justificou o autor referido:

Seria função do Direito Transnacional ajustar os casos e distribuir a jurisdição de maneira mais proveitosa para as necessidades e conveniências de todos os membros da comunidade internacional. O entendimento fundamental não partiria da soberania ou do poder, mas da premissa de que a jurisdição é essencialmente uma matéria processual que poderia ser amigavelmente distribuída entre as nações do mundo.¹¹

A partir da preocupação externada pelo autor, é possível observar o desafio de se definir o direito transnacional, não obstante seja evidente que relações transnacionais, tais como as estabelecidas por indivíduos migrantes ou por empresas multinacionais, assim como problemas transnacionais, como os de índole ambiental de larga escala, efetivamente existam e se propaguem pelo mundo moderno.

Harold H. Koh tratou de distinguir o direito transnacional afirmando que “O direito transnacional representa um híbrido entre o direito doméstico e o internacional, que tem assumido uma crescente importância em nossas vidas.”¹² O autor procura definir o direito transnacional da seguinte forma:

Talvez a melhor definição operacional do direito transnacional, utilizando figuras da era do computador, seria: (1) direito que é “baixado” do direito internacional para o direito doméstico: por exemplo, um conceito de direito internacional que é domesticado ou internalizado no direito nacional, tais como as normas internacionais de direitos humanos contra o desaparecimento forçado, agora

¹⁰ JESSUP. Philip C. **Direito Transnacional**. p. 12-13.

¹¹ JESSUP. Philip C. **Direito Transnacional**. p. 62.

¹² KOH, Harold Hongju. **Por que o Direito Transnacional é Importante**. Faculty Scholarship Series, Paper 1793. Yale: Yale Law School, 2006. p. 1.

reconhecida como direito nacional na maioria dos sistemas jurídicos; (2) o direito que é “carregado e então baixado”: por exemplo, uma regra que se origina de uma ordem jurídica interna, como a garantia de um julgamento livre sob o conceito de devido processo legal nos sistemas jurídicos ocidentais. E que então se tornam parte do direito internacional, como na Declaração Universal dos Direitos Humanos e no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. E de lá se torna internalizado em quase todos os sistemas jurídicos no mundo; e (3) o direito que é emprestado ou “horizontalmente transplantado” de um sistema doméstico para outro: por exemplo, a doutrina do “unclean hands” (ficha limpa), que migrou do direito de equidade britânico para muitos outros sistemas jurídicos.¹³

Segundo essa definição, o direito transnacional constitui-se naquela norma que é aprendida de um sistema e implantada em outro. Seria o direito transnacional, sob essa perspectiva, aquela anuência com o conteúdo do direito alheio, que faz com que tal conteúdo seja também empregado no direito próprio, esteja se falando de direito interno ou internacional. Não há dúvidas de que se está a falar, em qualquer caso, da produção de normas sob o prisma nacional (interno) ou internacional, utilizando-se, assim, dos mecanismos próprios de criação do direito como o conhecemos.

É justamente nesse ponto que o fenômeno da globalização, com sua gama infindável de relações e efeitos transnacionais, torna essencial o debate sobre a democracia. O direito como o conhecemos é constituído de normas que regulam e estabilizam o comportamento social e a produção dessas normas é justamente o campo fértil do sistema democrático, que nos Estados nacionais se baseia em uma estrutura bastante consolidada de exercício do poder político.

Esse contexto, entretanto, sofre com as transformações fruto da globalização, já que a sobreposição do poder econômico que se ramifica para fora e em maior amplitude do que os Estados nacionais pode ser a força motriz para que estes sejam subjugados no intento de implantar suas próprias políticas de controle, estas que servem justamente aos propósitos de amparar a coletividade dos efeitos nocivos de um ambiente desleal onde vige a lei do mais forte.

A perda de poder do Estado nação é reparada por Bauman:

Mais importante ainda: essa dimensão planetária não foi acompanhada pelo controle democrático em escala também global. Podemos dizer que o poder “bateu asas” das instituições historicamente desenvolvidas que costumavam exercer o controle democrático sobre usos e abusos de poder nos Estados-nação modernos. A globalização, em sua forma atual, representa um progressivo desempoderamento do Estado-nação moderno e (até agora) a inexistência de qualquer substituto efetivo.¹⁴

Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar também se referem ao efeito:

O desalojamento da política pelo mercado também se mostra no fato de o Estado nacional perder gradualmente a sua capacidade de recolher os impostos e de estimular o crescimento e, assim, de assegurar fundamentos essenciais da sua legitimidade.¹⁵

No fundo os Estados, inclusive os liberais, tem um papel fundamental na preservação do equilíbrio da economia e da proteção da coletividade. Não fosse assim os Estados tidos como as

¹³ KOH, Harold Hongiu. **Por que o Direito Transnacional é Importante**. p. 2.

¹⁴ BAUMAN, Zygmunt. **A ética é possível num mundo de consumidores?**. p. 55.

¹⁵ CRUZ. Paulo Márcio. BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: Univali, 2012. p. 101.

maiores economias liberais do mundo não teriam socorrido instituições financeiras na última grande crise financeira ocorrida a partir de 2008 e cuja falta de ação teria levado à consequências catastróficas diversos indivíduos.

Pensar na produção de um direito transnacional como um produto constituído de normas autonomamente criadas, fruto de instituições transnacionais próprias significa, por sua vez, deslocar o centro nervoso da democracia para esse novo patamar. Repensar a democracia é necessário e, nesse sentido, alguns autores optam por trilhar a linha da ampliação dos mecanismos de representatividade.

Como advertem Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar:

Repensar, pois, a Democracia neste momento é fundamental, principalmente em sua vertente transnacional. Todo o mundo “acordado” e afetado pela globalização faz-se cada vez mais certo que o único poder legítimo é o poder com investidura decidida pela maioria, que se constitui a partir de instrumentos democráticos efetivos.¹⁶

Seguindo a trilha da ampliação dos mecanismos de representatividade tem-se a concepção, em verdade, da ampliação do modelo de Estado nacional para níveis que o sobrepujem e congreguem. Segundo Habermas “Daí a atenção voltar-se sobretudo para a construção de instituições supranacionais”¹⁷. Trata-se, em certa medida, da experiência levada a efeito da União Europeia, com a constituição de órgãos alocados acima dos Estados Membros, com legitimidade outorgada pela representação indireta, com a capacidade de estabelecer regulamentos uniformes.

Em âmbito global, aspirações dessa natureza ganham a rubrica de *global governance*, ou governança global, e se fundam na intenção de se criar um Estado ou uma federação de âmbito global, não obstante tal ideia receba fortes críticas e, naturalmente, a residência de nacionalistas que primam pela garantia de soberania dos Estados nacionais.

Sobre a governança global, refere Boaventura de Souza Santos:

O que é novo é a amplitude e o poder da institucionalidade transnacional que se tem vindo a constituir nas últimas três décadas. Este é um dos sentidos em que se tem falado da emergência de um “governo global” (“global governance”) (Murphy, 1994). O outro sentido, mais prospectivo e utópico, diz respeito à indagação sobre as instituições políticas transnacionais que hão de corresponder no futuro à globalização económica e social em curso (Falk, 1995; Chase-Dunn et al, 1998). Fala-se mesmo da necessidade de se pensar num “Estado mundial” ou numa “federação mundial”, democraticamente controlado e com a função de resolver pacificamente os conflitos entre estados e entre agentes globais.¹⁸

O autor, ao referir sobre o tema, o qualifica como utópico, não sem razão, dada a dificuldade prática de se estabelecer um sistema global onde as nações, cercadas por interesses próprios e disputas históricas, bem como pela constante disputa por posições no cenário económico global, possam optar por abrir mão da sua soberania em prol de um sistema global

¹⁶ CRUZ, Paulo Márcio. BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. p. 15.

¹⁷ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Tradução de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 69.

¹⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos da globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. Organizador. **A globalização e as ciências sociais**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 44.

com contornos de Estado. Mais, há uma dificuldade imanente em se extrair de um sistema representativo de tamanha magnitude a legitimidade democrática de suas decisões, na medida em que a complexidade da sociedade global a ser representada se traduz em um infundável número de conflitos de interesses.

Sobre a possibilidade de se estabelecer o modelo de governança global baseado na supranacionalidade, afirma Habermas:

Ninguém persegue com prazer uma utopia, sobretudo hoje, depois de todas as energias utópicas parecerem ter-se esgotado. Em consequência da ausência de esforços consideráveis das ciências sociais, a idéia de uma política que abarcaria todos os mercados ainda não amadureceu sequer em um “projeto”. [...] Em uma sociedade mundial estratificada parecem surgir oposições de interesse inconciliáveis a partir das interdependências assimétricas entre os países desenvolvidos, os recentemente industrializados e os subdesenvolvidos. Mas essa perspectiva é válida apenas desde que não exista um procedimento institucionalizado de formação das vontades transnacionais que leve os atores capazes de comércio global a estenderem suas correspondentes preferências próprias na direção de um ponto de vista de um “global governance”. [...] A questão decisiva é, portanto, se pode surgir uma consciência da obrigatoriedade da solidariedade cosmopolita nas sociedades civis e nas esferas públicas políticas dos regimes geograficamente amplos que estão se desenvolvendo.¹⁹

O autor refere a dificuldade do modelo, embora não descarte de todo a possibilidade, ao referir que “Objetivamente, a população mundial uniu-se já há algum tempo de modo involuntário em uma comunidade de riscos. Daí não parecer tão implausível a expectativa de que sob essa pressão ocorra a continuação daquela grande virada abstrata [...]”²⁰.

A par da possível inviabilidade prática de se estabelecer uma união dessa envergadura, ao menos em um futuro palpável, a questão que causa maior tormento ao direito, e especialmente à expectativa de criação de um direito efetivamente transnacional em nível global, a meu sentir, reside na legitimação democrática dos eventuais parâmetros a serem adotados. É de se dizer, não basta a representação em seu aspecto puramente formal, no sentido de se constituir representantes por eleição direta ou indireta. O conteúdo das decisões tomadas no exercício do poder deve refletir o anseio da sociedade a qual se destinam, e a determinação da forma que a democracia deverá assumir para alcançar tal intento ainda é uma incógnita.

Uma alternativa proposta à opção de perda da soberania, com o seu deslocamento para um organismo supranacional, consiste no desenvolvimento de mecanismos de cooperação transnacional. Baseando-se na interdependência que a expansão do transnacionalismo propaga, é possível crer que haveriam interesses convergentes na especificação de determinadas políticas em nível transnacional, pela via da cooperação.

A delimitação dos caminhos possíveis é assim exposta por Beck:

Como serão possíveis formas sociais com um “sentido cosmopolita”? E o segundo enunciado responde: por meio da cooperação e da dependência transnacional nas dimensões da economia, da política, das Forças Armadas, do Direito, da cultura etc. Na primeira modernidade era válido este raciocínio: em um mundo de jogadores nacionais existem apenas dois caminhos para a estabilidade: equiparação de

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. pp. 71-73.

²⁰ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. p. 74.

forças ou hegemonia. Na era da globalização vale, ao contrário, a seguinte alternativa: perda da soberania nacional ou cooperação transnacional.²¹

Na linha da cooperação internacional, tem-se a noção de direito transnacional trazida por Koh, já mencionada, no sentido de que este consistiria naquele conjunto de regras que são baixadas ou carregadas nos diversos sistemas jurídicos. De modo um pouco distinto, surge a concepção de transconstitucionalismo, consistente na conversação constitucional, baseada na premissa de interações entre sistemas distintos com aprendizado recíproco.

Marcelo Neves trata do tema, indicando a multicentralidade do sistema jurídico mundial como favor propício para a fomentação do diálogo constitucional:

Isso significa dizer que não só a sociedade mundial, mas também o seu sistema jurídico é multicêntrico, de tal maneira que, na perspectiva do centro (juízes e tribunais) de uma ordem jurídica, o centro de uma outra ordem jurídica constitui uma periferia. [...] Essa situação importa relações de observação mútua, no contexto da qual se desenvolvem formas de aprendizado e intercâmbio, sem que se possa definir o primado definitivo de uma das ordens, uma *ultima ratio* jurídica. Nesse sentido, fala-se de "conversação" ou "diálogo" entre cortes, que podem se desenvolver em vários níveis.²²

É necessário ponderar que a realidade multicêntrica afirmada pelo autor como campo fértil para o transconstitucionalismo parte do pressuposto de que um sistema jurídico não se sobrepõe a outro, de modo que o aprendizado recíproco passa a ser a chave para a importação e exportação do direito de um sistema para outro. Cuida-se aqui de certa maneira da concepção de direito transnacional antes mencionada, dado que se está de fato "baixando" e "carregando" normas jurídicas em diversos sistemas, com a ressalva de que a conversação aqui opera em níveis constitucionais.

Cita-se a distinção trazida pelo autor:

Mas o peculiar ao transconstitucionalismo não é a existência desses entrelaçamentos entre ordens jurídicas, o chamado "transnacionalismo jurídico". No caso do transconstitucionalismo, as ordens se inter-relacionam no plano reflexivo de suas estruturas normativas que são autovinculantes e dispõem de primazia. Trata-se de uma "conversação constitucional", que é incompatível com um "constitutional diktat" de uma ordem em relação a outra.²³

Por fim, ele defende o transconstitucionalismo:

O transconstitucionalismo, como modelo de entrelaçamento que serve à racionalidade transversal entre ordens jurídicas diversas, abre-se a uma pluralidade de perspectivas para a solução de problemas constitucionais, melhor adequando-se às relações entre ordens jurídicas do sistema jurídico heterárquico da sociedade mundial.²⁴

O que se tem, sob essa perspectiva, não foge, entretanto, dos caminhos antes mencionados para a conformação de um modelo social adequado à realidade transnacional: a perda da soberania ou a cooperação internacional. Quando se fala nos modelos propostos de

²¹ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. p. 195.

²² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 117.

²³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 118.

²⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 131.

direito transnacional, ou transnacionalismo jurídico, ou mesmo de transconstitucionalismo, está se diante de um modelo de cooperação internacional, ou mesmo do próprio exercício do poder soberano individual de regulação, já que ao fim e ao cabo o próprio órgão nacional insere determinada norma no seu próprio sistema, ainda que esta se origine da conversação com outro sistema.

Tal cooperação, ou conversação transnacional no âmbito do direito, de modo insipiente (não propriamente sob o prisma do transconstitucionalismo, mas do diálogo), já se observa, como assinala Koh:

Através das diversas técnicas interpretativas, os juízes federais tornaram-se um elo cada vez mais crítico entre as esferas jurídicas internacionais e as nacionais. Durante os últimos termos, os tribunais nacionais norte-americanos ouviram mais casos envolvendo questões jurídicas transnacionais do que nunca, refletindo a crescente globalização das nossas atividades jurídicas nacionais.²⁵

É possível afirmar que o vácuo de resposta democrática a anseios de caráter transnacional está evidente. A política e o modelo de representação democrática que a conduz está adstrito ao âmbito dos Estados nacionais, onde prevalecem os interesses específicos do grupo determinado. De outro lado surgem demandas que levam à necessária coordenação de esforços para a definição de soluções efetivas.

Cruz e Bodnar destacam a necessidade do desenvolvimento da juridicização transnacional:

A necessidade do sistema jurídico transnacional está sendo discutida pela evidência da emergência de novos espaços de poder. A juridicização transnacional que poderá tornar concretas e efetivas as estratégias transnacionais de governança, regulação e intervenção, e que certamente resultarão em proteção a direitos transnacionais baseados em pauta axiológica comum, em especial os difusos, impossíveis de serem alcançados pelos direitos nacional, comunitário e internacional hoje existente. Não se pode imaginar medidas efetivas para a proteção e recuperação do ambiente, o que é fundamental para qualquer iniciativa com relação ao clima e à sustentabilidade efetiva, sem essa nova maneira de enxergar as relações entre os estados nacionais, baseada na cooperação e na solidariedade em espaços de governança para temas específicos, como é o caso do ambiente e do clima.²⁶

Sob outro enfoque, é patente a necessidade de se estabelecer um modelo democrático capaz de dar as respostas jurídicas aos anseios da sociedade em transformação, sob pena de se subverter a própria ordem social que o direito visa assegurar.

Destaca Bauman:

As pessoas tendem a viver em paz e a não recorrer à violência quando podem dirigir suas reclamações e seus rancores a um poder em cuja incorruptibilidade e justiça elas possam confiar. Mas no nosso planeta, acelerada e caoticamente em processo de globalização, um poder assim só é notado por sua ausência. Ele está presente no interior dos limites dos Estados politicamente soberanos. Mas os mais dolorosos danos, sejam eles objetivos ou “colaterais”, hoje têm lugar naquele “espaço exterior”, do lado de fora de todas as fronteiras, naquela terra de ninguém, num verdadeiro faroeste, o território em

²⁵ KOH, Harold Hongju. **Por que o Direito Transnacional é Importante**. p. 5.

²⁶ CRUZ. Paulo Márcio. BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. p. 143-144.

que não há “direito” nem “poder”, onde apenas os fortes julgam e apenas os fracos são castigados por suas ações.²⁷

Trata-se, novamente, de um diagnóstico da real necessidade de elevar o nível de construção e imposição do direito a um patamar transnacional. Ainda assim não se tem clara outra solução que se afaste da supranacionalidade (com a relativa perda da soberania) ou da cooperação internacional. Tampouco se tem clara a forma de se conferir legitimidade democrática a tal processo.

Sobre a democracia, assevera Habermas:

O Estado constitucional democrático é, segundo a sua idéia, uma ordem desejada pelo povo e legitimada pela sua livre formação de opinião e de vontade, que permite aos que são endereçados pela justiça sentirem-se como os seus autores.²⁸

Nota-se, a partir dessa proposição, que se entende válida como regra de legitimação social do direito, quão complexo é o desafio de se propor um modelo democrático transnacional, que permita a criação de uma ordem com alcance transnacional e que ainda assim permita aos seus destinatários reconhecerem a sua legitimidade.

A dificuldade se torna mais evidente na medida em que se aponta para uma crise de legitimidade no próprio Estado nacional. Para Habermas:

O neoliberalismo pós-moderno não pode explicar como os déficits de controle e de legitimação, surgidos em termos nacionais, poderão ser equilibrados em um nível supranacional sem novas formas de regulamentação nomeadamente políticas. Uma vez que o emprego do poder legítimo é medido em outros critérios que não o sucesso econômico, não se pode substituir a bel-prazer poder político por dinheiro.²⁹

A dicotomia trazida pelo autor em relação ao poder político e econômico ilustra de forma clara os âmbitos em que se trata a globalização e seus fenômenos transnacionais. De um lado, a globalização econômica revela este poder como algo que escapa e se sobrepõe ao poder político dos Estados. De outro, revela um poder político reduzido em face da realidade econômica global. Mas a ressalva é válida no sentido de que, ainda que o poder econômico, com as facilidades e artimanhas do mundo globalizado, possa se furtar momentaneamente ao controle do poder político, este não é apto a substituí-lo. Como já mencionado, o poder político, mesmo sob a égide do pensamento liberal, tem seu propósito na regulação do capital e na proteção dos indivíduos, possuindo finalidade específica que não pode ser abandonada sem que se abandone em conjunto o sistema democrático.

Ao tratar da relação entre economia e democracia, Gabriel Real Ferrer e Paulo Márcio Cruz destacam a almejada democratização do capital, em interessante reflexão concretada sobre a análise econômica de Giovanni Sartori.

²⁷ BAUMAN, Zygmunt. **A ética é possível num mundo de consumidores?** p. 79.

²⁸ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos.** p. 83.

²⁹ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos.** p. 104.

Afirmam os autores:

A economia está destinada a produzir riquezas. A política se dedica, ainda que nem sempre seja assim, à distribuição ou redistribuição destas riquezas. E são as distribuições as que podem ser declaradas de direita ou de esquerda. Mas, em todo caso, a política pode distribuir riqueza somente se a economia a produz. Se a economia não funciona, a política já não tem nada que redistribuir e acaba por distribuir pobreza. A autonomia e prioridade da produção da riqueza, sobre a distribuição, é procedimental. Pode-se, muito bem, dizer que a distribuição é mais importante que a geração da riqueza. Mas a prioridade procedimental continua sendo a mesma. Caso não tenha o que comer, só se pode dividir a fome. E essa não é uma opção interessante. Assim, considerado o procedimento lógico descrito anteriormente, concebido por Giovanni Sartori (1993, p. 98), o que resta é a democratização do capitalismo, ou seja, que a comunidade possa participar da decisão do que e como será produzido, e do como e onde será distribuído, principalmente pelo acesso ao crédito, através de políticas públicas distributivas e através de um sistema tributário transnacional, cujo conceito e caracterização serão objeto de artigo científico futuro.³⁰

Embora relevante a reflexão enquanto aspiração teórica, entretanto, a própria “democratização do capitalismo” depende de regulação que atualmente só o modelo de Estado contemporâneo consegue sustentar. Ainda que se admita o postulado teórico, portanto, revela-se necessária a construção de mecanismos democráticos para que essa regulação impere de forma adequada em um mundo de capital transnacional.

A efetiva construção e legitimação do direito transnacional reclama, portanto, a adaptação da democracia à realidade global que a passos largos se constrói com a expansão da globalização, constituindo o verdadeiro desafio da sociedade global.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo procurou descrever o fenômeno da globalização, como uma realidade que estabelece uma série de relações de caráter transnacional que ultrapassa as fronteiras dos Estados nacionais. Com a circulação de bens e pessoas e, notadamente, o surgimento de grandes atores econômicos capazes de se furtar às regulações estatais para a garantia de um desenvolvimento econômico e social sustentável, evidencia-se a insuficiência do modelo regulatório para fazer frente às necessidades sociais transnacionais. Tal necessidade se evidencia também no surgimento de uma sociedade de risco, notadamente em face das ameaças globais ligadas ao meio ambiente.

Diagnosticado o fenômeno e seus contornos genéricos, viu-se que o direito transnacional surge como proposta de solução ao impasse, a fim de que se estabeleça um modelo de governança global que possa alcançar todos os atores possíveis. Assim, observou-se que a doutrina trilha dois caminhos possíveis para o equacionamento do problema: (a) a perda da soberania, com o deslocamento do poder político para organismos supranacionais; ou (b) a cooperação internacional. Sob o enfoque do que se entende por direito transnacional, buscou-se enquadrar as operações de incorporação de normas entre sistemas independentes como uma

³⁰ FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. A crise financeira mundial, o estado e a democracia econômica. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 13, n. 2, p. 09-22, ago. 2009. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1437/1140>>. Acesso em: 07 nov. 2019, p. 18.

forma de cooperação internacional, assim como a proposta de transconstitucionalismo, com o diálogo entre cortes para fins de estabelecimento de uma racionalidade constitucional comum.

Apurou-se, nesse contexto, que as propostas analisadas para fins de construção de um direito transnacional são ainda insipientes, quando confrontadas com o modelo democrático, seja porque não há perspectivas para a criação de um organismo representativo autônomo do qual possam emanar normas efetivamente legítimas do ponto de vista da democracia, seja porque os mecanismos de cooperação existentes não conduzem à criação de um modelo que supere os limites do próprio Estado nacional, reduzindo-se, efetivamente, à troca de experiências de índole transnacional, que não têm o condão de criar um direito transnacional efetivo e autônomo. Assim, a criação e legitimação de um direito transnacional sob o ponto de vista do modelo democrático constitui o maior desafio para que o transnacionalismo político possa alcançar o transconstitucionalismo econômico que está em franca expansão.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BAUMAN, Zygmunt. **A ética é possível num mundo de consumidores?** Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CRUZ, Paulo Márcio. BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade.** Itajaí: Univali, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional:** ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional.** Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo : Fundo de Cultura, 1965. Título original: *Transnational Law*.

KOH, Harold Hongiu. **Por que o Direito Transnacional é Importante.** Faculty Scholarship Series, Paper 1793. Yale: Yale Law School, 2006.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática.** 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos da globalização. *In:* SANTOS, Boaventura de Sousa. Organizador. **A globalização e as ciências sociais.** 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

A DOMINAÇÃO ECONÔMICA FRENTE À DEMURRAGE ENTENDIDA COMO FORMA DE PILHAGEM NO ESTADO DE DIREITO BRASILEIRO

Ornella Cristine Amaya¹

James Winter²

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é fazer uma reflexão sobre o ponto de vista econômico, baseado na Obra “Pilhagem Quando o Estado de Direito é Ilegal”³, escrito por Ugo Mattei⁴ e Laura Nader⁵, de como a ausência de normas legais e regulação pertinentes ao instituto jurídico da *demurrage*⁶ ou sobreestadia de contêineres⁷ no Estado de Direito Brasileiro, podem caracterizar a forma de pilhagem⁸.

O Brasil movimentava mais de 90% (noventa por cento) de seu comércio internacional

¹ Doutoranda (Bolsista PROSUC/CAPES) e Mestre (2018) pelo Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – Univali (CAPES - Conceito 6). Possui graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali (2008). Especialização em Direito Processual Civil pela Universidade Anhangüera - UNIDERP (2011). Tem experiência na área de Direito do Consumidor, tendo atuado como Coordenadora e Diretora do Programa Municipal de Defesa do Consumidor (PROCON) de Balneário Camboriú/SC por mais de 6 anos. É Vice-Presidente da Comissão de Direito do Consumidor da OAB Subseção de Balneário Camboriú/SC. Advogada, sócia proprietária do escritório Amaya & Gazzoni Sociedade de Advogadas. E-mail: ornella.amaya@edu.univali.br

² Mestre do Programa de Mestrado Profissional em Direito de Negócios da Fundação Getúlio Vargas em São Paulo - FGV/SP (2019). Possui Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (2001). Especialização em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos - IBEJ/PR (2003). Especialização em Direito Ambiental pelo Centro de Ensino Superior de Santa Catarina – CESUSC (2006). Especialização em Direito Aquaviário e Atividade Portuária também pela UNIVALI (2010). Presidente da Comissão Estadual de Direito Marítimo e Portuário da OAB/SC (2019/2021). Sócio fundador da Macedo & Winter Advogados Associados. E-mail: james@macedowinter.adv.br

³ MATTEI, Ugo. NADER, Laura. **Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

⁴ Ugo Mattei é professor de Direito Internacional e Comparado da Universidade da Califórnia, de Hastings e da Universidade de Turim. Atua como pesquisador na Accademia Nazionale dei Lincei, em Roma, e se dedica a criação da International University College, de Turim, Instituição de Pós Graduação especificamente dedicada a reformulação crítica de alguns dogmas jurídicos e econômicos que permeiam as abordagens do capitalismo global.

⁵ Laura Nader é professora de antropologia da Universidade da Califórnia, em Berkeley, e talvez seja a maior autoridade mundial em antropologia do Direito. Realizou pesquisas de campo no Líbano, no México e nos Estados Unidos. Sua obra inovadora e pioneira sobre ideologia da harmonia e o acesso ao Direito, além do vasto número de outras publicações, fazem de Nader uma das mais interessantes vozes do cenário acadêmico atual.

⁶ A *demurrage* ou sobreestadia ocorre quando o importador ou exportador deixa de devolver ao armador a unidade de carga do navio (contêiner) dentro do prazo estabelecido de tempo livre ou free time, ocasionando o dever de pagar/indenizar financeiramente o armador até que a unidade de carga (contêiner) seja devolvida.

⁷ O contêiner é comumente designado como um cofre de carga no qual são acondicionadas as mercadorias - Octaviano Martins, Eliane Maria. Curso de direito marítimo, volume II. Barueri, SP: Manole, 2008. Pag. 343

⁸ O verbo “pilhar” (*plunder*) significa “propriedade roubada por meio de fraude ou de força”, que, em uma definição mais ampla seria “a distribuição injusta de recursos praticada pelos fortes à custa dos fracos”. MATTEI, Ugo. NADER, Laura. **Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal**. p. 17

(importação/exportação) por via marítima e não possui frota adequada de navios de longo curso, ficando as contratações de frete do transporte internacional marítimo de navios com uso de contêineres e suas consequências jurídicas com relação à *demurrage* praticamente sob o total controle das condições muitas vezes abusivas exigidas pelos transportadores, que são sempre armadores estrangeiros, os quais têm sido beneficiados economicamente pela absoluta ausência de normas legais que regulem a matéria (*demurrage*), bem como, de decisões judiciais contraditórias e no mínimo incoerentes, onde o resultado disso é o pagamento de bilhões de dólares anuais realizados pelos importadores e exportadores brasileiros as companhias de navegações internacionais (armadores) somente a título de *demurrage* (na importação), ou *detention* (na exportação), seja negocialmente, sem ação judicial ou mediante o ingresso de ações judiciais.

Assim, vislumbra-se que o Estado de Direito falha quando seu ordenamento jurídico se omite em enfrentar a matéria e deixa lacunas para decisões distorcidas sobre tema de relevante interesse nacional e econômico, criando insegurança, injustiça, abusos e exploração da parte mais fraca, ainda no caso específico da não positivação de normas legais que regulamentem com parâmetros objetivos as situações envolvendo discussões sobre a *demurrage*, faz nascer o domínio econômico dos armadores dentro do capitalismo neoliberal empresarial, visto que, considerável reserva financeira nacional segue “sem retorno” para o exterior na forma de indenização para as sedes das grandes companhias internacionais marítimas que operam na costa brasileira.

Desta forma, todos os brasileiros acabam custeando (Custo Brasil) direta ou indiretamente os valores pagos a título de *demurrage* ou sobreestadia, em relação a qualquer produto que seja importado ou nos casos de *detention* quando exportados.

Ressalta-se que o objetivo do estudo não é de forma alguma contestar a existência do instituto ou sua aplicação, pelo contrário, o mesmo é legítimo e o armador também precisa ser valorizado dentro de regras transparentes, devendo a *demurrage* de contêineres ser regulamentada para que não cause situações de extremas discrepâncias econômicas e jurídicas, justificando a caracterização da pilhagem, conforme exposto no conteúdo adiante.

1. DEMURRAGE OU SOBREESTADIA DE CONTÊINERES NO BRASIL

Nas palavras de Paulo Henrique Cremonese⁹, “em verdade, a *demurrage* ainda é uma ilustre desconhecida dos operadores do Direito em geral, uma vez que está oculta pelo biombo da especialidade maritimista. Mas, seus efeitos são sentidos, direta e indiretamente, por todos, razão pela qual é preciso mergulhar mais a fundo”.

Conforme já exposto na introdução, a *demurrage* ou sobreestadia ocorre quando o importador ou consignatário da carga deixa de devolver ao armador a unidade de carga do navio (contêiner) dentro do prazo estabelecido no tempo livre ou *free time*, o qual é estipulado no Conhecimento de Embarque (*Bill of Lading* – BL) ou em alguns casos no Termo de Responsabilidade de Devolução de Contêiner, gerando o dever de pagar/indenizar

⁹ Cremonese, Paulo Henrique. Prática de direito marítimo: o contrato de transporte marítimo e a responsabilidade civil do transportador. 3. Ed rev., atual e ampl. São Paulo: Aduaneiras, 2015. p. 243.

financeiramente o armador até que a unidade de carga (contêiner) seja devolvida, independentemente de qualquer discussão sobre possível caso fortuito, força maior ou culpa no atraso.

O foco deste trabalho não é adentrar ou discutir as causas de abusos e/ou questões ligadas à modicidade de preços, nem adentrar mais a fundo nas discussões jurídicas (Ex. Regime Jurídico: Indenização – Cláusula Penal – Multa), mas, registramos com base na experiência empírica para fins de exemplo, uma das formas recorrente por parte dos armadores de cometimento de abusos, que se caracteriza quando, na grande maioria dos casos, o importador, sequer tem conhecimento prévio das condições de *free time* ou do valor pré-fixado da diária no caso de atraso, conforme regula a Instrução Normativa nº 18/2017 (ANTAQ)¹⁰, condições que são apresentadas e exigidas pelos armadores somente na hora em que a carga chega ao destino, ocasião em que o armador exige do importador a assinatura do Termo de Responsabilidade de Devolução de Contêiner, pois sem ele assinado, não é possível fazer a liberação da carga junto ao SISCARGA¹¹, o que é fundamental para o início do desembarço aduaneiro, assim, mediante coação, o importador é obrigado a aceitar as cláusulas abusivas deste contrato de adesão, sob pena de não conseguir liberar sua carga, podendo gerar atrasos no recebimento das mercadorias e prejuízos de maior monta.

O instituto da *demurrage* nasceu da *lex marítima*, de seus costumes, enraizada no direito consuetudinário marítimo, inicialmente, aplicado a demora ou atraso da devolução da embarcação/navio, porém, com o surgimento do uso de contêineres (que é a unidade de carga que faz parte do navio) no transporte marítimo, sua aplicação foi estendida e foi acolhido em nosso país sem estar regulamentada ou positivada no direito brasileiro, o que torna fundamental ao Estado de Direito, discutir sobre sua aplicação e seus efeitos, visto que, é fato reconhecido que, nem os legisladores, a doutrina, muito menos a jurisprudência estão perto de unir entendimentos sobre seus requisitos, regime jurídico aplicável, modicidade, transparência nas regras de fixação de preços e cobranças, etc., tornando praticamente mais de 90% (noventa por cento) das decisões judiciais somente a favor dos armadores, com mínimas chances de defesa aos importadores nacionais, o que desenvolveu no Brasil um grande mercado de cobranças e indenizações referentes a *demurrage*, fazendo com que os armadores, pelo menos aqui no país, tenham mais lucro com essas cobranças do que com o próprio frete, tornando o “direito” um fruto da economia em favor de empresas estrangeiras.

Para melhor elucidação do que ora se alega com relação à interpretação da aplicação da *demurrage* nos Tribunais Superiores no Brasil, vale destacar a Ementa do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Recurso Especial nº 1.286.209-SP¹², publicado em 14/03/2016:

¹⁰ BRASIL. ANTAQ. **RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 18, DE 21 DE DEZEMBRO DE 2017**. APROVA A NORMA QUE DISPÕE SOBRE OS DIREITOS E DEVERES DOS USUÁRIOS, DOS AGENTES INTERMEDIÁRIOS E DAS EMPRESAS QUE OPERAM NAS NAVEGAÇÕES DE APOIO MARÍTIMO, APOIO PORTUÁRIO, CABOTAGEM E LONGO CURSO, E ESTABELECE INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS. Disponível em https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/1339623/do1-2017-12-26-resolucao-normativa-n-18-de-21-de-dezembro-de-2017-1339619-1339619 Acessado em 07/12/2020. Acessado em 07/12/2020.

¹¹ Para saber mais sobre o Siscomex Carga. Disponível em <https://enciclopediaaduaneira.com.br/o-siscomex-carga-haroldo-gueiros/> Acessado em 07/12/2020.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº 0579, Resp 1.286.209-sp, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Julgado em 8/3/2016, Dje 14/3/2016. **Direito Civil. Sobre-estadia (demurrage) no Caso de Apreensão de Contêiner Pela Alfândega..** Brasília: Stj.

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE SOBRE-ESTADIAS DE *CONTAINERS* (*DEMURRAGES*). NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. NATUREZA JURÍDICA. INDENIZAÇÃO. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. DESÍDIA DO DEVEDOR. LIMITAÇÃO DO DEVER INDENIZATÓRIO. *PACTA SUNT SERVANDA*.

1. É descabida a alegação de negativa de entrega de plena prestação jurisdicional se a Corte de origem examinou e decidiu, de forma motivada e suficiente, as questões que delimitaram a controvérsia.
2. As *demurrages* têm natureza jurídica de indenização, e não de cláusula penal, o que afasta a incidência do art. 412 do Código Civil.
3. Se o valor das *demurrages* atingir patamar excessivo apenas em função da desídia da parte obrigada a restituir os *containers*, dever ser privilegiado o princípio *pacta sunt servanda*, sob pena de o Poder Judiciário premiar a conduta faltosa da parte devedora.
4. Recurso especial conhecido e provido.

A decisão acima citada firmou entendimento que a *demurrage* tem natureza jurídica de indenização e não de cláusula penal, afastando completamente a incidência do art. 412 do Código Civil¹³ (o qual limita o valor de eventual cominação determinando que não pode exceder o da obrigação principal), mesmo reconhecendo que o valor das *demurrages* podem atingir patamares expressivos, o que colabora com a prática de abusos, onde em milhares de casos, o valor a ser pago de *demurrages* ultrapassa o próprio valor total das mercadorias ou do próprio contêiner mesmo que somados, fazendo com que os importadores suportem e arquem com essa “bola de neve” de cobranças sem limites.

Logo, de acordo com o exemplo acima, a inexistência de um limite ou teto para a cobrança de demurrage é suportada dentro do “Custo Brasil”, onde esse custo é repassado ao consumidor final e as reservas financeiras são direcionadas para os países sedes das grandes companhias de navegação que atuam na costa brasileira.

Para melhor demonstrar a importância, seja jurídica, quanto econômica sobre o tema, vale a pena elucidar em números uma simples comparação feita com apenas um Armador:

Com base na tabela de preços diários para sobreestadias extras do grupo Hamburg Sud, pode-se calcular, superficialmente, é verdade, qual valor se angaria, anualmente, pelo mercado marítimo. Os cálculos tomam por base todos os equipamentos como sendo de 20 pés: 8.000.000 de contêineres por 14 dias extras (21 dias de retenção – 7 dias livres incluídos no preço do frete) = Euros 3.680.000.00047 x R\$ 3,26 = R\$ 11.996.800.000,00.¹⁴

Evidencia-se, portanto, o mercado bilionário da *demurrage* ou sobreestadia no Brasil. Neste caso, resta caracterizado o uso econômico da falta de legislação ou regulação sobre o tema, em benefício de empresas estrangeiras, ou seja:

o uso do Estado de Direito no passado e no presente é discutido tanto na esfera doméstica quanto em sua dimensão internacional, e é dada a devida consideração ao declínio do papel dos Estados,

¹³ BRASIL, **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2020**. Institui o Código Civil. Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

¹⁴ Souza, Sávio José Di Giorgi Ferreira de. NVOCC, Contêiner e sobre-estadias: as sistemáticas controvérsias do multimodalismo – Lei 9.611/98. Curitiba: Instituto de Ensino e Fomento. 2014.

comparados aos grandes agentes empresariais. Quando esses agentes dominam Estados ou se unem de modo intrínseco a eles, o Direito transforma-se em produto da economia e o que outrora constituiu domínio “ocidental” converte-se em capitalismo empresarial multinacional.¹⁵

Hoje no Brasil, em nosso modelo empresarial capitalista, podemos afirmar que, com relação às discussões judiciais envolvendo *demurrage*, o direito virou um produto da economia que beneficia exageradamente e sem critérios técnicos definidos, muito mais as empresas estrangeiras do que as empresas nacionais, caracterizando a pilhagem econômica no Estado de Direito.

2. A CORRELAÇÃO DA DEMURRAGE COMO FORMA DE PILHAGEM FRENTE AO CONCEITO DA OBRA “PILHAGEM QUANDO O ESTADO DE DIREITO É ILEGAL”

Traz-se inicialmente a ideia da obra de Ugo Mattei e Laura Nader:

Este livro acompanha a evolução do papel do Direito em práticas que chamamos de pilhagem, em geral acompanhadas de violenta exploração a qual os mais fracos são submetidos por agentes políticos internacionais, em duas fases aparentemente distintas da história das relações humanas internacionais euro-americanas: o colonialismo e o atual capitalismo neoliberal empresarial.¹⁶

Dentro do capitalismo neoliberal empresarial encontram-se as relações públicas e privadas impostas hoje por um mercado global movimentado por poderosos conglomerados empresariais e financeiros, e na seara das relações internacionais e comerciais marítimas não é diferente, atuando grandes empresas armadoras, a exemplo da MSC, com sede em Genebra, na Suíça; CMA CGM, com sede em Marselha, na França; MAERSK, com sede em Copenhague, na Dinamarca; HAPAG LLOYD, com sede em Hamburgo na Alemanha; HAMBURG SUD, com sede também em Hamburgo, na Alemanha, EVERGREEN MARINA, com sede em Taoyuan, em Taiwan; NIPPON YUSEN – NYK, com sede em Tóquio, no Japão e outras que dominam o transporte marítimo internacional.

Assim, “ao longo da história euro-americana, o Direito justificou a pilhagem praticada por nações hegemônicas ou por outros agentes de grande poder”, de modo que o direito, “como hoje o concebem a Organização Mundial de Comércio (OMC) e o Fundo Monetário Internacional (FMI), as condições impostas pelo Banco Mundial, assim como a natureza etnocêntrica de numerosos discursos jurídicos, justificam a pilhagem a ponto de o próprio Direito tornar-se, paradoxalmente, ilegal.”¹⁷

O Estado de Direito estimula e justifica um modelo de intervenção e de pilhagem por parte de países ou agentes econômicos poderosos que se aproveitam da falta - o que será abordado posteriormente - e se deparam com um relativo vazio de poder¹⁸.

Outro modelo seria o da “disseminação por prestígio”, em que “o sistema jurídico receptor

¹⁵ MATTEI, Ugo. NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*. Editora WMF Martins Fontes. São Paulo – 2013. p. 10.

¹⁶ MATTEI, Ugo. NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*. Editora WMF Martins Fontes. São Paulo – 2013. p. 2.

¹⁷ MATTEI, Ugo. NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*. Editora WMF Martins Fontes. São Paulo – 2013. p. 4.

¹⁸ MATTEI, Ugo. NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*. p. 26.

– mais simples e primitivo – não tem como enfrentar com êxito as novas necessidades que lhe apresentam”¹⁹.

Neste sentido, “muito embora o sistema brasileiro seja integralmente civilista, mesmo diante da ausência de lei sobre a sobreestadia de contêiner, esta passou a ser aceita judicialmente como uma cobrança lícita”²⁰.

No caso deste estudo, consideramos que o Estado de Direito Brasileiro age em ilegalidade pela ausência de debates e da criação de legislação específica sobre o tema, bem como, pela ineficiência de regulação da matéria, em que pesem as tentativas até então não concretizadas contidas nas Emendas nº 55/2011, nº 56/2011 e nº 215/2011 do PL nº 1572/2011 (Projeto de Lei do Código Comercial) e até mesmo de regulação por parte da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, no que diz respeito a possíveis abusos cometidos pelas empresas internacionais armadoras na Costa, Portos e Terminais Privados (TUPs) brasileiros.

Em outras palavras, ainda que inexista legislação no ordenamento jurídico brasileiro, ou, no caso da Resolução da ANTAQ, não se veja efetividade, foram adotados usos e costumes do Direito Marítimo consolidando-se na *Lex Maritima*, sendo que a partir daí a sobreestadia passou a ser cobrada comercial e judicialmente e, deste modo, sua licitude “não depende unicamente de expressa previsão legal, muito embora esta seja indispensável para garantir segurança jurídica”²¹.

É clarividente que, em decorrência da falta de legislação ou precária regulação sobre o tema, o ordenamento jurídico brasileiro, seja pelo Congresso Nacional, seja pela Antaq, acabou por adotar um sistema de paradigmas, prevalecendo os entendimentos jurisprudenciais.

Ademais, outra das justificativas para prática da pilhagem, trata-se do argumento da “falta”, que aduz que “o Direito invoca esse princípio fundamental de controle – noção de falta – para justificar legalmente a pilhagem”²², ou seja, a patenteação de saberes locais coletivos como uma proteção dos direitos de propriedade e da falta de um conhecimento tradicional.

Em uma análise econômica do Direito, “essa teoria da falta é explicada como falta de eficiência ou de instituições ‘profissionais’, substituindo assim a justiça ‘natural’ (típica do antigo Direito natural, denominado pelo sistema do *civil law*) pela eficiência econômica como um novo, prestigioso e legitimador instrumento ideológico da pilhagem”²³.

Neste sentido destacamos o entendimento de Mattei e Nader:

Consideramos o Estado de Direito ilegal quando, sem legitimidade, é imposto a um Poder Legislativo impotente, ao qual falta transparência, que não realiza debates ou audiências apropriados [...] essas

¹⁹MATTEI, Ugo. NADER, Laura. **Pilhagem**: quando o Estado de Direito é ilegal. p. 33.

²⁰FÓES, Gabrielle Thamis Novak. **Demurrage de contêiner no direito ingles e brasileiro: crítica à Reforma do Código Comercial**. 1 ed. São Paulo: Aduaneiras, 2017, p. 85.

²¹FÓES, Gabrielle Thamis Novak. **Demurrage de contêiner no direito ingles e brasileiro**. p. 87.

²²MATTEI, Ugo. NADER, Laura. **Pilhagem**: quando o Estado de Direito é ilegal. p. 121.

²³MATTEI, Ugo. NADER, Laura. **Pilhagem**: quando o Estado de Direito é ilegal. p. 123.

são algumas das patologias do Estado de Direito que apresentaremos neste livro e que associamos a ideia de pilhagem como modalidade de Estado de Direito ilegal.²⁴

Hoje também, segundo alguns economistas importantes, nos países em desenvolvimento do Terceiro Mundo “faltam” sistemas institucionais minimamente necessários para a expansão de um mercado global que, como no passado, ajuda a incrementar a construção da superioridade ocidental.²⁵

Está-se diante do lado obscuro do Estado de Direito, pois, como demonstrado, a cobrança de sobreestadia no Brasil figura-se como uma “extorsão” que levou a adotar estruturas jurídicas próprias em favor dos armadores estrangeiros, favorecendo unicamente estes agentes econômicos poderosos e, conseqüentemente, seus países de origem.

Se o Brasil, país que tem mais de 7.491 km de costa e que movimenta mais de 90% (noventa por cento) de suas riquezas através do transporte internacional marítimo, controlado por empresas estrangeiras não tem até hoje uma legislação específica para tratar do assunto, resta claro que o seu Estado de Direito está falhando, bem como, se tornando ilegal, ao ponto de caracterizar a pilhagem como forma de exploração econômica de caráter capitalista privado.

Por fim, “(...) parece que o Estado de Direito, tanto o interno quanto o internacional, pode ser usado para justificar tanto a pilhagem e o abuso dos mais fracos quanto a tentativa de coibir abusos”²⁶, sendo exatamente o que ocorre com a cobrança de *demurrage* de contêiner na jurisdição brasileira: clara pilhagem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa forma, concluímos que, enquanto o regime jurídico da *demurrage* ou sobreestadia de contêineres não for devidamente regrado e positivado dentro do direito brasileiro, trazendo segurança jurídica tanto para os armadores quanto para os importadores (*demurrage*) e/ou exportadores (*detention*), estaremos sendo lesados por essa omissão do Estado de Direito.

Os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário têm relevante tarefa para vencer em relação ao regramento da *demurrage* no Brasil, pois, se o Estado de Direito se mantiver omissor, continuará a fomentar a exploração econômica das poderosas empresas armadoras estrangeiras com relação às cobranças sem limites de *demurrage*, potencializando o aumento do “Custo Brasil” (conta essa paga por todos os brasileiros), e levando para o exterior bilhões de dólares anuais sem pagamento de impostos, colaborando para o desnível de nossa balança comercial, caracterizando por si só a pilhagem nos termos da obra “Pilhagem – Quando o Estado de Direito é Ilegal”.

²⁴ MATTEI, Ugo. NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*. Editora WMF Martins Fontes. São Paulo – 2013. Pág. 6 e 7.

²⁵ MATTEI, Ugo. NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*. Editora WMF Martins Fontes. São Paulo – 2013. Pág. 7.

²⁶ MATTEI, Ugo. NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*. p. 37.

REFEÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL, **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2020**. Institui o Código Civil. Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

BRASIL. ANTAQ. **Resolução normativa nº 18, de 21 de dezembro de 2017**. Aprova a norma que dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários, dos agentes intermediários e das empresas que operam nas navegações de apoio marítimo, apoio portuário, cabotagem e longo curso, e estabelece infrações administrativas. Disponível em https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/1339623/do1-2017-12-26-resolucao-normativa-n-18-de-21-de-dezembro-de-2017-1339619-1339619 Acessado em 07/12/2020. Acesso em 07 dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº 0579, Resp 1.286.209-sp, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Julgado em 8/3/2016, Dje 14/3/2016. **Direito Civil. Sobre-estadia (demurrage) no Caso de Apreensão de Contêiner Pela Alfândega..** Brasília: Stj.

CREMONEZE, Paulo Henrique. Prática de direito marítimo: o contrato de transporte marítimo e a responsabilidade civil do transportador. 3. Ed rev., atual e ampl. São Paulo: Aduaneiras, 2015.

FÓES, Gabrielle Thamis Novak. Demurrage de contêiner no direito ingles e brasileiro: crítica à Reforma do Código Comercial. 1 ed. São Paulo: Aduaneiras, 2017.

MATTEI, Ugo. NADER, Laura. **Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

OCTAVIANO MARTINS, Eliane Maria. **Curso de direito marítimo**. Volume II. Barueri, SP: Manole, 2008.

Siscomex Carga. Disponível em <https://enciclopediaaduaneira.com.br/o-siscomex-carga-haroldo-gueiros/> Acesso em 07 dez. 2020.

SOUZA, Sávio José Di Giorgi Ferreira de. **NVOCC, Contêiner e sobre-estadias: as sistemáticas controvérsias do multimodalismo – Lei 9.611/98**. Curitiba: Instituto de Ensino e Fomento. 2014.

O COMBATE À CORRUPÇÃO, A CONFIANÇA E O TESTE DE INTEGRIDADE NAS ADMINISTRAÇÕES MUNICIPAIS

Giovani da Silva Corralo¹

Letícia Abati Zanotto²

INTRODUÇÃO

A temática da corrupção há muito assola a República brasileira. Não se trata de uma novidade, mas de uma chaga histórica que corrompe as instituições do próprio Estado Democrático de Direito. Por mais que se trate de um fenômeno complexo, que se entrelaça com o desenvolvimento histórico do Estado brasileiro, é preciso (re)pensar, permanentemente, alternativas para que o combate aos mais diversos desvios na espacialidade pública e estatal sejam eficazes e tenham resultados efetivos.

É nesse diapasão que este trabalho reflete sobre confiança, corrupção e teste de integridade na Administração Pública, especialmente em nível municipal e unicamente na instância administrativa, a perquirir se o teste de integridade pode ser um instrumento juridicamente adequado no combate à corrupção. Parte-se das regras constantes no Projeto de Lei 4.850/2016, de iniciativa popular, que tramitou no Congresso Nacional e consubstancia as dez propostas do Ministério Público Federal, como também as alterações sofridas agora constantes no PSL 27/2017, a tramitar no Senado da República. Tais propostas já alcançaram muita divulgação e notoriedade que acabaram por perder o ímpeto, seja pelas grandes alterações sofridas na Câmara dos Deputados, seja pela lentidão de trâmite no Senado. Entretanto, novas possibilidades se apresentam diante das falas do Presidente da República eleito de colocá-las na pauta política de prioridades, o que ainda não foi feito. Talvez se trate de matéria que não retorne à pauta das deliberações na atualidade, mas é possível que no futuro seja retomada.

Para tanto, discorre-se sobre a confiança e a corrupção, a analisar a relação direta entre esses dois fenômenos, demonstrável através de indicadores confiáveis e estudos de relevo. Na sequência, compreende-se a estrutura normativa do teste de integridade proposto no PL 4.850/2016, analisado na sua aplicação estritamente na instância administrativa, como também as alterações sofridas no PSL 27/2017. Por fim, analisam-se as possibilidades de aplicação do teste de integridade nas administrações públicas municipais. Também se analisa a substituição por treinamentos dos servidores públicos. A concretização do caminho proposto observa o método hipotético-dedutivo.

Em dias conturbados, nos quais a política e o direito podem ter seus limites perigosamente flexibilizados e comprometer direitos fundamentais, é crucial que as propostas de combate à

¹ Mestre e Doutor em Direito do Estado pela UFPR. Professor da Faculdade de Direito da UPF – graduação e mestrado.

² Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Bolsista UPF. E-mail: 152562@upf.br.

corrupção sejam devidamente estudadas, a assegurar que a cura de um grande mal não se dará com o surgimento de outros.

1. CONFIANÇA E CORRUPÇÃO: UM DIÁLOGO IMPRESCINDÍVEL

É lugar-comum afirmar que a corrupção é um fenômeno universal. Sua existência tem registro em diversas épocas, sistemas jurídico-políticos e em diferentes níveis de desenvolvimento econômico³. Porém, mesmo que onipresente, não é a mesma em todo lugar, pois contém variações em sua natureza, com raízes e implicações distintas⁴.

Embora as práticas ilegais e/ou antiéticas geradoras da corrupção sejam igualmente registradas na esfera privada, foi na administração pública que as patologias corruptivas se depararam com um espaço favorável à sua disseminação⁵.

Como a dificuldade reiterada na pesquisa do tema se tem a delimitação da abrangência de ações abarcadas pelo termo corrupção⁶. Foi tomada como definição referência aquela adotada pela ONG Transparency International, que a trata como o “abuso de poder confiado para ganho privado”⁷, além de classificá-la em grand, petty e political de acordo com o setor envolvido.

Já a concepção utilizada por Jain⁸ revela que a “corrupção é um ato em que o poder público é usado para ganho pessoal de maneira a contrariar a regras do jogo”, indicando que a quebra ou ruptura do vínculo (permeado pela confiança) resultantes da prática de corrupção são dadas como o “ato de desvirtuamento ou de degradamento de uma regra socialmente ativa”⁹ que dita os parâmetros da honestidade de uma sociedade.

A abertura para a prática e perpetuação de atos desta natureza de acordo com Aidt¹⁰ necessita que existam no mínimo três variáveis:

1. Poder discricionário: o agente público deve possuir a autoridade para designer ou administrar regulamentos e políticas de maneira discricionária.
2. Rendas econômicas: o poder discricionário deve permitir a extração de rendas

³ GORCZEWSKI, Clovis; MARTIN, Nuria Belloso. **A necessária revisão do conceito de cidadania**: movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011. p. 88.

⁴ JOHNSTON, Michael. **First, do not harm- then, build trust**: anti-corruption strategies in fragile situations. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/9046>. Acesso em: 23 jan. 2018.p.7.

⁵ SCHMIDT, Ramônia; FRAGA, Juliano Machado. A institucionalização da burocracia no serviço público enquanto facilitadora do agir corruptivo. In: LEAL, Roberto Gesta (org.). **Patologias corruptivas**: as múltiplas faces da hidra. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2015. p.128.

⁶ RITT, Caroline Fockink; HUBNER, Bruna Henrique. Os crimes na lei de licitações: principais aspectos legais e jurisprudenciais. In: LEAL, Roberto Gesta (org.). **Patologias corruptivas**: as múltiplas faces da hidra. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2015. p.107.

⁷ TRANSPARENCY INTERNACIONAL. **How we define corruption?** Disponível em: <https://www.transparency.org/what-is-corruption#define>. Acesso em: 5 mar. 2018. Tradução nossa.

⁸ JAIN, Arvind K. Corruption: a review. **Journal of Economic Surveys**, vol. 15, n.1, p.71-121, 2001.p. 73. Tradução nossa.

⁹ RITT, Caroline Fockink; HUBNER, Bruna Henrique. Os crimes na lei de licitações: principais aspectos legais e jurisprudenciais. p.109.

¹⁰ AIDT, Toke S. Economic analysis of corruption: a survey. **The economic Journal**, vol. 113, n. 491, p. F632- F652, nov. 2003. p. F633. Tradução nossa.

(existentes) ou criação de rendas que podem ser extraídas.

3. Instituições fracas: os incentivos incorporados em instituições políticas, administrativas e legais devem ser tais que os agentes são deixados com um incentivo para explorar o seu poder discricionário para extrair ou criar rendas.

Ao considerar os parâmetros apresentados, pode-se interpretar o funcionamento da estrutura que possibilita o fenômeno da corrupção. De acordo com o descrito por Filgueiras¹¹:

A corrupção é explicada por uma teoria da ação informada pelo cálculo que agentes racionais fazem dos custos e dos benefícios de burlar uma regra institucional do sistema político, tendo em vista uma natural busca por vantagens. Basicamente, a configuração institucional define sistemas de incentivos que permitem aos atores acumularem utilidade.

Com a globalização, a corrupção tornou-se tema central de debates mundiais e esforços internacionais que visam a sua apuração, combate e prevenção. Grande contribuição para a avaliação do panorama global são os índices que buscam mensurar a corrupção presente nos países, ao servirem de alerta e base para tomada de ações. Delimita-se aqui a análise aos dados correspondentes ao Brasil e aos países Escandinavos.

Os denominados países Escandinavos, diferentemente do Brasil, ocupam os primeiros lugares quando se trata da comparação entre países onde residem os mais baixos níveis de corrupção, posições sustentadas reiteradamente em avaliações que buscam monitorar globalmente a sua manifestação. As informações obtidas por meio do posicionamento dos países, além de servirem como amostra da situação e/ou sucesso de eventuais ações de combate realizadas, acabam por influenciar outras pesquisas e setores do país¹². Abaixo¹³, classificação registrada pelo Brasil e parte dos países escandinavos:

¹¹ FILGUEIRAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. **Opinião Pública**, vol. 15, n.2, p.386-421, nov. 2009. p. 396.

¹² Como, por exemplo, a economia e a confiança nas empresas no Brasil para a realização de investimentos e/ou transações o que interferir diretamente no Produto Interno Bruto (países com menos corrupção tendem a ter um PIB maior). BELITSKI, M.; CHOWDHURY, F.; DESAI, S. Taxes, corruption, and entry. **Small Business Economics**, New York, vol. 46, n.4, p.1-19, abr. 2016. p.11.

¹³ Tabela confeccionada pelos autores com base nos dados das instituições informadas.

	CPI			WGI			RLI		
	Ranking ¹⁴			Porcentagem ¹⁵			Global ranking/score ¹⁶		
	016	017	015	014	015	016	015	016	2017-2018
Brasil	9	6	6	7	3	8	5/0.46	6/0.45	63/0.46
Dinamarca				00	8	9	1/0.96	1/0.96	1/0.95
Noruega				9	9	8	2/0.93	3/0.92	2/0.93
Suécia				8	9	9	4/0.91	5/0.91	4/0.91

A corrupção, por natureza, é um elemento de difícil mensuração. A dificuldade consiste na ausência de estatísticas em larga escala realmente objetivas disponíveis,¹⁷ porque a corrupção geralmente é encoberta. Desta forma, e aqui reside a grande crítica às estatísticas, é necessária a utilização de dados baseados na percepção da corrupção pela população.¹⁸

Outro fator que possui a liderança dos países escandinavos é a confiança. Seus dados provêm igualmente de sua percepção pela sociedade. A pesquisa é realizada pela *World Values Survey* e consiste em um questionário que abrange, dentre outras coisas, a confiança em vários grupos e perspectivas. Este trabalho restringe-se à indagação de uma pergunta em particular: “de modo geral, o(a) Sr(a). diria que pode confiar na maioria das pessoas ou precisa ser muito cuidadoso com elas?”.

O Brasil, nas duas últimas edições em que foi incluído¹⁹ (*Wave 5* e *Wave 6*), demonstrou que apenas 9,2% e 7,1% dos entrevistados acredita que se pode confiar na maioria das pessoas. Já países como a Noruega, Suécia, Dinamarca e Finlândia ocupam os 4 primeiros lugares quando considerada a média das porcentagens obtidas durante as 5 primeiras avaliações realizadas.²⁰ A última avaliação a que cada um foi submetido teve como resultado: Dinamarca 76,1% (*Wave 4* EVS), Noruega 73,7% (*Wave 5*), Suécia 60,1% (*Wave 6*) e Finlândia 58% (*Wave 5*)²¹.

¹⁴ Colocação dos países dentre todos os participantes da avaliação. TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Corruption Perception Index**. Disponível em: <https://www.transparency.org/>. Acesso em: 15 jan. 2018.

¹⁵ Porcentagem correspondente ao controle da corrupção em cada país. WORLD BANK. **Worldwide Governance Indicators**. Disponível em: <http://info.worldbank.org/governance/wgi/#home>. Acesso em: 13 jan. 2018

¹⁶ Classificação global/ pontuação no item ausência de corrupção que vai de 0 (maior presença) a 1 (menor presença). WORLD JUSTICE PROJECT. **Rule of Law Index**. Disponível em: <http://data.worldjusticeproject.org/>. Acesso em: 5 fev. 2018.

¹⁷ TVERDOVA, Yuliya V. See no evil: heterogeneity in public perceptions of corruption. **Canadian Journal of Politic Science**. Vol. 44. p. 1-25, mar. 2011. p. 2.

¹⁸ SERRITZLEW, S.; SØNDERSKOV, K. M.; SVENDSEN G. T. Do Corruption and Social Trust Affect Economic Growth? A Review. **Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice**, vol.16, n. 2, p.121-139, dec. 2012. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/13876988.2012.741442> . Acesso em: 22 ago. 2017. p. 125.

¹⁹ A *World Values Survey* trabalha com as chamadas “ondas” de pesquisas, em cada uma são incluídos um número limitado de países para a apuração de dados estatísticos.

²⁰ SVENDSEN, G. L. H.; SVENDSEN, G. T. The Puzzle of the Scandinavian welfare state and social trust. **Issues in Social Science**, vol. 3, n.3, p. 61-70, nov. 2015.

²¹ WORLD VALUES SURVEYS. **Online Data Analysis**. Disponível em: <http://www.worldvaluessurvey.org/WVOnline.jsp>. Acesso em: 23 jan.

Ao explorar singularmente os dados apurados por meio deste questionamento, contabiliza-se a confiança social existente nesses países. Esta difere da confiança específica que é depositada em familiares, amigos e vizinhos, pois aqui a confiança é dilatada para que se permita a inclusão de pessoas estranhas ao indivíduo. Svendsen relata que “a confiança social reflete uma percepção positiva dos outros em geral. É a crença de que as pessoas com quem alguém interagir irão se comportar descentemente”.²²

Mas por que considerar a confiança social é relevante? A resposta está em sua ligação com questões sociais como o crescimento econômico e a baixa corrupção em um país. De acordo com Serritzlew, Sønderskov e Svendsen, “sociedades com cidadãos altamente confiantes têm assim cidadãos mais felizes, uma democracia mais vibrante, e talvez, [...] um governo mais eficiente, menos corrupção e taxas altas de crescimento econômico”²³.

Se a crítica à mensuração cabia a ambos, corrupção e confiança, somente um pode ser efetivamente submetido à regulação. Recuperar a quebra de confiança, proporcionada por ações corruptas não é ato simples, muito menos tem resultado imediato. Já a corrupção permite, de forma efetiva, seu combate ativo por intermédio de leis, campanhas e programas governamentais, não obstante se saiba que a cultura administrativa também requer tempo para mudanças.

A corrupção é comumente associada com a desonestidade e não confiabilidade em membros da administração. Graeff e Svendsen indicam que as “leis são tão boas quanto as instituições que as aplicam”²⁴, assim, o cenário ideal é constituído da responsabilização determinada pelo Estado quando do cometimento do ato ilícito, não a possibilidade de conluio com autoridades. Se ambas as partes possuírem consciência de que não há benefícios em infringir a lei, os agentes tendem a ajustar a sua conduta gerando maior confiança, uma vez aprendido que o proveito é mútuo ao agir desta forma.

É com essa mentalidade que o Ministério Público Federal em razão dos níveis de corrupção registrados pelo Brasil e, com o intuito de avaliar a confiabilidade dos servidores públicos no exercício de suas funções, elaborou a campanha 10 Medidas Contra a Corrupção, onde lançou proposta legislativa que será analisada em seguida, o teste de integridade.

2. TESTE DE INTEGRIDADE COMO PROPOSTA DE COMBATE À CORRUPÇÃO

O teste de integridade estava previsto no projeto de lei 4.850/2016, conhecido também como as dez medidas de combate à corrupção, elaboradas pelo Ministério Público Federal, com o apoio de entidades da sociedade civil, com mais de dois milhões de assinaturas. O projeto de lei em comento foi encaminhado pela Frente Parlamentar Mista de Combate à Corrupção, não obstante se trate de lei de iniciativa popular, o que já foi alvo de retificação.

Uma das propostas do texto original é o denominado teste de integridade dos agentes

²²SVENDSEN, Gert Tinggaard. **Trust**. Denmark: Aarhus Universitet, 2014. p.15. Tradução nossa.

²³SERRITZLEW, S.; SØNDERSKOV, K. M.; SVENDSEN G. T. Do Corruption and Social Trust Affect Economic Growth? A Review. p. 129. Tradução nossa.

²⁴GRAEFF, Peter; SVENDSEN, Gert Tinggaard. Trust and corruption: the influence of positive and negative social capital on the economic development in the European union. **Quality & Quantity**, vol. 47, p. 2829-2846, ago. 2013. p.2833. Tradução nossa.

públicos²⁵ (art. 48 a 58), aleatórios ou dirigidos, com a possibilidade de uso do resultado para fins disciplinares e para a instrução de ações cíveis – improbidade – e criminais. Nesta pesquisa o foco é a possibilidade de uso para fins disciplinares, unicamente, até mesmo porque o substitutivo vedou a possibilidade da utilização do teste de integridade como prova em processos cíveis e criminais. Não obstante o texto do PSL 27/2017 não preveja a possibilidade do teste de integridade, excluído na tramitação no Congresso Nacional, se analisará a sua viabilidade jurídica, até mesmo porque é viável o seu retorno à pauta política.

O teste de integridade estava definido como a “simulação de situações sem o conhecimento do agente público, com o objetivo de testar sua conduta moral e predisposição para cometer ilícitos contra a Administração Pública”,²⁶ realizados por órgão de fiscalização e controle. Os testes podem ser gravados por áudio e vídeo, respeitando-se o direito fundamental à intimidade. Se requer a ciência prévia ao Ministério Público, sigilosamente, com dados pormenorizados do teste a ser feito e a escolha dos agentes, permitindo-se ao *parquet* fazer recomendações. Os testes são pautados pelo sigilo, a permitir, somente, a divulgação estatística do montante global realizado anualmente. Todos os documentos devem ser guardados pelo prazo de 5 (cinco) anos, possibilitando-se o acesso ao Ministério Público.

O Ministério Público e os órgãos policiais também poderão realizar os testes de integridade, com autorização judicial, conexos à investigação criminal ou à prática de improbidade administrativa. A fonte de informação que der azo à investigação deve ser preservada.

Os órgãos de fiscalização e controle também devem fazer treinamentos anuais para a adoção de procedimento padrão diante de situações que possam configurar ilicitudes, com a participação de todos os agentes públicos a cada de 5 (cinco) anos (art. 64). Ademais, prevê a elaboração de um código de conduta, com os comportamentos requeridos dos agentes públicos nas mais diversas situações.

São esses os contornos previstos para o teste de integridade, não assemelhando-se ao flagrante preparado, até mesmo porque o STF editou a súmula 145 a prescrever a inexistência de crime quando a preparação do flagrante impossibilita a sua consumação.²⁷ Como o foco desse estudo é o regime administrativo-disciplinar, tais questões, afetas ao processo penal, não entrarão nas reflexões.

²⁵ Art. 48 a 58 do projeto original e 7º a 13 do substituto na Câmara dos Deputados. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 4850/2016**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1448689&filename=PL+3855/2019+%28N%C2%BA+Anterior:+PL+4850/2016%29. Acesso em 15 mai. 2019.; CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Substitutivo adotado pela comissão especial ao projeto de lei no 4.850, de 2016**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1510447&filename=SBT-A+1+PL485016+%3D%3E+PL+3855/2019+%28N%C2%BA+Anterior:+PL+4850/2016%29. Acesso em: 10 dez. 2019.

²⁶ Art. 50 do projeto de lei 4.850/2016, versão original, e 9º do substitutivo. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 4850/2016**; CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Substitutivo adotado pela comissão especial ao projeto de lei no 4.850, de 2016**.

²⁷ Supremo Tribunal Federal, súmula 145: “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula 145**. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula145/false>. Acesso em: 10 dez. 2019.

3. O TESTE DE INTEGRIDADE PERANTE O REGIME JURÍDICO DE DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO E NAS ADMINISTRAÇÕES MUNICIPAIS

Por mais que exista uma proximidade principiológica do processo penal com o direito administrativo sancionador, especialmente com base nos princípios do devido processo legal e da proporcionalidade, tratam-se de esferas autônomas do direito e de responsabilização do agente público. Da mesma forma que há um estudo específico nas academias jurídicas para cada uma dessas áreas do direito, pode o agente público ser responsabilizado por um mesmo fato nas instâncias administrativa, civil e criminal.

Para a instância administrativa, releva-se o dever-poder disciplinar, que tem por foco pessoas que possuam um vínculo específico com a administração pública, como é o caso dos servidores públicos. Com exceção dos empregos públicos – cada vez menos presente sem razão da decisão do Supremo Tribunal Federal de 2007 que trouxe novamente à tona a vigência do regime jurídico único – o vínculo predominante dos servidores públicos com a administração se dá com um estatuto específico, chamado de estatuto dos servidores públicos.

Como o Brasil é uma Federação, cada pessoa política desfruta de um *pool* de autonomias que permite a cada ente elaborar o seu respectivo estatuto. Por mais que existam princípios informadores do regime jurídico de direito administrativo, decantados expressamente ou implicitamente da ordem constitucional, de observância obrigatório para todos, como também de regras de repetição compulsória, há diferenças regráticas oriundas do exercício dessa autonomia.

Os municípios, entes integrantes do pacto federativo, desfrutam de uma autonomia política, auto-organizatória, legislativa, administrativa e financeira. A autonomia auto-organizatória diz respeito à elaboração da Lei Orgânica Municipal, a mais importante elaboração legislativa local, que se encontra no ápice do sistema normativo enquanto condição de validade das demais espécies legislativas. A autonomia política denota a escolha, pelos cidadãos locais, dos seus governantes: prefeito, vice-prefeito e vereadores. Abrange, também, a possibilidade de cassação dos seus mandatos nos casos previstos na legislação, pela Câmara de Vereadores. A autonomia legislativa conduz à elaboração das espécies legislativas previstas no art. 59 da Constituição, em âmbito local, a constituir um complexo sistema normativo com fulcro nas emendas à Lei Orgânica, leis complementares, leis ordinárias, medidas provisórias, leis delegadas, resoluções e decretos legislativos. A autonomia administrativa refere-se à organização e funcionalidade das atividades administrativas (serviços públicos, polícia administrativa, fomento, intervenção indireta e direta), tanto numa perspectiva objetiva quanto subjetiva. Por fim, a autonomia financeira está cimentada na instituição, arrecadação e aplicação dos tributos locais, bem como na autônoma aplicação, nos termos da legislação orçamentária, das transferências constitucionais.²⁸

Assim, no gozo da autonomia auto-organizatória, administrativa e legislativa é que os entes municipais podem elaborar os estatutos dos seus servidores públicos, com a imposição de direitos e deveres, passível de mutação e de cumprimento compulsório. Não há garantia de imutabilidade

²⁸ CORRALO, Giovani da Silva. **Município: autonomia na Federação**. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2014; CORRALO, Giovani da Silva. **Curso de Direito Municipal**. São Paulo: Atlas, 2011.

desse vínculo, não obstante se resguarde, obviamente, em consonância à necessária segurança jurídica, institutos como o direito adquirido, a vedação de comportamento contraditório pela administração e a mudança de entendimento com efeitos retroativos.

O dever-poder disciplinar denota o dever de a administração pública apurar e aplicar as devidas sanções àqueles que cometerem as infrações previstas no vínculo específico, para o qual se sobressaem alguns princípios, como o devido processo legal, a igualdade, a proporcionalidade, a motivação e a impessoalidade, dentre outros.

Questionamentos exsurtem diante da previsão do teste de integridade no PL 4.850/2016. Primeiro, quanto a sua aplicação para todos os entes que integram a federação. Segundo, quanto à necessidade de controle prévio pelo Ministério Público.

Como fazer do teste de integridade uma opção à administração pública de todos os entes que integram a Federação brasileira sem que esses incorporem o referido teste nas suas ordens jurídicas, ou seja, somente por lei nacional? Seria o mesmo que ignorar a autonomia legislativa e administrativa das pessoas políticas que integram o pacto federativo nacional, uma vez que não é possível adentrar nas competências que a ordem constitucional impõe aos entes que integram o pacto federativo, dentre os quais a organização e funcionalidade da máquina administrativa, o que inclui o regime jurídico dos seus servidores e o exercício do poder disciplinar.

Ademais, a necessidade de controle prévio pelo Ministério Público poderia desconsiderar a autonomia que os poderes possuem, autonomia essa garantida pela Constituição Federal. Assim, não parece crível ou viável requerer a aquiescência prévia do *parquet* para o uso do teste de integridade na espacialidade administrativa.

Pensar no uso do teste de integridade para a persecução criminal, o que não é objeto dessa pesquisa, e sobre o qual não se concorda, até poderia conduzir a uma uniformização em nível nacional e ao controle respectivo. Mas não para a instância administrativa.

Por essas razões, o avanço do PL 4.750/2016, nos termos em que se encontra quanto ao teste de integridade, tende a ferir a autonomia das pessoas políticas e dos poderes constituídos.

Não parece ter como repercutir o sigilo dos testes de integridade – previstos no PL 4.850/2016, pois o sigilo de informações públicas somente pode ocorrer quando puder colocar em risco a segurança do Estado ou da sociedade²⁹ ou quando ferir direito fundamental, como é o caso do direito de personalidade à privacidade. Desta forma, não há como não possibilitar que servidores tenham acesso a testes de integridade a que tenham sido submetidos. Também podem os órgãos de controle – Tribunais de Contas, Ministério Público – ter acesso, em razão das suas competências constitucionais. Pode-se, isso sim, vetar o acesso a informações dos testes de integridade às pessoas que não tenham interesse com o teste realizado, em proteção aos direitos de personalidade.

Também é preciso observar a precária capacidade de governo de grande parte dos municípios brasileiros, tanto que aproximadamente 50% dos entes locais possuem menos de 10.000 habitantes. Significa afirmar uma dificuldade administrativa considerável para realizar os

²⁹ Constituição Federal, Art. 5º, XXXIII. BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 nov. 2019

testes de integridade de forma a possibilitar os procedimentos necessários para a sua realização com eficiência e eficácia, como é o caso da preservação daqueles que serão testados, pois o conhecimento prévio do teste já afasta a sua eficácia mínima.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A corrupção é temática historicamente presente no cenário político nacional, o que por si já remete à necessidade de se estudar instrumentos que possam melhorar o controle da administração pública. A corrupção se consubstancia em comportamentos que deterioram as relações sociais, pois destoa das regras éticas vigentes, além de ter o objetivo de obter ganhos pessoais, o que ganha mais realce quando se tem por base a administração pública e a espacialidade estatal.

Vários indicadores existem para a mensuração da corrupção que categoriza os países, feitos por organizações como a *Transparency International*, o *World Bank* e o *World Justice Project*. Em todos esses indicadores os países nórdicos despontam positivamente, ou seja, com os melhores resultados. Como a corrupção é um fenômeno que também se encobre, é necessário mensurar a opinião das pessoas sobre esse fenômeno malévolo. Para tanto, utilizam-se os estudos da *World Values Survey* que mede a confiança das pessoas em sociedade, observando-se que os mesmos países que despontam com os menores índices de corrupção apresentam os melhores índices de confiança social.

Tais elementos se entrelaçam, o que não comporta sobressalto, já que relações sociais de confiança denotam uma postura ética capaz de embasar tais relações. Enquanto o Brasil, país com elevado índice de corrupção, aparece com índice inferior a 10% de confiança entre as pessoas, os países nórdicos, tradicionalmente reconhecidos como países com os mais baixos índices de corrupção no mundo, esbanjam mais de 60% de confiança. A confiança também está diretamente relacionada ao desenvolvimento econômico e à democracia, dentre outras virtuosidades.

Por mais que a busca de consolidação da confiança em relações sociais tão instáveis e erráticas quanto às existentes em solo brasileiro seja uma tarefa complexa que envolve mais do que a Ciência Jurídica e que também tem por foco uma postura ética mínima, é preciso pensar alternativas para a consolidação de instrumentos que fortaleçam o Estado Democrático de Direito, combatam às práticas corruptivas e remetam à confiança nas relações humanas.

É com este ímpeto que o Ministério Público Federal protagonizou o documento conhecido como as dez medidas de combate à corrupção, consignadas no Projeto de Lei 4.850/2016, em trâmite no Congresso Nacional. Dentre as dez medidas se encontra o teste de integridade, instrumento a ser utilizado com o objetivo de aferir a conduta ética de servidores públicos e a sua predisposição para o cometimento de ilicitudes. Pelo projeto citado, os testes nada mais são do que simulações sem o conhecimento do servidor público a fim de testar a sua conduta e a sua predisposição para o cometimento de ilicitudes. Devem ser realizados pelos órgãos de controle, sob a fiscalização do Ministério Público, sigilosamente, permitindo-as a gravação. Além da instituição de códigos de condutas, os servidores devem ser permanentemente treinados a fim de padronizar comportamento diante de ilicitudes.

Não obstante o teste de integridade permeie a espacialidade penal, é foco desse trabalho considerar a sua viabilidade na espacialidade administrativa, unicamente, com foco às municipalidades. Para tanto, por mais que o projeto de lei em comente busque instituir o teste de integridade em nível nacional, dependerá da sua absorção nas legislações estaduais e municipais para que possam ser aplicados nessas instâncias. Isso porque o Brasil é uma Federação que não pode deixar de observar a autonomia dos entes partícipes do pacto federativo. Assim, sem que um determinado município institua o teste de integridade na sua legislação, não há viabilidade de uso desse instrumento. Além disso, não é factível o controle prévio do Ministério Público, que pode realizá-lo posteriormente, sob pena de ferir a independência entre os poderes constituídos.

Para que o teste de integridade possa conduzir a alguma sanção é preciso que a falta disciplinar tipificada na legislação administrativa seja consumada. Os princípios informadores do regime jurídico de direito administrativo devem ser observados, o que remete à existência de uma racionalidade subjacente ao teste de integridade em cada pessoa política, além de requerer uma capacidade de governo mínima para a sua concretização. Ao mesmo tempo em que é preciso resguardar o sigilo dos testes antes da sua aplicação, pois não há como não possibilitar o acesso aos documentos respectivos ao servidor público que o realizou.

Nos termos exarados no corpo do trabalho e nessas considerações finais é que se afirma impossibilidade de aplicação do teste de integridade para as pessoas políticas sem que estas o absorvam na sua ordem jurídica, a ressaltar a racionalidade administrativa subjacente à realização do teste, a proporcionalidade da sanção, a consumação da falta funcional para a sua aplicação, o acesso à informação do agente que realizou o teste, além do cumprimento dos princípios informadores do regime jurídico de direito administrativo, por elementar. Também a dificuldade do acompanhamento do *parquet*. À guisa de reflexões iniciais são as considerações desta pesquisa.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AIDT, Toke S. Economic analysis of corruption: a survey. **The economic Journal**, vol. 113, n. 491, p. F632- F652, nov. 2003. p. F633.

BELITSKI, M.; CHOWDHURY, F.; DESAI, S. Taxes, corruption, and entry. **Small Business Economics**, New York, vol. 46, n.4, p.1-19, abr. 2016.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 nov. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 4850/2016**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1448689&filename=PL+3855/2019+%28N%C2%BA+Anterior:+PL+4850/2016%29. Acesso em 15 mai. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Substitutivo adotado pela comissão especial ao projeto de lei no 4.850, de 2016**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1510447&filename=SBT-A+1+PL485016+%3D%3E+PL+3855/2019+%28N%C2%BA+Anterior:+PL+4850/2016%29.

Acesso em: 10 dez. 2019.

CORRALO, Giovani da Silva. **Curso de Direito Municipal**. São Paulo: Atlas, 2011.

CORRALO, Giovani da Silva. **Município: autonomia na Federação**. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2014;

FILGUEIRAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. **Opinião Pública**, vol. 15, n.2, p.386-421, nov. 2009. p. 396.

GORCZEWSKI, Clovis; MARTIN, Nuria Belloso. **A necessária revisão do conceito de cidadania: movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011

GRAEFF, Peter; SVENDSEN, Gert Tingaard. Trust and corruption: the influence of positive and negative social capital on the economic development in the European union. **Quality & Quantity**, vol. 47, p. 2829-2846, ago. 2013.

JAIN, Arvind K. Corruption: a review. **Journal of Economic Surveys**, vol. 15, n.1, P.71-121, 2001.

JOHNSTON, Michael. **First, do not harm- then, build trust**: anti-corruption strategies in fragile situations. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/9046>. Acesso em: 23 jan. 2018.

RITT, Caroline Fockink; HUBNER, Bruna Henrique. Os crimes na lei de licitações: principais aspectos legais e jurisprudenciais. In: LEAL, Roberto Gesta (org.). **Patologias corruptivas: as múltiplas faces da hidra**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2015.

SCHMIDT, Ramônia; FRAGA, Juliano Machado. A institucionalização da burocracia no serviço público enquanto facilitadora do agir corruptivo. In: LEAL, Roberto Gesta (org.). **Patologias corruptivas: as múltiplas faces da hidra**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2015.

SERRITZLEW, S.; SØNDERSKOV, K. M.; SVENDSEN G. T. Do Corruption and Social Trust Affect Economic Growth? A Review. **Journal. Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice**, vol.16, n. 2, p.121-139, dec. 2012. Disponível em:<http://dx.doi.org/10.1080/13876988.2012.741442> . Acesso em: 22 ago. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula 145**. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula145/false>. Acesso em: 10 dez. 2019

SVENDSEN, Gert Tingaard. **Trust**. Denmark: Aarhus Universitet, 2014.

SVENDSEN, G. L. H.; SVENDSEN, G. T. The Puzzle of the Scandinavian welfare state and social trust. **Issues in Social Science**, vol. 3, n.3, p. 61-70, nov. 2015.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Corruption Perception Index.** Disponível em: <https://www.transparency.org/>. Acesso em: 15 jan. 2018.

TRANSPARENCY INTERNACIONAL. **How we define corruption?** Disponível em: <https://www.transparency.org/what-is-corruption#define>. Acesso em: 5 mar. 2018.

TVERDOVA, Yuliya V. See no evil: heterogeneity in public perceptions of corruption. **Canadian Journal of Politic Science**. Vol. 44. p. 1-25, mar. 2011.

WORLD BANK. **Worldwide Governance Indicators.** Disponível em: <http://info.worldbank.org/governance/wgi/#home>. Acesso em: 13 jan. 2018

WORLD JUSTICE PROJECT. **Rule of Law Index.** Disponível em: <http://data.worldjusticeproject.org/>. Acesso em: 5 fev. 2018.

WORLD VALUES SURVEYS. **Online data analysis.** Disponível em: <http://www.worldvaluessurvey.org/WVSONline.jsp>. Acesso em: 23 jan.

SEÇÃO II - RELATOS

SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS - O REGIME DE “CORTE” EM PORTUGAL

Mário Frota

DIREITO DO CONSUMO - Coimbra

Vedado o corte-surpresa

Como algo de fundamental

É que há que conferir nobreza

Ao serviço essencial

DA SUSPENSÃO DOS SERVIÇOS ESSENCIAIS EM GERAL

A REGRA

1. A PROIBIÇÃO DA SUSPENSÃO E OU DA INTERRUPÇÃO DO FORNECIMENTO SEM JUSTA CAUSA

O *princípio da protecção dos interesses económicos* do consumidor, postula, por um lado, e de modo expresse, a *não suspensão* ou *interrupção* do funcionamento de qualquer serviço essencial *sem pré-aviso adequado e fundamentado* mediante a outorga de condições que garantam o pleno exercício do direito de defesa.

Não tem sido sustentada, ao que se julga saber, a questão da insusceptibilidade da suspensão de fornecimento por não pagamento do consumidor. Ao invés do que ocorre, por exemplo, no Brasil, com modelações distintas e distintos fundamentos.

Ou, no que tange á água e ao saneamento, direitos humanos, e à electricidade, em dado lapso temporal, em França.

Não se pode ignorar os malefícios decorrentes da suspensão de um serviço com as características dos que se enquadram na categoria dos que neste passo se versam.

Afigura-se-nos, porém, de há muito, que a hipótese é de suscitar-se.

Ponto é saber como agir, tratando-se de devedor relapso e contumaz.

É indispensável que o fornecedor disponha de meios expeditos para execução da dívida.

E, como os *proventos de profissão, arte ou ofício são parcialmente penhoráveis, em geral na Europa*, há que reconduzir a solução do problema à penhora do salário, ordenado ou vencimento de modo célere, por forma a não causar obviamente problemas de tesouraria ao fornecedor.

Sem que, mesmo nas circunstâncias a que se alude, o “*audiatur et altera pars*” se deixe de facultar como inalienável direito do consumidor, constitucionalmente consagrado, como se tem

por elementar.

Já que, não raro, as empresas exigem montantes que não são devidos, particularmente nas situações em que a facturação não decorre de consumos realmente apurados, antes de meras estimativas que nem sequer têm, quantas vezes, por base um qualquer histórico do consumidor. E, quantas vezes, fora de prazo...

E o facto é que se suspende o fornecimento a quem não é devedor, e sim credor, se houver um apuramento rigoroso de consumos e seus valores e um encontro de contas à exaustão.

Longe vão os tempos em que a suspensão do fornecimento era determinada de **caso pensado** - e em exploração manifesta e visceral da **má-fé** -, ao fim de semana, em altura em que, a ser esse o caso, se não poderia regularizar as facturas em débito e em que nem sequer havia piquete funcional (um serviço permanente que assegurasse a continuidade do abastecimento e a sua fiabilidade) para a reposição tempestiva dos fluxos de fornecimento.

No caso da água e do gás as perturbações eram evidentes.

Na energia eléctrica, para quem ousasse sair de casa antes da consumação do acto, é de imaginar o que sucederia aos géneros arrecadados nas arcas congeladoras e nos prejuízos daí decorrentes, para além do cheiro nauseabundo dos produtos em putrefacção, após umas horas de descongelação. Por vezes, os prejuízos atingem no seu cerne os próprios electrodomésticos.

No caso das telecomunicações (as comunicações electrónicas), era a privação do acesso ao mundo através do serviço fixo do telefone, como do serviço móvel, mais tarde disponível. Em particular dos serviços de socorro e de segurança.

O facto é que países, **onde a inteligência refulge**, adoptaram formas menos drásticas de exclusão (o consumidor não poderia fazer determinadas chamadas, a não ser para números de urgência e outros, mas poderia receber sempre as chamadas de outrem). Em contraposição com países como Portugal em que a suspensão era bilateral e integral.

O que interditava o acesso dos mais aos telefones cujo serviço havia sido suspenso.

Com prejuízo naturalmente da própria empresa que não facturaria - porque de monopólio natural se tratava - os impulsos de quem pretendesse aceder ao posto com inibição do acesso à rede.

E, para além do mais, em razão da essencialidade do serviço, haveria sempre a hipótese de comunicar com um parente próximo cujo nome se declinaria no momento da celebração do contrato, com o número nacional de emergência, a saber, com acesso aos serviços de saúde, aos serviços de segurança e aos de defesa civil (corpo de bombeiros), para além dos serviços culturais (as bibliotecas públicas com distribuição domiciliária de obras), tanto mais que a cultura para determinados povos é bem, interesse ou valor fundamental. Algo que obviamente escapa a países onde a iliteracia (o iletrismo) cava profundos sulcos, como é flagrantemente o caso de Portugal, tantos anos volvidos após os alvares de um regime de liberdades.

2. A PROIBIÇÃO DOS "CORTES"-SURPRESA

De molde a obviar aos “cortes surpresa”, o legislador aparelhou - em decorrência do n.º 8

do artigo da LDC - Lei de Defesa do Consumidor -, na Lei de Protecção do Consumidor de Serviços Públicos Essenciais - a Lei 23/96, de 26 de Julho -, o artigo 5.º que garante os necessários meios de defesa em ordem à fiabilidade e continuidade do serviço, a saber:

“1- A prestação do serviço não pode ser suspensa sem pré-aviso adequado, salvo caso fortuito ou de força maior.”

E os números subsequentes estatuem:

"2 - Em caso de mora do utente que justifique a suspensão do serviço, esta só pode ocorrer após o utente ter sido advertido, por escrito, com a antecedência mínima de 20 dias relativamente à data em que ela venha a ter lugar.

3 - A advertência a que se refere o número anterior, para além de justificar o motivo da suspensão, deve informar o utente dos meios que tem ao seu dispor para evitar a suspensão do serviço e, bem assim, para a retoma do mesmo, sem prejuízo de poder fazer valer os direitos que lhe assistam nos termos gerais.

4 - A prestação do serviço público não pode ser suspensa em consequência de falta de pagamento de qualquer outro serviço, ainda que incluído na mesma factura, salvo se forem funcionalmente indissociáveis.

5 - À suspensão de serviços de comunicações electrónicas prestados a consumidores aplica-se o regime previsto no artigo 52.º -A da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro (...)"

Da suspensão no serviço de comunicações electrónicas trataremos a seguir, com a profundidade exigível.

De forma simples dir-se-á:

Se o consumidor não pagar, não poderá haver "corte" imediato, isto é, com o efeito surpresa:

“não pagou, pode a todo o momento proceder-se ao corte: sabe-se que..., só não se sabe quando!”

Só poderá verificar-se o "corte" se houver pré-aviso.

Pré-aviso que tem de chegar inequivocamente à esfera do consumidor, tem de chegar ao seu conhecimento.

Não basta ao fornecedor expedir a carta. Para poder exercer o seu direito. O consumidor terá de a receber.

O pré-aviso tem de obedecer a determinados requisitos.

3. DO PRÉ-AVISO

O pré-aviso tem de ser ***passado a escrito***.

O pré-aviso tem de conceder ao consumidor, *pelo menos*, 20 dias para que regularize a situação.

Do pré-aviso deve constar, sem restrições, um conjunto de menções, ainda que a lei o não

refira expressamente:

- . montantes em dívida,
- . facturas a que se reportam tais montantes,
- . data da emissão das facturas (porque a dívida pode estar já prescrita e a data é o elemento essencial para disso se aferir),
- . valores correspondentes a serviços funcionalmente indissociáveis (por exemplo, na energia eléctrica, em princípio, a taxa de potência... e dizemos em princípio porque a taxa de potência corresponde, ao que se nos afigura, a um pagamento mínimo, quiçá, a um consumo mínimo, ou seja, consuma ou não, o consumidor paga sempre essa “taxa”...) (e a cobrança de consumos mínimos, registe-se, é proibida por lei...),
- . valores correspondentes a serviços funcionalmente dissociáveis (a contribuição do audiovisual, por exemplo, que não tem, em sede de princípio, uma unidade íntima com a energia eléctrica),
- . meios de que o consumidor dispõe para regularizar as facturas em dívida,
- . lugar em que a regularização deva ocorrer ou os meios para o fazer (multibanco, etc...) e
- . período(s) do dia em que pode fazê-lo e em que condições,
- . indicação dos meios ao seu alcance para a reposição do serviço se a regularização se não fizer durante o período de antecedência mínima (repete-se: mínima) de 20 (vinte dias) e a suspensão se vier a consumir.

Não basta dizer: “tem de pagar 100€ em dívida, sob pena de suspensão”.

Tem de se dizer a que se referem esses 100€. E isso parece curial. E é, na verdade, elementar! Mas não está a ser cumprido, por estranho que pareça, em determinadas situações por dados serviços públicos e seus concessionários...

Não se esqueça que, muitas vezes, os consumidores, sobretudo quando sujeitos, como é usual, à facturação por estimativa, ainda que não paguem uma factura, não são necessariamente devedores, poderão até ser eventualmente credores porque a sobrefacturação (a facturação em excesso, em que se exige pagamento a mais que os valores efectivamente consumidos) os leva a nada dever, antes a ter de haver montantes, por vezes, significativos.

E tudo isto deve ser devidamente ponderado.

Mas há questões que não poderemos deixar de suscitar.

4. O “CORTE” DIREITO DO FORNECEDOR: UMA SORTE DE AUTODEFESA?

Como em artigo de divulgação para a comunicação social escrita o referimos:

- . o “corte” será direito do fornecedor ?
- . Uma espécie de autodefesa? Uma aplicação do princípio da excepção de não cumprimento?

. ou, tratando-se de serviços públicos essenciais, deveria haver neste particular uma excepção?

Dizendo de outra maneira: tratando-se de serviços públicos essenciais, inerentes ao suporte de vida de cada um e todos no dia-a-dia, devem ser os fornecedores a cortar por sua alta recriação, ainda que observados os requisitos para que a lei aponta, ou terá a suspensão de ser decretada por um tribunal, depois de ponderadas as razões de uma e outra das partes?

Sem mais, dizemos:

. não devem ser os fornecedores a ter a faca e o queijo na mão, ou seja, a efectuar por si sós os cortes, com o que se obvia a que se cometa os atropelos a que vimos assistindo amiúde;

. devem ser os tribunais (arbitrais ou não) a fazê-lo, depois de uma ponderação adequada, tendo em vista os aspectos já referenciados.

E não se diga que as coisas se eternizarão nos tribunais, se o processo for célere, mas sem quebra de garantias.

E ou em tribunais arbitrais necessários ou em tribunais de competência especializada em que se dirimam os conflitos de consumo ou em julgados de paz especializados.

Não se esqueça que a água é um direito humano. E, no entanto, é – quantas vezes! – “valorada” como se de um punhado de alcagoitas se tratasse...

Não se esqueça que o estado de saúde de muitos depende do acesso à energia eléctrica que, se falhar, põe em causa a saúde e a segurança de cada um e todos os atingidos.

Não se esqueça que um telefone pode salvar uma ou mais vidas, como ainda recentemente se viu na recuperação de sinistrados na derrocada de um prédio em São Paulo (Guarulhos) ou em situações outras em que os veículos se despistam, projectando as vítimas para lugares nem sempre acessíveis nem sequer visíveis das vias em que circulavam ...

Não estamos em presença de meras mercadorias com um dado valor de mercado.

É mais. Muito mais.

E nem sempre disso se tem consciência.

5. INDEMNIZAÇÃO PELOS PREJUÍZOS CAUSADOS PELOS “CORTES” ILEGAIS

Nem se esconda que os prejuízos causados por um qualquer corte “inoportuno”, infundado, ilegal, são susceptíveis de acarretar responsabilidade civil, pagando o fornecedor pelos danos materiais e morais causados. Tudo isto nos termos do n.º 1 do artigo 12 da LDC - Lei de Defesa do Consumidor.

Mas, apesar dos atropelos, não há muitos casos de indemnização porque os consumidores, movidos não se sabe bem porque sentimentos, **“cortam-se”, “cortam-se a exercer os seus direitos...”**

II A EXCEPÇÃO COMUNICAÇÕES ELECTRÓNICAS DA SUSPENSÃO DOS SERVIÇOS

1 GENERALIDADES

Nos SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS, em geral, como houve a oportunidade de o revelar, a regra da suspensão do fornecimento (ou do “**corte**”, como popularmente se diz) é simples:

⌘ O serviço não pode ser objecto de suspensão ***sem pré-aviso adequado***, salvo caso fortuito ou de força maior.

⌘ Em caso de mora do consumidor (ou equiparado), a suspensão só poderá ocorrer após advertência, por escrito, com a **antecedência mínima de 20 dias** da data efectiva da suspensão.

⌘ A advertência, para além do motivo, que especificará, dará a saber ao consumidor (ou equiparado) dos meios ao seu dispor para **evitar a suspensão do serviço** e, bem assim, para a respectiva retoma, sem prejuízo de poder fazer valer os seus direitos, nos termos gerais.

⌘ O serviço não pode ser suspenso em consequência de ***falta de pagamento de qualquer outro***, ainda que incluído na mesma factura, salvo se tais serviços forem funcionalmente indissociáveis.

No que se refere às **COMUNICAÇÕES ELECTRÓNICAS**, outras são as regras, de todo mais dilatadas, como se observará.

Tais regras só vigoram para o **CONSUMIDOR** (que não para os equiparados: as pessoas singulares que desenvolvam qualquer actividade económica de escopo egoístico ou as colectivas, seja qual for o objecto que se lhe afecta) que obedecerão a outros ditames, sendo que numa ou noutra das situações os regimes coincidirão.

2 SUSPENSÃO DO SERVIÇO NÃO RELACIONADA COM O NÃO PAGAMENTO DE FACTURAS

A suspensão do serviço por motivos não relacionados com o não pagamento de facturas só pode ocorrer após pré-aviso adequado ao consumidor, salvo caso fortuito ou de força maior.

3 FACTURA RECLAMADA: NÃO À SUSPENSÃO / NÃO HÁ SUSPENSÃO

Se, com fundamento na inexistência ou na inexigibilidade da dívida, os valores constantes da factura forem objecto de reclamação formal (***por escrito***) à operadora até à data em que se iniciaria o “corte”, não haverá lugar à SUSPENSÃO do serviço.

4 PAGAMENTO E QUITAÇÃO PARCIAIS

O consumidor tem a faculdade de pagar e obter quitação de apenas parte das quantias constantes da factura, devendo, sempre que tecnicamente possível, a suspensão limitar-se ao serviço em causa, excepto em situações de fraude ou de sistemática mora no pagamento.

5 NÃO PAGAMENTO DA FACTURA: PRAZO ADICIONAL PARA TAL

Em caso de mora do consumidor, à operadora cumpre emitir pré-aviso, com um prazo adicional para pagamento, de 30 dias, sob pena de suspensão do serviço e, eventualmente, de extinção automática do contrato.

6 PRAZO DO PRÉ-AVISO: 10 DIAS

O pré-aviso tem de ser emitido em 10 dias após o vencimento da factura. E tem de constar de escrito dirigido ao consumidor.

No escrito figurará obrigatoriamente:

- Indicação específica da consequência do não pagamento: a suspensão do serviço e a extinção automática do contrato...

- informação dos meios ao dispor do consumidor para que evite consequências tais.

7 SUSPENSÃO DO SERVIÇO: prazos a observar após o adicional de 30 dias para pagamento

Findo o prazo adicional de 30 dias para pagamento, em 10 dias suspender-se-á o serviço, pelo período de 30 dias, sempre que, no lapso de tempo adicional concedido, o consumidor não haja procedido ao pagamento ou celebrado com a empresa acordo de pagamento por escrito para regularização dos valores em dívida.

8 ACESSO A CHAMADAS NO PERÍODO DE SUSPENSÃO

No decurso da suspensão e até à extinção do contrato, assegurar-se-á ao consumidor o acesso a chamadas que não impliquem qualquer pagamento.

Figuram aí, entre outras, as que recaiam sobre o número único de emergência europeu (112).

Como não deveria ser bloqueado o acesso a chamadas que se dirijam ao consumidor (de números outros que o chamem).

A suspensão só deve incidir sobre chamadas indistintas (que não as do círculo enunciado, a saber, serviços de saúde, serviços assistenciais, forças de segurança, corpos de salvação pública, bibliotecas com distribuição domiciliária de obras, etc.) que o consumidor intente efectuar.

9 CESSAÇÃO DA SUSPENSÃO

O pagamento ou a celebração de um acordo faz cessar a suspensão, devendo a operadora repor imediatamente o serviço ou, em caso de impossibilidade técnica, no lapso de 5 dias úteis a contar do facto extintivo da obrigação.

10 EXTINÇÃO AUTOMÁTICA DO CONTRATO

Findos os 30 dias de suspensão do serviço sem que o pagamento ou o acordo de pagamento se efectue, cessa automaticamente o contrato.

11 CONTRAPARTIDA, A TÍTULO INDEMNIZATÓRIO OU COMPENSATÓRIO

A EXTINÇÃO do CONTRATO não prejudica a cobrança de eventual contrapartida, a título indemnizatório ou compensatório, em razão do incumprimento do período de fidelização (6, 12, 24 meses...), nos termos e com os limites da lei.

12 ACORDO DE PAGAMENTO

A falta de cumprimento de qualquer das prestações previstas no acordo de pagamento importa obrigatoriamente a EXTINÇÃO DO CONTRATO, mediante pré-aviso escrito ao consumidor com a antecedência de 8 dias, sem prejuízo da eventual cobrança, a título indemnizatório ou compensatório, dos montantes correspondentes ao período de fidelização por cumprir.

13 CONSEQUÊNCIAS DO INCUMPRIMENTO PELA OPERADORA

O incumprimento pela operadora destas regras, nomeadamente a continuidade do serviço (quando deveria ter provido à suspensão) ou a emissão de facturas após o momento em que

deveria ocorrer a suspensão, determina a não exigibilidade, ao consumidor, das contraprestações devidas pelo serviço e a responsabilidade pelo pagamento das custas processuais devidas pela acção de cobrança.

14 EMISSÃO DE FACTURAS NO DECURSO DA SUSPENSÃO

Não se aplica a regra da emissão de facturas após a suspensão do serviço sempre que os valores delas constantes respeitem a serviços efectivamente prestados em momento anterior à suspensão ou às contrapartidas legalmente previstas em caso de cessação antecipada do contrato.

A PUBLICIDADE, A LIBERDADE DE EXPRESSÃO, A ÉTICA E O DIREITO DO CONSUMIDOR

Rizzatto Nunes¹

Um dos grandes problemas do consumidor na sociedade capitalista é o de sua dificuldade em se expressar e se defender publicamente contra tudo o que lhe fazem de mal. Se ele é enganado, sofre um dano etc. tem de recorrer aos órgãos de proteção ao consumidor ou contratar um advogado. É verdade que, com as redes sociais virtuais e do surgimento de *sites* de reclamações, aos poucos, ele vai encontrando um caminho para demonstrar sua insatisfação com os produtos e serviços adquiridos e, também, contra toda forma de malandragem perpetrada por muitos fornecedores. Mas, ainda é pouco diante do poder de fogo de empresários que se utilizam de todas as maneiras de comunicação existentes no mercado, tais como publicidade massiva nas tevês, rádios, jornais, revistas, internet/web e redes sociais que fazem promoções milionárias constantemente, que se servem de mídias integradas, utilizam-se de artistas e esportistas famosos para divulgar seus produtos e serviços (em confessionais ou por meio de *merchandising* e participação em anúncios), enfim, é mesmo uma luta desproporcional.

Alguns fornecedores não só dizem que seus produtos e serviços são maravilhosos – o que nem sempre se constata – como se apresentam como bonzinhos cumpridores de seus deveres e paladinos da justiça e da ética. Quem diria?

Há, inclusive, uma associação de empresários organizada para combater “consumidores que não são éticos” e que divulga uma série de anúncios sobre o assunto, que são muito interessantes. Um deles diz: *“Quantas vezes você já ouviu alguém dizer que o Brasil não tem jeito, que ética é uma dessas coisas que não vingam por aqui e que o país nunca vai mudar. Tem muita gente que vive repetindo isso. Mas, se você reparar bem, são as mesmas pessoas que compram produtos piratas, produtos sem nota, produtos de procedência duvidosa. Pois é, enquanto a gente não mudar, o Brasil não vai ter jeito mesmo. Ético. É assim que a gente deve ser”*

Éticos. É mesmo! **Todos** devem ser!

Ética significa tomar a atitude correta, isto é, escolher a melhor ação a tomar ou conduta a seguir. Uma pessoa ética tem bom caráter, busca sempre fazer o bem a outrem. No sistema jurídico – necessariamente ético –, pode-se identificar uma série de fundamentos ligados à ética, tais como o da realização da justiça e o da boa-fé objetiva (uma regra de conduta a ser observada pelas partes envolvidas numa relação jurídica. Essa regra de conduta é composta basicamente pelo dever fundamental de agir em conformidade com os parâmetros de lealdade e honestidade. Um *standart*, um modelo a ser seguido).

Na sequência, mostro, então, um dos vários pontos em que os fornecedores estão muito longe de uma conduta ética. Falarei um pouco sobre a publicidade. (Há muito a dizer sobre a

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (aposentado); Mestre e Doutor em Filosofia do Direito pela PUC/SP; Livre-Docente em Direito do Consumidor pela PUC/SP.

conduta empresarial, como, aliás, tenho demonstrado em meus artigos²).

Muito bem. A liberdade de expressão é uma das mais importantes garantias constitucionais. Ela é um dos pilares da democracia. Falar, escrever, expressar-se é um direito assegurado a todos.

Mas, esse direito, entre nós, não só não é absoluto, como sua garantia está mais atrelada ao direito de opinião ou àquilo que para os gregos na antiguidade era crença ou opinião (*“doxa”*). Essa forma de expressão aparece como oposição ao conhecimento, que corresponde ao verdadeiro e comprovado. A opinião ou crença é mero elemento subjetivo. A democracia dá guarida ao direito de opinar, palpitar, lançar a público o pensamento que se tem em toda sua subjetividade. Garante também a liberdade de criação.

Mas, quando se trata de apontar fatos objetivos, descrever acontecimentos, prestar informações de serviços públicos ou oferecer produtos e serviços no mercado, há um limite ético que controla a liberdade de expressão. Esse limite é a verdade.

Com efeito, por falar em Grécia antiga, repito o que diziam: *“mentir é pensar uma coisa e dizer outra”*. A mentira é, pois, simples assim.

Examinando essa afirmação, vê-se que mentir é algo consciente; é, pois, diferente do erro, do engano, que pressupõe desconhecimento (da verdade), confusão subjetiva do que se expressa ou distorção inocente dos fatos.

Em nosso sistema jurídico temos leis que controlam, em alguns setores, a liberdade de expressão na sua realidade objetiva. Veja-se, por exemplo, a imposição para que a testemunha ao depor em Juízo fale a verdade. Do mesmo modo, os advogados e as partes têm o dever de lealdade processual, proibindo-se que intencionalmente a verdade dos fatos seja alterada, adulterada, diminuída, aumentada etc. Esse dever de lealdade — em todas as esferas: administrativa, civil e criminal — é a ética fundamental da verdade imposta a todos.

O mesmo se dá no regime de produção capitalista. Com base nos princípios éticos e normativos da Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) regulou expressamente a informação e a publicidade enganosa, proibindo-a e tipificando-a como crime.

No que diz respeito, pois, às relações jurídicas de consumo, a informação e a apresentação dos produtos e serviços, assim como os anúncios publicitários não podem faltar com a verdade daquilo que oferecem ou anunciam, de forma alguma, quer seja por afirmação quer por omissão. Nem mesmo manipulando frases, sons e imagens para de maneira confusa ou ambígua iludir o destinatário do anúncio: o consumidor. A lei quer que a verdade surja exposta por qualquer que seja o meio e, por isso, determina que o fornecedor mantenha comprovação dos dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

Aproveito esse ponto para eliminar uma confusão corrente quando se trata de criação e verdade em matéria de relações de consumo: não existe uma ampla garantia para a liberdade de criação e expressão em matéria de publicidade. O artista goza de uma garantia constitucional de criação para sua obra de arte, mas o publicitário não.

² Em meus livros e, também, na minha coluna semanal intitulada ABC do CDC no site Migalhas: www.migalhas.com.br

Um anúncio publicitário é, em si, um produto realizado pelo publicitário ou coletivamente pelos empregados da agência. Sua razão de existir se funda em algum produto ou serviço que se pretenda mostrar e/ou vender. Dessa maneira, se vê que a publicidade não é produção primária, mas instrumento de apresentação e/ou venda dessa produção. Ora, como a produção primária de produtos e serviços tem limites precisos na lei, por mais força de razão o anúncio que dela fala. Repito: a liberdade de criação e expressão da publicidade está limitada à ética que dá sustentação à lei. Por isso, não só não pode oferecer uma opinião (elemento subjetivo) como deve sempre falar e apresentar a verdade objetiva do produto e do serviço e suas maneiras de uso, consumo, suas limitações, seus riscos para o consumidor etc. Evidentemente, todas as frases, imagens, sons etc. do anúncio publicitário sofrem a mesma limitação.

Infelizmente, nada disso impede que haja anúncios publicitários que enganem o consumidor, com métodos bem antigos. Uma forma bastante usada é o “chamariz”. Este é uma modalidade de enganação que não está necessariamente atrelada ao produto ou serviço em si. Por exemplo, ouve-se no rádio o seguinte anúncio: *“Os primeiros dez ouvintes que ligarem terão desconto de 50% na compra de tal produto; ou farão o curso gratuitamente etc.”*. Quando o consumidor liga, ainda que seja logo em seguida, recebe a resposta de que é o décimo primeiro a ligar. Depois recebe o “malho” de venda. Esse tipo de “chamariz” também é usado por meio de malas diretas, anúncios em jornais, na TV, internet/web etc.

Outro exemplo dessa “técnica” é o “chamariz” da liquidação. Anuncia-se a liquidação, com grandes descontos, e, quando o consumidor chega à loja, a liquidação é restrita a uma única prateleira ou estante.

Esse método é usado em larga escala. Há lojistas, em véspera de época de liquidação, que aumentam o preço para depois, com o desconto, voltar ao preço anterior. E há lojas que estão em “liquidação” ou “promoção” o ano todo. Existem também produtos que são vendidos de modo que o consumidor nunca saiba qual é o preço, pois na oferta sempre consta algum tipo de desconto. É o que se chama “vender descontos”.

Mais outro caso: o consumidor vê na vitrine uma roupa bonita a preço baixíssimo. Entra na loja, pede a roupa, mas há um único exemplar, de tamanho fora do padrão. Ele, então, constrangido, recebe o “ataque” do vendedor, que oferece outros produtos.

O “chamariz” é, portanto, uma maneira enganosa de atrair o consumidor, para que ele, uma vez estando no estabelecimento (ou telefonando), acabe comprando algo. Muitas vezes, bem constrangido.

Além disso, é de considerar algo evidente: o anúncio será enganoso se o que foi afirmado não se concretizar. Se o fornecedor diz que o produto dura dois meses e em um ele está estragado, a publicidade é enganosa. Se apresenta o serviço com alta eficiência, mas o consumidor só recebe um mínimo de eficácia, o anúncio é, também, enganoso etc. Enfim, será enganoso sempre que afirmar algo que não corresponda à realidade do produto ou do serviço de acordo com todas as suas características.

A enganosidade se dá não só quando se constata a afirmação de uma mentira ou a apresentação de algo falso. Ela ocorre também nas informações mal formuladas, inadequadas, insuficientes e toda sorte de fórmulas ocultadoras do real e que acabam por enunciar a intenção

do emissor da mensagem. Veja-se esse exemplo: um anúncio de sabonete diz que este é capaz de eliminar 99,9% de todos os germes e bactérias. O propósito do emissor é evidente: como ele afirma que 0,1% dos agentes que causam mal à saúde não são eliminados se, por acaso, algum consumidor que o tenha utilizado, acabar adoecendo, não poderá acionar o fabricante porque não foi prometido 100% de eficiência. Os tal 99,9% ficam, portanto, como mais um modo de sedução para a venda do produto (mais uma forma de chamariz!).

As táticas e técnicas variam muito e todo dia surgem novas, engendradas em caros escritórios modernos onde se pensa frequentemente em como impingir produtos e serviços mesmo contra a real vontade do consumidor e, também, fazendo ofertas que nunca se realizam efetivamente na realidade. São os produtores da mentira dessa sociedade capitalista com pouca ética.

A propósito e para usar o jargão dos próprios empresários, um pouco adaptado: “Pois é, enquanto alguns fornecedores não mudarem, o Brasil não vai ter jeito mesmo. Éticos. É assim que todos devem ser!”

CRISI DELLA RAPPRESENTANZA E DEMOCRAZIA: L'ANTIPARLAMENTARISMO E I CORSI E RICORSI DEI POPULISMI

Fiammetta Salmoni¹

La parola e il concetto di «popolo» conservano sempre
un che di arcaicamente apprensivo, basta apostrofare la folla chiamandola «popolo» per
indurla a malvagità reazionarie
(Doctor Faustus, Thomas Mann)

1. DEMOCRAZIA VS. RAPPRESENTANZA?

Giorni fa guardavo una puntata di una famosissima serie televisiva della fine degli anni Novanta, *The West Wing – Tutti gli uomini del Presidente*, la prima serie che raccontava le vicende della politica americana e che vinse ben 26 *Emmy Award*.

In quella puntata, il Presidente della repubblica degli Stati Uniti, interpretato da un bravissimo Martin Sheen, rivolgendosi al suo capo di gabinetto dice “noi non siamo in una democrazia, siamo una Repubblica rappresentativa. E sai cosa vuol dire? Che le decisioni non le prende l’elettorato, ma quelli che loro hanno scelto. Potrebbero forse sceglierli meglio? Sì, ma quando si considerano le alternative...”.

Ovviamente, qui i concetti sono stati semplificati al massimo, per cui si parla di “democrazia” per intendere “democrazia diretta” e di “Repubblica rappresentativa”² per intendere “democrazia rappresentativa”¹. Una volta chiarito ciò, la contrapposizione tra Democrazia e Repubblica rappresentativa di cui si accenna nella *fiction* americana stupisce per la sua grande attualità, ma soprattutto perché lascia intravedere (sia pure in un dialogo essenziale e semplice quale può essere quello televisivo destinato a un pubblico di massa), l’esaltazione del principio rappresentativo declinato in chiave antagonistica rispetto al principio democratico³.

Democrazia vs. Rappresentanza, dunque? Un interrogativo davvero classico del costituzionalismo, sul quale sono stati versati fiumi di inchiostro. Tuttavia, oggi come oggi, al di là della teoria costituzionale che da sempre ha indagato sul tema complesso e affascinante della titolarità e dell’esercizio del potere, così come della sua quantità e qualità, mi sembra una semplificazione eccessiva, che riflette comunque le altrettanto eccessive semplificazioni del dibattito politico attuale, nel quale lo svilimento del principio rappresentativo, che interessa, oggi

¹ Prof. Ordinario di Istituzioni di diritto Pubblico Università degli Studi “Guglielmo Marconi”.

² Anche se, come giustamente sottolineato da M. LUCIANI, Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato, in N. ZANON, F. BIONDI (a cura di), Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica Milano, 2001, 110, “la contrapposizione vera (...) correva tra «democrazia» (senza aggettivazioni) e «governo rappresentativo», poiché solo dove c’era decisione popolare diretta c’era democrazia, e dove c’era rappresentanza non c’era democrazia”.

³ Cfr., S. CASSESE, *Il popolo e i suoi rappresentanti*, Roma, 2019, 10, secondo il quale “la rappresentanza moderna serve ad abbandonare il principio della perpetuità del potere, ad assicurare il ricambio dei governanti, la loro rotazione nell’ufficio, ad approvare periodicamente programmi e persone incaricate di realizzarli”.

più di prima, il nostro Paese, è il sintomo di una crisi ben più profonda, che riguarda il costituzionalismo moderno nel suo complesso e le categorie concettuali ad esso connesse.⁴

2. IL REFERENDUM COSTITUZIONALE SUL TAGLIO DEI PARLAMENTARI: L'ANTIPARLAMENTARISMO DEI POPULISMI ANTICHI E MODERNI

Il 20 e 21 settembre 2020 si è svolto in Italia il referendum costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari, che, con la maggioranza di circa il 70% di voti per il “sì” alla revisione costituzionale, ha portato il numero dei senatori eletti da 315 a 200 ed il numero di deputati da 630 a 400, riducendo, quindi, di più di un terzo la rappresentanza parlamentare.

Una riforma costituzionale, a mio avviso, figlia di un diffuso *sentiment* popolare, ormai assuefatto all’idea populistica (da sempre cavallo di battaglia del MoVimento 5 Stelle), che la riduzione del numero dei parlamentari equivallesse ad aumentare l’efficienza e la produttività delle Camere e a razionalizzare la spesa pubblica, tagliando la “casta” e liberando le Istituzioni democratiche da un terzo di deputati e senatori, percepiti ormai non già come i rappresentanti del popolo, ma -nel nome della moralizzazione delle Istituzioni-, come i suoi nemici, parassiti e fannulloni⁵.

La legge di revisione costituzionale, va precisato, era stata approvata in seconda lettura alla Camera dei deputati, l’8 ottobre 2019, con una maggioranza “bulgara” di 553 voti a favore su 567 votanti, frutto di un accordo politico tra il M5S ed il suo nuovo alleato nel governo Conte *bis*, il Partito Democratico, che, dopo aver votato per tre volte di seguito “no” al taglio dei parlamentari, aveva cambiato il proprio voto in un “sì” pur di garantire la tenuta dell’Esecutivo del quale era entrato a fare parte.

Ciò fu esplicitamente affermato, in sede di dichiarazione di voto, dal capogruppo del PD alla Camera, on. Graziano Delrio, che dichiarò “è vero, lo diciamo qui pubblicamente: il MoVimento 5 Stelle, nel momento in cui abbiamo negoziato la nascita del Governo, ha detto che senza questa riforma il Governo non sarebbe nato”⁶. E sempre il PD, per bocca dell’on. Piero Fassino, aveva aggiunto che avrebbe votato “sì” al taglio dei parlamentari “per lealtà alla maggioranza” che si era appena costituita, pur esprimendo il proprio disappunto sul “modo con cui questo provvedimento” veniva “rappresentato agli elettori (...) come taglio delle poltrone e taglio degli stipendi”, sottolineando quanto fossero sbagliati e devastanti questi argomenti, perché volti a

⁴ Il costituzionalismo democratico “è stato il frutto di un processo storico concreto, che è giunto a maturazione nel momento in cui i principi enunciati nei documenti scritti hanno trovato soggetti politici in grado di farli valere”. Così, G. AZZARITI, *Democrazia e costituzione nei grandi spazi della contemporaneità*, in *Giornale di st. cost.*, 2016, 232. Secondo A. LUCARELLI, *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli, 2020, 54, “le teorie del costituzionalismo moderno, ancor più dei principi fondativi della democrazia rappresentativa, ovviamente in esse inclusi, sono fondamentali per comprendere il fenomeno del populismo”.

⁵ Sul punto, sia consentito rinviare a F. SALMONI, Chi ha detto che tagliando i parlamentari si eleggeranno solo talenti?, in *ilsussidiario.net*, 7 settembre 2020.

⁶ Cfr., la Dichiarazione finale di voto sulla legge di revisione costituzionale recante Modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari, resa dall’on. Delrio alla Camera dei Deputati nella seduta dell’8 ottobre 2019, XVIII Legislatura, Resoconto stenografico dell’Assemblea, Seduta n. 234. Come giustamente affermato in dottrina, “il tema anticasta da pregiudiziale elettorale di esclusivo appannaggio dei M5S per osmosi diventa la bandiera politica anche del PD, che prima di allora si era invece mostrato tiepido, se non contrario, all’argomento per le sue inevitabili ricadute demagogiche, da tener distinto dall’ipotesi della riduzione inserita in un contesto riformatore esteso al bicameralismo e alla forma di stato”. Così, G. DE MINICO, No a una riforma ingannevole, in *federalismi.it*, 9 set. 2020, 1.

delegittimare “il Parlamento agli occhi dei cittadini”.⁷

Il Parlamento, continuava l'autorevole esponente del PD, “non è uno spreco di denaro pubblico (...); non è una sede dove siedono 630 approfittatori o mangiapane a tradimento, ma i rappresentanti dei cittadini italiani (...) scelti ed eletti (...) dal corpo elettorale; sono i rappresentanti di quella volontà popolare che qui si traduce in atto normativo o legislativo”. La preghiera allora rivolta agli esponenti del M5S fu “di tenere conto di tutto questo, perché il taglio dei parlamentari” non avrebbe dovuto essere percepito dai cittadini come “lo strumento per togliere (...) credibilità alle istituzioni”⁸.

A questa approvazione raggiunta in Aula con la maggioranza assoluta, dunque, fece seguito, come previsto dall'art. 138 Cost., il referendum costituzionale, mediante il quale la decisione finale fu rimessa nelle mani del corpo elettorale.

Tuttavia, a differenza di quanto auspicato durante le dichiarazioni di voto, la campagna referendaria è stata per lo più svolta con toni giacobini e ha guidato i cittadini italiani verso una sorta di presa della Bastiglia, rappresentando plasticamente il vessillo del populismo ormai imperante nel dibattito politico italiano. Più che da un ragionato e meditato intento di riassetto istituzionale, infatti, la revisione costituzionale è sembrata animata da un proposito meramente “punitivo” nei confronti dei parlamentari, che ha trovato il suo brodo di coltura nel diffuso sentimento antipolitico esplosivo, in maniera particolarmente significativa, negli ultimi anni⁹.

Un *refrain* che nel nostro ordinamento giuridico è stato già visto e vissuto dagli Italiani sulla propria pelle anche quando, con l'avvento al potere del partito fascista, il Parlamento, sede della democrazia rappresentativa, diventò il “nemico” da piegare ed abbattere¹⁰.

Allora, il partito di Mussolini *spazzò via la rappresentanza politica partendo proprio dalla rappresentanza politica*: entrò in Parlamento e attraverso leggi successive ne prese il controllo e infine lo esautorò dall'interno, sino alla sua definitiva soppressione e sostituzione con la Camera dei fasci e delle corporazioni¹¹.

L'opera di decostruzione della rappresentanza fu posta in essere mediante atti normativi successivi, trovando il suo momento più significativo in primo luogo, nella legge 17 maggio 1928, n. 1019, sulla *Riforma della rappresentanza politica*, grazie alla quale fu ridotto il numero dei

⁷ Cfr., la Dichiarazione finale di voto on. Fassino, Resoconto stenografico dell'Assemblea, Seduta n. 234, cit., 8 ott. 2019.

⁸ Cfr., la Dichiarazione finale di voto on. Fassino, Resoconto stenografico dell'Assemblea, Seduta n. 234, cit., 8 ott. 2019.

⁹ Cfr., M. DELLA MORTE, *Una campagna per dimostrare che l'antipolitica non è imbattibile*, in *huffingtonpost.it*, 19 settembre 2020, che afferma “Troppo complesso (...) contrastare l'egemonia dell'antipolitica, troppo difficile rifiutare l'idea della «casta» parassitaria, del Parlamento luogo di perdigiorno, dei costi da tagliare in nome della ragione moralizzatrice. Per lungo tempo è sembrato quasi che l'opposizione a questa revisione costituzionale convertisse il malcapitato in un nemico del popolo, in qualcuno che osava difendere i privilegi di una classe politica indifendibile”.

¹⁰ Cfr., E. GIANFRANCESCO, *Parlamento e regolamenti parlamentari in epoca fascista*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2008, 3. Che il capostipite dei moderni populismi in Italia sia stato il fascismo di Mussolini (e poi il nazismo di Hitler), lo sostengono anche, tra gli altri, L. FERRAJOLI, *Democrazia e populismo*, in *Rivista AIC*, 2018, 3 e U. ECO, *A passo di gambero. Guerre calde e populismo mediatico*, Milano, 2016, 49-50.

¹¹ Cfr., L. CARLASSARE, *Esiste una continuità tra l'ordinamento Statutario e il regime fascista?*, in M. D'AMICO, A. DE FRANCESCO, C. SICCARDI, *L'Italia ai tempi del ventennio fascista. A ottant'anni dalle leggi antiebraiche: tra storia e diritto*, Milano, 2019, 38, secondo la quale “radicale fu il ripudio della democrazia; quando si arrivò all'istituzione della lista unica (1928) non esistono più voci dell'opposizione alla Camera, poi, dal 1939, anche quella parvenza di elezione finisce: la Camera dei deputati è sostituita dalla Camera dei fasci e delle corporazioni, i diritti politici sono soppressi anche formalmente”.

deputati a 400¹² e fu introdotto il collegio unico nazionale, con liste bloccate, attraverso le quali il Gran consiglio nazionale del fascismo proponeva alla cittadinanza un elenco precostituito di candidati, che, in sede di votazione, poteva solo essere approvato o respinto¹³. In secondo luogo, con la legge 19 gennaio 1939, n. 129¹⁴, il cui art. 1 dispose la *soppressione* della Camera dei deputati al termine della XXIX legislatura e l'istituzione, in sua vece, della Camera dei fasci e delle corporazioni¹⁵.

Il fascismo, insomma, operando dall'interno del Parlamento, mediante modifiche legislative e regolamentari scardinò la rappresentanza politica rompendo la dialettica democratica tra maggioranza e opposizione¹⁶, con un percorso pericolosamente assimilabile a quanto sta accadendo oggi nell'ordinamento italiano.

Mi rendo conto che il parallelismo potrebbe apparire un po' forzato, né intendo suggerire che siamo, oggi, in una situazione di emergenza democratica simile a quella che si verificò ai tempi del fascismo. Tuttavia, non posso non sottolineare alcuni "segnali" che ritengo dovrebbero essere oggetto di attente riflessioni da parte della dottrina costituzionalistica.

Anche durante il Ventennio, infatti, i membri del partito fascista si adoperarono per svilire l'operato del Parlamento, delegittimandolo e facendone il bersaglio di continue critiche volte ad acuire la montante avversione popolare. Anche allora il linguaggio della politica era violento, anche allora i membri del PNF manifestavano grande diffidenza nei confronti della Camera dei deputati, sede della rappresentanza politica¹⁷, anche allora il lessico usato per descrivere questa diffidenza era sguaiato e grossolano.

Proprio come il linguaggio usato negli ultimi tempi da molte importanti formazioni politiche italiane, quale, ad esempio, quello utilizzato nel corso del famoso comizio di Trento da Beppe Grillo, *leader* e fondatore del MoVimento 5 Stelle, quando, il 10 febbraio 2013, rivolto ai suoi sostenitori, affermava con veemenza: "apriremo il Parlamento come una scatoletta di tonno"¹⁸.

¹² Casualmente, lo stesso numero approvato dalla recente revisione costituzionale.

¹³ Il disegno di legge prevedeva: la riduzione a 400 del numero dei deputati e la costituzione di tutto il regno in collegio unico nazionale; il conferimento del diritto di proporre candidati alle Confederazioni nazionali di sindacati legalmente riconosciute, ad altri enti morali legalmente riconosciuti e ad associazioni anche di fatto di importanza nazionale aventi finalità di cultura, educazione, assistenza o propaganda; il numero dei candidati proponibili da parte delle organizzazioni sindacali (il doppio dei deputati da eleggere, cioè 800) e degli enti e associazioni (la metà dei deputati, cioè 200); la ripartizione dei candidati fra le 13 organizzazioni sindacali, secondo cifre definite in una tabella allegata, in modo che le corrispettive organizzazioni di datori di lavoro e lavoratori delle singole categorie esprimessero un ugual numero di proposte; la compilazione della lista dei "deputati designati" ad opera del Gran Consiglio, secondo criteri di massima discrezionalità nella scelta tra le candidature proposte e anche al di fuori di esse; la votazione da parte dei cittadini maschi aventi diritto, consistente nella approvazione o non approvazione della lista nella sua integrità; l'elezione dei 400 deputati della lista in caso di prevalenza dei voti favorevoli o di parità tra voti favorevoli e voti contrari; la rinnovazione delle elezioni con liste concorrenti (e quindi rappresentanza delle minoranze) in caso di non approvazione della lista.

¹⁴ Legge 19 gennaio 1939, n. 129, Istituzione della Camera dei Fasci e delle Corporazioni, in Gazzetta Ufficiale del 14 febbraio del 1939, n. 37.

¹⁵ La legge del 1939 "non attua un sistema rappresentativo di democrazia indiretta (che presuppone i soggetti distinti del rappresentante e del rappresentato), bensì di democrazia autoritaria diretta, giacché è il popolo stesso che immediatamente — senza bisogno di atti elettorali —, attraverso le persone fisiche dei propri gerarchi, viene a far parte di uno degli organi costituzionali dello Stato". Così, M. UDINA, *Il nuovo ordinamento costituzionale dello Stato fascista*, in Riv. dir. pubbl., 1939, 466; S. PANUNZIO, *La Camera dei Fasci e delle Corporazioni*, Roma, 1939, 29-31.

¹⁶ Cfr., H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, in Dottrina dello Stato, Napoli, 1998, 17 ss.

¹⁷ Il Senato del Regno, vitalizio, era, invece, di nomina regia.

¹⁸ Si veda l'intervento completo su *youtube.com*, 25 febbraio 2013. Cfr., A. MORELLI, *Il principio personalista nell'era dei populismi*, in

Un approccio che, sia pure -beninteso- con notevoli e importanti differenze, in qualche misura evoca tristemente quello usato da Mussolini nei confronti della Camera dei deputati il 16 novembre 1922 al momento della presentazione del suo governo, quando, in un famosissimo discorso sostenne che “il popolo italiano -nella sua parte migliore-” si era “dato un Governo al di fuori, al di sopra e contro ogni designazione del Parlamento”, cosicché avrebbe lasciato “ai melanconici zelatori del supercostituzionalismo, il compito di dissertare più o meno lamentosamente su ciò”, aggiungendo, laconicamente: “potevo fare di questa Aula sorda e grigia un bivacco di manipoli (...) Potevo sprangere il Parlamento e costituire un Governo esclusivamente di fascisti. Potevo, ma non ho, almeno in questo primo tempo, voluto”¹⁹.

3. POPULISMO E DEMOCRAZIA TRA POPULUS E DÉMOS

Che il fenomeno del populismo sia trasversale dal punto di vista spazio-temporale, al punto da renderne impossibile una univoca categorizzazione, è affermazione ormai pacifica²⁰. Non esiste “il” populismo, ma tanti populismi quanti sono i movimenti -di classe, politici e partitici- che, per un motivo o per un altro, hanno criticato e criticano lo stato costituito (sia in quanto classi dominanti, sia in quanto classi dominate)²¹. Come superlativamente sintetizzato da Isaiah Berlin, nel suo famosissimo intervento al Convegno dal titolo “*Definire il populismo*”, tenuto a Londra presso la *London School of Economics and Political Science* nel 1967, affannarsi a identificare un tipo puro di populismo equivale ad assoggettare gli studiosi al c.d. *complesso di Cenerentola*, per cui, data “una scarpa -la parola «populismo»- per la quale da qualche parte esiste un piede”, esistono “tutti i tipi di piedi che quasi le si adattano, ma non dobbiamo essere ingannati da questi piedi che quasi si adattano”, perché “il principe sta sempre andando in cerca con la scarpa; e da qualche parte, ne siamo sicuri, aspetta un limbo chiamato «populismo» puro. Questo è il nucleo del populismo, la sua essenza”²².

Volendo trarne una riflessione, non si può far altro che riconoscere che il populismo pur

Consulta Online, 2019, 367, che giustamente sottolinea come “benché (...) gli odierni movimenti populistici presentino notevoli differenze rispetto ai totalitarismi del XX secolo, anch’essi, come i primi, mostrano un’ispirazione monista e riduzionista che appare radicalmente incompatibile con lo spirito pluralista della Costituzione repubblicana”. Sul Movimento 5 Stelle, *ex plurimis*, J. SCHWÖRER, *Populismi. Il “Movimento 5 Stelle” e la “Alternativa per la Germania”*, Roma, 2016, 16 ss.; M. REVELLI, *Dentro e contro. Quando il populismo è di governo*, Roma-Bari, 2015, 13 ss.; S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2017, 37, secondo il quale il Movimento 5 Stelle “ha una organizzazione fluida, che è un misto di populismo e di cesarismo”

¹⁹ *Atti parlamentari* (A.P.), Camera dei deputati (CdD), *Discussioni*, XXVI legislatura, Sessione 1921-1923, Tornata del 16 novembre 1922, 8390-8394. Sul punto, M. BOVERO, *Democrazia al crepuscolo?*, in M. BOVERO, V. PAZÉ (a cura di), *La democrazia in nove lezioni*, Roma-Bari, 2010, 3 ss.; FERRAJOLI, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Laterza, Roma-Bari, 2011, 22ss.

²⁰ Cfr., oltre agli Autori citati nelle altre note, E. LACLAU, *La ragione populista*, Roma-Bari, 2008, 5 ss.; C. PINELLI, *Populismo e democrazia rappresentativa* e L. CEDRONI, *Democrazia e populismo*, in *Dem. diritto*, 2010, risp. 29 ss. e 38 ss.; J.-W. MÜLLER, *Che cos’è il populismo?*, Milano, 2017, 18 ss.; G. IONESCU, E. GELLNER, *Populism: Its Meaning and National Character*, London, 1969, 1 ss.; S. GENTILE, *Populismi contemporanei. XIX - XXI secolo*, Milano, 2015, 6 ss.; F.S. FESTA, *Populismo*, in C. GALLI, R. ESPOSITO (a cura di), *Enciclopedia del pensiero politico*, Roma-Bari, 2000, 549 ss.; J. LUKACS, *Democrazia e populismo*, Milano, 2006, 11 ss.; L. INCISA DI CAMERANA, *Populismo*, e D. GRASSI, *Il neopopulismo*, entrambi in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *Dizionario di Politica*, Torino, 2016, risp. 732 ss. e 737 ss.; F. PANIZZA, *Populism and the Mirror of Democracy*, London-New York, 2005, 32 ss.; S. FELTRI, *Populismo sovrano*, Torino, 2017, 7 ss.; M. ANSELMINI, P. BLOKKER, N. URBINATI (a cura di), *La sfida populista*, Milano, 2018, 12 ss.; P. ROSANVALLON, *Pensare il populismo*, Roma, 2017, 25 ss.; C. MUDDE, C. ROVIRA KALTWASSER, *Populism. A Very Short Introduction*, Oxford, 2017, 1 ss.

²¹ Per questa distinzione, E. LACLAU, *Politics and ideology in Marxist theory: Capitalism, fascism, populism*, London, 1977, 172-173.

²² Cfr., D. MC-RAE, L. SHAPIRO, F.W. DEAKIN, H. SETON-WATSON, P. WORSLEY, E. GELLNER, I. BERLIN (a cura di), *Conference on populism: verbatim report. London School of Economics and Political Science*, London, 1967, 139.

avendo vissuto il suo momento più alto come movimento di pensiero, culturale e politico nella Russia di fine Ottocento, ha quasi subito perso il suo iniziale connotato positivo per diventare un'attitudine sociologica, politica, filosofica, buona per tutte le stagioni e fruibile da chicchessia²³, con una connotazione semantica negativa, spesso dispregiativa²⁴.

È vero, il giurista mette le mani avanti, come affermato da una parte della dottrina giuspubblicistica italiana, perché la polivenza del concetto lo rende oggettivamente inafferrabile e non sussumibile sotto un'unica categoria, specie nella prospettiva del diritto costituzionale e se rapportato al concetto di democrazia²⁵.

Certo, ci si potrebbe chiedere se sia o meno configurabile una vera e propria contrapposizione tra populismo e democrazia²⁶.

Si tratta, ovviamente, di concetti molto diversi, laddove il primo sembrerebbe non essere altro che una traduzione del termine russo *Narodnichestvo* e, tuttavia, come è stato correttamente sottolineato, "la traduzione è già di per sé un'imputazione" e non "una semplice equivalenza «neutrale» (che la traduzione non potrà mai essere, poiché deve utilizzare le categorie disponibili nella lingua)"²⁷, mentre il secondo, quello di democrazia, si è affermato sin dai tempi antichi come una teoria del potere, in qualunque modo essa sia stata declinata (diretta, rappresentativa, decidente, ecc.)²⁸.

Eppure sia il populismo sia la teoria democratica pongono il popolo al centro delle loro riflessioni²⁹. Così, la domanda sulla contrapposizione presunta o reale tra populismo e democrazia non è affatto peregrina³⁰.

²³ Lo dimostra eccelsamente M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, in *Rivista AIC*, 2018, 378-379. Afferma che "per parlare oggi di «popolo» e di «populismo» occorre partire dalla consapevolezza che si tratta di due parole vuote, o meglio di parole *passe partout*, che cioè non sono legate ad alcun significato univoco e preciso ma che viene riempita, di volta in volta, di significati diversi a seconda delle convenienze", R. MORDENTI, *Il concetto di "popolo" in Gramsci e il "populismo"*, in G. LIGUORI (a cura di), *Gramsci e il populismo*, Milano, 2019, 31.

²⁴ Cfr., D. CECCARELLI MOROLLI, "Populismo" e demagogia nelle civiltà vicino orientale antica e greco-romana. Alcuni brevissimi cenni, in R. CHIARELLI (a cura di), *Il populismo tra storia, politica e diritto*, Soveria Mannelli, 2015, 17; M. TARCHI, *Il populismo e la scienza politica: come liberarsi del "complesso di Cenerentola"*, in *Fil pol.*, 2004, 411 ss., che sul populismo afferma "si è notato che esso si è presentato di volta in volta in vesti diverse, esprimendosi attraverso movimenti, regimi, stili discorsivi e strategie retoriche, stati d'animo e atteggiamenti psicologici, e gli si è attribuita la capacità camaleontica di adattarsi a un'ampia molteplicità di contesti, trasgredendo la consueta linea divisoria tra destra e sinistra" (ivi, 411-412).

²⁵ Cfr., C. PINELLI, *Populismo e democrazia rappresentativa*, in *Dem dir.*, 2010, 29 ss.; I. DIAMANTI, *Alla periferia della crisi. Il populismo e il disagio della democrazia rappresentativa*, in *Stato e mercato*, 2018, 117 ss.

²⁶ Cfr., V. PAZÉ, *Il populismo come antitesi della democrazia*, in *Teoria politica*, 2017, 118; P. CHIANTERA-STUTTE, *Rappresentanza politica e populismo: alcune riflessioni*, in *Rivista di Studi Politici*, 2014, 105.

²⁷ Cosicché "parlare di populismo come *genus*" equivale a dare per assodato "ciò che va dimostrato: che movimenti con caratteristiche molto diverse, separati nel tempo, nello spazio e nella cultura, possiedono alcuni attributi cruciali che giustificano il nostro sussumere consapevolmente e analiticamente sotto la stessa categoria «populismo», nonostante le variazioni delle altre loro caratteristiche". Così, P. WORSLEY, *The concept of populism*, in G. IONESCU, E. GELLNER (a cura di), *Populism: Its Meanings and National Characteristics*, London, 1969, 219.

²⁸ Cfr., A. LUCARELLI, *Populismi e rappresentanza democratica*, cit., 87, secondo il quale "le istanze partecipative (*rectius* democrazia partecipativa), le pulsioni della moltitudine, anche al di fuori di regole e procedure" possono "configurarsi storicamente quali reazioni al liberismo, quali rivendicazioni di natura economica e della dignità sociale, sospinte da esigenze di eguaglianza e solidarietà, in termini di giustizia sociale e fiscale".

²⁹ Cfr., V. PAZÉ, *Il populismo come antitesi della democrazia*, cit., 112, che ricorda "della democrazia, il populismo adotta il lessico, le parole d'ordine, i miti. Si fonda sul suo stesso principio di legittimazione —la sovranità popolare— estremizzandolo e interpretandolo in chiave fondamentalista".

³⁰ Cfr., L. CANFORA, G. ZAGREBELSKY, *La maschera democratica*, cit., 72, secondo i quali "populismo e democrazia sono concetti molto vicini l'uno all'altro e c'è il rischio che si creino zone grigie o confusioni".

In una qualche misura, l'etimologia dei due termini potrebbe essere di aiuto, il populismo derivando dal termine latino *populus*, la democrazia da quello greco *démos*³¹. Invero, se sussistesse un'esatta corrispondenza di significato tra *populus* e *démos* sarebbe senz'altro più agevole rispondere a tale quesito, ma, purtroppo, lo spettro semantico di entrambi i termini è davvero molto ampio, cosicché, non potendo, in questa sede, approfondire questo punto (che ritengo tuttavia di grande interesse dal punto di vista teorico anche per il tema che sto qui analizzando)³², non posso che dare per acquisita

la risposta e considerare i due termini ed i rispettivi concetti come fungibili³³.

Non è possibile, quindi, per una mera posizione di principio, contrapporre il populismo alla democrazia, dovendo, invece, calarci nelle molteplici realtà storiche, politiche e teoriche che hanno utilizzato tali concetti e verificare se la loro evoluzione ne abbia caratterizzato o meno un approdo conflittuale e alternativo³⁴. Così il populismo sorto, come concetto, in un momento cronologicamente successivo alla nascita di quello di democrazia, può essere correttamente declinato e qualificato solo se rapportato a quest'ultima e in relazione alla sua vicinanza o meno con le strutture democratiche³⁵.

È in virtù di questo approccio necessariamente relativista, infatti, che il termine populismo è stato usato "per descrivere tecniche di democrazia diretta, come il referendum e l'iniziativa popolare, ma anche alcuni tipi di dittature"³⁶, nella maniera più poliedrica e da soggetti politici spesso con posizioni antitetiche al punto che potrebbe risultare più facile coglierne le differenze piuttosto che le radici comuni, essendo stato invocato sin dal tempo dei *narodniki* russi³⁷ per approdare al *People party* americano, al peronismo, al castrismo, al *chavismo*³⁸ e, in Europa, ai

³¹ Cfr., M. BENVENUTI, *Divagazioni su popolo e populismo a partire dall'attuale orizzonte costituzionale italiano*, in R. CHIARELLI (a cura di), *Il populismo*, cit., 275.

³² Cfr., M. CARVALE, *Popolo. Antichità e Medioevo*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, sul sito *treccani.it*; L. PEPPE, *Popolo (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1985, 315 ss. e Autori ivi citati; nonché, per una comparazione tra il lessico politico romano e quello greco, S. CAGNAZZI, *Démos*, in *Quaderni di storia*, 1980, 297 ss.

³³ Sul punto, si vedano le contrapposte posizioni, da una parte, di, Y. MÉNY, Y. SUREL (a cura di), *Democracies and the Populist Challenge*, New York, 2002, 11, secondo i quali il populismo può nascere solo quando nasce il concetto di popolo; L. ZANATTA, *Il populismo*, Roma, 2013, 18; dall'altra, M. TRONTI, *Popolo*, in *Dem. diritto*, 2010, 12, secondo il quale quando c'è il popolo non c'è populismo.

³⁴ Cfr., M. ANSELMINI, *Gramsci nel dibattito sul populismo contemporaneo*, in G. LIGUORI (a cura di), *Gramsci e il populismo*, cit., 106, secondo il quale sbaglia "chi considera il populismo in modo quasi feticistico, come un oggetto epistemologico separato dalla complessità delle dinamiche democratiche: soprattutto oggi è chiaro che una attenta analisi del populismo implica direttamente una analisi delle condizioni e delle trasformazioni profonde delle democrazie contemporanee".

³⁵ Come affermato da attenta dottrina "Any reference to pathology will inevitably include a definition of democracy, and this definition is likely to differ markedly from one political setting to another". Così, Y. MÉNY, Y. SUREL (a cura di), *Democracies and the Populist Challenge*, cit., 4

³⁶ Cfr., M. CANOVAN, *Populism*, New York-London, 1981, 3 (la traduzione è mia).

³⁷ Cfr., A. WALICKI, *Russia*, in G. IONESCU, E. GELLNER (a cura di), *Populism*, cit., 63, secondo il quale vi sono due significati accertati del termine populismo: "In the first sense the term populism denotes 'a theory advocating the hegemony of the masses over the educated élite, in the second sense it denotes a theory of the non-capitalist development of Russia. In the first case it was opposed to the «abstract intellectualism» of those revolutionaries who tried to teach the peasants, to impose on them the ideals of Western socialism, instead of learning what were their real needs and acting in the name of such interests and ideals of which the peasants had already become aware; in the second case it was opposed to sociological and economic theories which claimed that capitalism was an unavoidable stage of development and that Russia was no exception to this general law of evolution".

³⁸ In America Latina, il *caudillo* che guida le masse di *campesinos* verso il governo del Paese è una figura centrale nella storia della formazione tanto di movimenti populistici che di transizioni verso regimi democratici. Così, N. URBINATI, *Il populismo come confine estremo della democrazia rappresentativa. Risposta a McCormick e a Del Savio e Mameli*, in *Micromega*, 16 maggio 2014, 1

movimenti che hanno fatto capo a Mussolini, Hitler, Chirac, Le Pen, Berlusconi, Salvini, Orban, Beppe Grillo e via dicendo.

Ma già molti secoli prima, i classici, nel cercare di delineare le caratteristiche di una forma di governo ottimale, descrivevano qualcosa di molto simile a quelli che sembrano essere alcuni degli attuali cavalli di battaglia tipici del populismo, che, però, nell'antichità, non avevano alcuna delle connotazioni negative che gli vengono attribuite oggi³⁹. Penso, solo per fare un esempio, a Otane nel famosissimo monologo descritto da Erodoto nelle sue *Storie*, che affermava "il governo del popolo ha (in primo luogo, *n.d.a.*) il nome più bello di tutti: *isonomia*. In secondo luogo, non vi è nulla di quanto fa il monarca: le cariche pubbliche vengono sorteggiate, le magistrature sono soggette a rendiconto e tutte le decisioni sono demandate alla collettività. Propongo dunque di abbandonare la monarchia e di innalzare il popolo al potere, perché è nella massa che tutto risiede"⁴⁰.

Sicuramente, quindi, quando facciamo riferimento al populismo non alludiamo né a un regime politico definito, giacché un orientamento populista può esistere tanto in una democrazia, quanto in una dittatura, né a un'ideologia predeterminata, perché, anzi, non si tratta di un'ideologia, ma di un'attitudine mediante la quale le ideologie possono diffondersi e affermarsi⁴¹.

4. POPULISMO, BONAPARTISMO E DEMAGOGIA AUTORITARIA

Eppure, nonostante quanto sin qui rilevato, alcune caratteristiche comuni a tutti i populismi ci sono.

Tanto per cominciare, ad esempio, tutti tendono a proliferare nei momenti di crisi economica: ovunque nel mondo, dai tempi più antichi all'età contemporanea, le grandi crisi economiche hanno rappresentato un *humus* fertile nel quale hanno potuto attecchire e prosperare i populismi, promettendo il ripristino del benessere e la fine degli squilibri economico-sociali⁴².

³⁹ Cfr., M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, cit., 375, che giustamente sottolinea come il populismo sia approdato "infine in Europa, dove alle episodiche manifestazioni del passato si sovrappone la fioritura odierna, sia a destra che a sinistra dello spettro politico". Si veda, altresì, P. TAGGART, *Populism*, Buckingham-Philadelphia, 2000, 10, che afferma "Populism serves many masters and mistresses. At different times and in different places it has been a force for change, a force against change, a creature of progressive politics of the left, the refuge of a measured defence of the status quo and a companion of the extreme right".

⁴⁰ ⁴² Si veda il dibattito che vide fronteggiarsi i tre aspiranti alla successione del re persiano Cambise descritto magistralmente da ERODOTO, *Le Storie*, a cura di A. Colonna, F. Bevilacqua, Torino, 1996, Libro III, 80.6. È interessante sottolineare che anche oggi, in Italia, ci sono movimenti che si dichiarano favorevoli a sostituire l'elezione dei parlamentari con la loro estrazione a sorte, come si vedrà, *infra*, par. Sul punto, cfr., L. CANFORA, *La democrazia. Storia di un'ideologia*, Roma-Bari, 2011, 12 ss.

⁴¹ Cfr., P.A. TAGUIEFF, *L'illusione populista*, Milano, 2003, 86, per il quale "il populismo non si incarna né in un tipo definito di regime politico (sia una democrazia sia una dittatura possono presentare una dimensione o un orientamento populista, oppure avere uno stile populista), né in contenuti ideologici determinati (il populismo non può essere considerato una grande ideologia come altre: esso può solo aggiungersi a una qualsiasi di queste, per darle una certa colorazione, per sfumarla o inasprirla, conferirle un bersaglio o un orientamento)". Parla di populismo democratico e populismo neoliberalista, A. LUCARELLI, *Populismi e rappresentanza democratica*, cit., risp. 101 ss. e 106 ss.

⁴² Cfr., P.A. TAGUIEFF, *L'illusione populista*, Milano, 2003, 86, per il quale "il populismo non si incarna né in un tipo definito di regime politico (sia una democrazia sia una dittatura possono presentare una dimensione o un orientamento populista, oppure avere uno stile populista), né in contenuti ideologici determinati (il populismo non può essere considerato una grande ideologia come altre: esso può solo aggiungersi a una qualsiasi di queste, per darle una certa colorazione, per sfumarla o inasprirla,

Così come tutti ruotano intorno al concetto di popolo e della sua esaltazione, che passa attraverso l'estremizzazione del principio della sovranità popolare, l'intolleranza nei confronti dei limiti costituzionali, il rifiuto della dialettica governanti-governati, la negazione della mediazione da parte dei partiti tradizionali⁴³, la concezione del popolo come un'unità indifferenziata⁴⁴, "che va di pari passo con la costruzione di una linea di separazione tra il popolo, onesto e incontaminato, e il «non-popolo», disonesto e corrotto"⁴⁵, lo stile comunicativo che sfrutta "il malessere, l'ansia e la frustrazione di determinate categorie di soggetti con parole d'ordine anti-politiche"⁴⁶, l'identificazione totalizzante con il *leader* carismatico.

Nel populismo "popolo sono quelli che non governano, che non rappresentano, che non esercitano funzioni organizzate in modo autoritativo"⁴⁷. Che sia di destra o di sinistra il populismo si rivolge direttamente al popolo, lotta contro l'*establishment* -sia esso "buono" o "cattivo"-, insinua l'idea che al popolo tutto sia concesso senza alcun limite perché è l'unico legittimo detentore della decisione politica, combatte contro l'ordine costituito colpevole di ignorarne le reali necessità e di favorire soltanto le *élites* economiche che lo sostengono⁴⁸.

Da qui, l'idea che l'unica forma di governo accettabile sia quella che identifica in un *leader*, in un "uomo forte" in grado di prendersi cura dei bisogni del popolo, il *portavoce* delle istanze popolari *vuoi* attraverso l'eliminazione di tutti i poteri che rappresentano "il nemico" e ne custodiscono i privilegi, *vuoi* attraverso le più varie forme di democrazia diretta o partecipativa⁴⁹.

Il c.d. *bonapartismo* è, di fatto, una costante del populismo e sta a indicare esattamente la consustanzialità del capo carismatico al populismo⁵⁰, proprio come accadde con l'ascesa al potere

conferirle un bersaglio o un orientamento)". Parla di populismo democratico e populismo neoliberalista, A. LUCARELLI, *Populismi e rappresentanza democratica*, cit., risp. 101 ss. e 106 ss.

⁴³ Si veda, ad esempio, V.I. LENIN, *Il contenuto economico del populismo e la sua critica nel libro del signor Struve*, in *Opere Complete*, Roma, 1954, I, 347, secondo il quale l'essenza del populismo consisteva nella "protesta contro il feudalesimo (strato della vecchia nobiltà) e contro il mondo borghese (strato della nuova classe media) in Russia dal punto di vista del contadino, del piccolo produttore" e nel "carattere chimerico di questa protesta". Sul punto, D. PALANO, *Populismo*, Milano, 2017, 10 ss.

⁴⁴ Cfr., A. SPADARO, Dalla "democrazia costituzionale" alla "democrazia illiberale" (populismo sovranista), fino alla.... "democrazia", in DPCE online, 2020, 3885, secondo il quale il populismo tende a trasformare il popolo in massa.

⁴⁵ Cfr., V. PAZÉ, *Il populismo come antitesi della democrazia*, cit., 118.

⁴⁶ Cfr., M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, cit., 377; P.A. TAGUIEFF, *L'illusione populista*, cit., 85, secondo cui la «populimità» è solo un'entità fittizia, che sarebbe vano cercare di cogliere. Del termine «populismo» si potrebbe però ironicamente dire che è una parola utilissima "proprio perché nessuno sa che cosa realmente significhi"; M. TARCHI, *Il populismo e la scienza politica*, cit., 412.

⁴⁷ Cfr. C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, a cura di Antonio Caracciolo, Milano, 1984, 317.

⁴⁸ Cfr., . SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, a cura di Antonio Caracciolo, Milano, 1984, 317.

⁴⁹ Cfr., M. TARCHI, *Italia populista. Dal qualunquismo a Beppe Grillo*, Bologna, 2015, 80, che afferma "già prima di reincarnarsi nel duce del fascismo, Mussolini ha d'altronde dato ampia prova della personale sensibilità a tematiche che godono di larga circolazione nell'immaginario populista: da socialista non si è risparmiato nello scagliare anatemi contro le «chiacchiere» e il «cretinismo» parlamentari, contro i burocrati e gli intellettuali, tutti bersagli su cui continuerà a esercitarsi anche dopo la conversione interventista, non rinunciando a tuonare contro l'inettitudine delle classi dirigenti, a sostenere le aspirazioni dell'intero popolo alla giustizia sociale e a rivendicare l'istituzione di strumenti di democrazia diretta".

⁵⁰ I termini cesarismo e bonapartismo nascono nella Francia dell'800 con riferimento al regime di Luigi Bonaparte che "si proclamò presidente della repubblica con il colpo di Stato del 2 dicembre 1851, e un anno dopo «imperatore dei francesi» con il nome di Napoleone III, facendo sancire entrambe le cariche da un plebiscito pilotato". Così, N. MERKER, *Filosofie del populismo*, cit., 171. Ma si veda K. MARX, *Il diciotto brumaio di Luigi Bonaparte*, in *Opere complete*, XI, Roma, 1982, che nella *Prefazione alla seconda edizione* del 23 giugno 1869, afferma, giustamente, che l'uso del termine *cesarismo* rappresenta una "superficiale analogia storica", perché "si viene a dimenticare il fatto essenziale che, specialmente nell'antica Roma, la lotta di classe si svolgeva soltanto all'interno di una minoranza privilegiata, tra i ricchi e i poveri che erano liberi cittadini, mentre la grande massa produttiva della popolazione, gli schiavi, costituiva soltanto il piedistallo passivo dei combattenti. Si dimentica la profonda espressione di Sismondi:

di Luigi Bonaparte, che Victor Hugo non esitò a descrivere come “un uomo di media statura, freddo, pallido, lento, e con un’aria che sembra non essere interamente sveglio”⁵¹, lo stesso “personaggio mediocre e grottesco”⁵² che, nelle memorabili pagine di Karl Marx, fece “appello al popolo contro le assemblee parlamentari”, dirigendo e infiammando “contro l’Assemblea nazionale, espressione costituzionalmente organizzata del popolo, le masse del popolo inorganizzate”⁵³.

Nella descrizione del bonapartismo di Hugo e Marx c’è già “una fenomenologia del populismo, e il loro ritratto del demagogo si attaglierebbe pure a populisti odierni di casa nostra e di case vicine”⁵⁴. Il demagogo, infatti, “pone se stesso come insostituibile, crea il deserto intorno a sé, sistematicamente schiaccia ed elimina i possibili concorrenti” e “vuole entrare in rapporto con le masse direttamente (plebiscito, ecc., grande oratoria, colpi di scena, apparato coreografico fantasmagorico”⁵⁵. Insomma, il capo carismatico che usa il popolo *contro* il popolo per assumere il potere e che nel farlo adopera sapientemente l’arte seducente dell’oratoria, mentendo, adulando, attraendo, respingendo, facendo leva sull’insoddisfazione del popolo nei confronti delle *élites* che lo governano.

D’altronde, per il *Dizionario della lingua vivente di Oxford* il populismo è “un approccio politico che si sforza di fare appello alla gente comune che sente che le sue preoccupazioni sono ignorate dai gruppi d’élite consolidati”⁵⁶, mentre il *Vocabolario della lingua italiana* a cura di Nicola Zingarelli come primo significato del lemma populismo pone: “Movimento politico russo della fine del XIX sec., che aspirava alla formazione di una società socialista di tipo contadino, contraria all’industrialismo occidentale”, ma, come secondo, definisce il populismo come un “Atteggiamento che mira ad accattivarsi il favore popolare mediante proposte demagogiche, di

«il proletariato romano viveva a spese della società, mentre, la società moderna vive a spese del proletariato». In dottrina, D. LOSURDO, *Democrazia o bonapartismo. Trionfo e decadenza del suffragio universale*, Torino, 1993, 55 ss.; M. VOLPI, *La democrazia autoritaria: forma di governo bonapartista e V repubblica francese*, Bologna, 1979, 56 ss.; J.J. LINZ, *Totalitarian and Authoritarian Regimes*, Boulder-London, 2000, 143 ss

⁵¹ Cfr., V. HUGO, *Napoleone il piccolo. Nuova ed accurata traduzione dal francese*, 1867, 22-23, che manifesta palesemente il suo disprezzo verso l’uomo che accusa di aver tradito il popolo, quando afferma “Poco gli importa di essere disprezzato, contentasi dell’apparenza del rispetto. Prima del 2 dicembre, i capi della destra dicevano volentieri di Luigi Bonaparte: È un idiota. Essi s’ingannavano. Certamente, quel cervello è torbido, quel cervello ha delle lacune, ma vi si possono decifrare talvolta alcuni pensieri di seguito e sufficientemente coordinati. È un libro dove vi sono delle pagine strappate. Luigi Bonaparte ha un’idea fissa, ma un’idea fissa non è mica l’idiotismo. Egli sa ciò che vuole, e vi arriva. A traverso la giustizia, a traverso le leggi, a traverso la ragione, l’onestà, l’umanità, a traverso tutto, ma ci arriva (...) egli non parla, mentisce. Egli mentisce come gli altri uomini respirano. Annunzia un’intenzione onesta? Guardatevene: afferma? diffidate: giura? Tremate” (ivi, 26). Dello stesso Autore, *Storia di un delitto*, Roma, 2013, *passim*.

⁵² Cfr., K. MARX, *Il diciotto brumaio*, cit., *Prefazione alla seconda edizione* del 23 giugno 1869, che pur definendo in tal modo, tutt’altro che positivo, Luigi Napoleone, critica Victor Hugo perché, afferma Marx, egli “si limita a un’invettiva amara e piena di sarcasmo, contro l’autore responsabile del colpo di stato. L’avvenimento in sé gli appare come un fulmine a ciel sereno. Egli non vede in esso altro che l’atto di violenza di un individuo. Non si accorge che ingrandisce questo individuo invece di rimpicciolirlo, in quanto gli attribuisce una potenza di iniziativa personale che non avrebbe esempi nella storia del mondo”.

⁵³ Cfr., K. MARX, *Il diciotto brumaio*, cit., 126. In dottrina, cfr., G. AZZARITI, *Dal Manifesto del partito comunista al 18 brumaio: Marx e il costituzionalismo democratico*, in *Dem. diritto*, 2019, 101 ss.; M. MANETTI, *Costituzione*, cit., 382. In dottrina, *ex multis*, L. CANFORA, G. ZAGREBELSKY, *La maschera democratica dell’oligarchia. Un dialogo*, Roma-Bari, 2015, 73, che affermano “i populismi si basano sull’idea di coincidenza tra il leader, il capo, il conducător, da un lato, e gli umori popolari, dall’altro”.

⁵⁴ Cfr., N. MERKER, *Filosofie del populismo*, cit., 172.

⁵⁵ Così, A. GRAMSCI, *Quaderni del carcere*, a cura di V. Gerratana, Torino, 1975, 772.

⁵⁶ Lo si veda sul sito [lexico.com/definition/populism](https://www.lexico.com/definition/populism), consultato il 3 novembre 2020.

facile presa”⁵⁷.

È lo stesso ordine delle definizioni che vengono date del lemma populismo che permette di intravedere, rispetto alla sua nobile origine, che emerge anche dalle indimenticabili pagine di Asor Rosa (che considera il populismo intimamente connesso con il *progressismo* e “l’impegno”)⁵⁸, una degenerazione del termine stesso che ha oggi assunto un significato prevalentemente denigratorio⁵⁹.

Vi è, quindi, a un certo punto dell’evoluzione del concetto di populismo, una sua identificazione con quello di demagogia⁶⁰, che ne lascia scorgere le possibili torsioni in senso plebiscitario e autoritario⁶⁰.

5. IL TAGLIO DEL NUMERO DEI PARLAMENTARI: LA PUNTA DELL’ICEBERG DELLA TRASFORMAZIONE DELLA DEMOCRAZIA COSTITUZIONALE

La revisione costituzionale -cui ho accennato poc’anzi- che ha ridotto di un terzo il numero dei parlamentari, sembra essere figlia proprio di questo approccio e di un certo modo di intendere la democrazia e i rapporti tra Istituzioni e cittadini, tra governanti e governati. Essa, infatti, ha avuto come principale conseguenza quella di svilire il ruolo del Parlamento, il luogo, cioè, della rappresentanza politica, la cui centralità, nella nostra attuale forma di governo, non potrebbe e non dovrebbe mai essere messa in discussione⁶¹. Essa, d’altronde, non è che la punta dell’*iceberg* di un progetto politico, istituzionale e costituzionale che parte da lontano e che oggi, grazie agli attuali populismi, si sta lentamente, ma inesorabilmente inverando, che poggia tutto sulla trasformazione del ruolo del Parlamento e della rappresentanza attraverso tre azioni mirate a

⁵⁷ Cfr., LO ZINGARELLI, *Vocabolario della lingua italiana*, Bologna, 2020. Stessa definizione anche in *Il grande dizionario Garzanti della lingua italiana*, che come secondo significato di populismo enuncia: “atteggiamento politico demagogico che ha come unico scopo quello di accattivarsi il favore della gente”

⁵⁸ Per Asor Rosa il programma del populismo (che egli considera un’ideologia) “potrebbe essere riassunto nella formula: contro il grande capitale (quindi, spesso, anche contro la grande borghesia), in nome del popolo, contro ogni organizzazione autonoma della classe operaia”. Cfr., A. ASOR ROSA, *Scrittori e popolo. Il populismo nella letteratura italiana contemporanea*, Roma, 1972, 17.

⁵⁹ Dato il suo carattere fideistico, il populismo “è incompatibile con l’organizzazione partitica (che implica sempre l’associazionismo secondo regole e statuti di partito), ma si basa piuttosto su «movimenti». Il movimento è qualcosa di apparentemente spontaneo (in realtà, è spesso organizzato e controllato in maniera ferrea, ma dall’alto), ed è vocato al sostegno del capo che ne incorpora tutta l’energia che gli è trasmessa”. Così, Cfr., L. CANFORA, G. ZAGREBELSKY, *La maschera democratica*, cit., 74.

⁶⁰ Cfr., D. CECCARELLI MOROLLI, *“Populismo” e demagogia*, cit., 19, secondo il quale le civiltà vicino orientali (egiziane, mesopotamiche, ittite, ecc.) hanno “«inventato» *de facto* - certamente in modo più o meno inconsapevole - forme di populismo o di demagogia con l’intento di assicurare al potere un elemento che sempre viene ricercato, ovvero la stabilità sociale”. Il lemma demagogia, poi, fu coniato dai greci intorno al 400 a.c., come si evince dagli scritti di Tucidide e Aristofane, ma ancora più chiaramente da Aristotele. Sul punto, V. PAZÉ, *Il populismo come antitesi della democrazia*, cit., 115 ss.; M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, cit., 377; L. FERRAJOLI, *Democrazia e populismo*, cit., 2.

⁶¹ Tra l’altro l’attuale composizione delle camere (630 deputati e 315 senatori elettivi, ai quali si aggiungono i senatori di diritto e quelli nominati a vita) è frutto di revisioni costituzionali intervenute dopo l’entrata in vigore della Carta repubblicana, il cui testo originario prevedeva che la camera fosse eletta “in ragione di un deputato per ottantamila abitanti o per frazione superiore a quarantamila” e che a ciascuna regione fosse attribuito “un senatore per duecentomila abitanti o per frazione superiore a centomila”. Se si volesse tornare alle proporzioni stabilite dai Costituenti, sulla base degli attuali livelli demografici, si dovrebbe aumentare e non diminuire il numero dei parlamentari

potenziare la governabilità mediante processi decisionali più efficienti⁶², funzionali soprattutto alle esigenze di stabilità delle istanze economico-finanziarie dell'attuale sistema capitalistico⁶.

Tre azioni, ho detto, perché tale scopo non può che essere raggiunto *innanzi tutto* attraverso la riduzione e la “trasformazione” della rappresentanza nella cui direzione vanno sia il taglio dei parlamentari, sia le diverse proposte di legge (ordinaria e di revisione costituzionale) che esaminerò di qui a breve, sia la riduzione dell'autonomia dei parlamentari, garantita dal principio del libero mandato ex art. 67 Cost.⁶³

In secondo luogo, attraverso il rafforzamento, *de jure* e *de facto*, dei poteri dell'Esecutivo: con un Parlamento *ridotto* e *diverso* tutte le funzioni volte a contrastare l'attuale abnorme accentuazione dei poteri nelle mani del governo, ormai protagonista indiscusso del nostro sistema politico istituzionale, subiranno un sostanziale depotenziamento, prima fra tutte l'attività di indirizzo e controllo da parte delle Camere sull'operato dell'Esecutivo, che soffrirà un inevitabile intrinseco ridimensionamento, facendo pericolosamente pendere l'ago della bilancia dei pesi e contrappesi oggi esistenti, proprio in favore di quest'ultimo⁶⁴.

Infine, attraverso l'irrobustimento degli istituti di democrazia partecipativa, che, attribuendo ai cittadini il potere di operare determinate scelte direttamente e senza la mediazione di partiti politici e Parlamento, invece di compensare e mitigare gli effetti del rafforzamento dei poteri governativi, potrebbe favorire acclamazioni identitarie rischiando di contribuire alla torsione in senso plebiscitario e autoritario della nostra attuale democrazia costituzionale.⁶⁵

⁶² Come giustamente sottolineato, la governabilità è un “Neologismo che rimanda a una teoria del potere concentrato, semplificato, rapido: la «governabilità» è altro dalla rappresentanza perché decide e agisce, senza impantanarsi in defatiganti discussioni”. Così, F. PALLANTE, *Contro la democrazia diretta*, Torino, 2020, 19.

⁶³ Cfr., F. PALLANTE, *Contro la democrazia diretta*, cit., 22, che afferma “la proposta di Berlusconi di far votare, con suffragio ponderato, i soli capigruppo; la sostituzione in commissione dei parlamentari dissenzienti da parte del Partito democratico; le penali per i “transfughi” previste negli statuti dei gruppi parlamentari del Movimento 5 Stelle: sono tutti tentativi – invero assai goffi – di aggirare il dettato costituzionale”.

⁶⁴ Tra i sostenitori del “Sì” al referendum costituzionale: N. LUPO, Riduzione del numero dei parlamentari e organizzazione interna delle Camere, entrambi in Astrid Online, 2020, 1 ss.; C. FUSARO, Sì/NO, una scelta politica impegnativa ma di grande semplicità: si sceglie da cittadini, non da costituzionalisti; G. GRASSO, La riduzione del numero dei parlamentari: un'opportunità a cui non rinunciare a cuor leggero; I. NICOTRA, La riduzione del numero dei parlamentari: un'opportunità per il rilancio della rappresentanza; V. ONIDA, Le ragioni di un sì; A. PERTICI, La riduzione del numero dei parlamentari: la lunga ricerca del numero perfetto tra rischi e opportunità; L.A. MAZZAROLLI, Le ragioni del “no” al referendum ex art. 138 Cost. del 20 e 21 settembre 2020, esposte da chi, pur senza grandi entusiasmi, ha deciso di votare «sì», tutti in federalismi.it, 9 settembre 2020. Tra i sostenitori del “No”, oltre agli Autori citati nelle altre note, si vedano, ex plurimis: G. BRUNELLI, Una revisione senza qualità (riformatrice); G. CERRINA FERONI, Si può fare finta che tutto sia come prima? Le ragioni di un NO al referendum sulla riduzione dei parlamentari; M. D'AMICO, Una nuova stagione di riforme costituzionali “a tappe” e le sue insidie; G. DE MINICO, No a una riforma ingannevole, cit.; A. PISANESCHI, La banalizzazione della Costituzione; M. PLUTINO, L'antipolitica è arrivata alla Costituzione. Fare argine può costituire un punto di svolta, tutti in federalismi.it, 9 settembre 2020. Si veda anche G. SILVESTRI, Dico No al taglio perché vedo gravi pulsioni contro la democrazia, in La Repubblica, 8 settembre 2020; A. MORELLI, Referendum e visioni della democrazia; O. CHESSA, Quorum ed equivoci; G. de VERGOTTINI, Una breve riflessione: perché NO, tutti in lacostituzione.info, risp. 19, 17 e 14 settembre 2020; nonché, se si vuole, la mia Intervista dal titolo Giuristi a confronto sul referendum: il “No” di Fiammetta Salmoni, in Pagella politica, 7 settembre 2020.

⁶⁵ Cfr., G. AZZARITI, *Critica della democrazia identitaria*, Roma-Bari, 2008, *passim* e, per il legame tra democrazia identitaria e populismo L. FERRAJOLI, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, 2011, 66. Parla di “slittamento delle democrazie liberali verso la categoria delle democrazie meramente «elettorali» o anche ad un'involuzione delle democrazie elettorali in senso pseudo democratico o finanche autoritario”, G. DE VERGOTTINI, *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, in M. CALAMO SPECCHIA, M. CARLI, G. DI PLINIO, R. TONIATTI (a cura di, *I Balcani occidentali. Le Costituzioni della transizione*, Torino, 2008, 5.

6. LA REVISIONE COSTITUZIONALE SUL TAGLIO LINEARE DEL NUMERO DEI PARLAMENTARI: LIMITAZIONE DEL PRINCIPIO RAPPRESENTATIVO E ANTIPARLAMENTARISMO POPULISTA

In effetti, il ridimensionamento numerico del Parlamento -a meno di un contesto organico di riforme che accompagni questa revisione con altre misure precise-, avrà delle ricadute notevoli proprio sul principio di rappresentanza e, quindi, su quello democratico alla base della Costituzione repubblicana.⁶⁶

Tanto per cominciare, ad esempio, con meno parlamentari tutte le funzioni volte a contrastare l'attuale abnorme accentuazione dei poteri dell'Esecutivo, ormai protagonista indiscusso del nostro sistema politico istituzionale, subiranno un sostanziale depotenziamento⁶⁷.

Senza contare anche le disfunzionalità che si produrranno, se non vi saranno immediate ulteriori revisioni costituzionali, per ciò che riguarda l'elezione e la messa in stato d'accusa del Capo dello Stato (risp. ex artt. 83 e 90 Cost.), per tutti i *quorum* attualmente previsti ex artt. 62, 64, 72, 73, 79, 94, 138 Cost., così come per le deliberazioni del Parlamento in seduta comune che richiedono maggioranze particolari, come, ad es., gli artt. 104 e 135 Cost.⁶⁸.

Non solo, ma la riforma non apporta alcun valore aggiunto neanche sul piano dell'efficienza delle Istituzioni, in particolare sui processi deliberativi nelle varie Commissioni, con la conseguenza che lo stesso funzionamento del Parlamento potrebbe subire seri contraccolpi, almeno finché non saranno cambiati i Regolamenti parlamentari. Al momento, infatti, le funzioni delle due Camere sono rimaste esattamente quelle di prima, perché il taglio lineare dei parlamentari non ha comportato alcuna modifica dell'attuale bicameralismo perfetto che caratterizza la forma di governo italiana. Perché mai una mera riduzione del numero dei nostri rappresentanti dovrebbe far diventare più efficiente l'istituzione parlamentare? Non credo sia opportuno ridurre un argomento così importante ad una mera questione di numeri, che, semmai, sono rilevanti per la democraticità della macchina parlamentare, nel senso che quando si assume la decisione politica più si è meglio è.

Non solo, ma in questo modo non soltanto l'efficienza del Parlamento non migliora, ma è

⁶⁶ Sia consentito il rinvio a F. SALMONI, *Il Sì dà strapotere a governo e capipartito*, in *huffingtonpost.it*, 28 agosto, 2020.

⁶⁷ Tra i sostenitori del "Sì" al referendum costituzionale: N. LUPO, *Riduzione del numero dei parlamentari e organizzazione interna delle Camere*, entrambi in *Astrid Online*, 2020, 1 ss.; C. FUSARO, *SI/NO*, una scelta politica impegnativa ma di grande semplicità: si sceglie da cittadini, non da costituzionalisti; G. GRASSO, *La riduzione del numero dei parlamentari: un'opportunità a cui non rinunciare a cuor leggero*; I. NICOTRA, *La riduzione del numero dei parlamentari: un'opportunità per il rilancio della rappresentanza*; V. ONIDA, *Le ragioni di un sì*; A. PERTICI, *La riduzione del numero dei parlamentari: la lunga ricerca del numero perfetto tra rischi e opportunità*; L.A. MAZZAROLLI, *Le ragioni del «no» al referendum ex art. 138 Cost. del 20 e 21 settembre 2020*, espone da chi, pur senza grandi entusiasmi, ha deciso di votare «sì», tutti in *federalismi.it*, 9 settembre 2020. Tra i sostenitori del "No", oltre agli Autori citati nelle altre note, si vedano, ex plurimis: G. BRUNELLI, *Una revisione senza qualità (riformatrice)*; G. CERRINA FERONI, *Si può fare finta che tutto sia come prima? Le ragioni di un NO al referendum sulla riduzione dei parlamentari*; M. D'AMICO, *Una nuova stagione di riforme costituzionali "a tappe" e le sue insidie*; G. DE MINICO, *No a una riforma ingannevole*, cit.; A. PISANESCHI, *La banalizzazione della Costituzione*; M. PLUTINO, *L'antipolitica è arrivata alla Costituzione. Fare argine può costituire un punto di svolta*, tutti in *federalismi.it*, 9 settembre 2020. Si veda anche G. SILVESTRI, *Dico No al taglio perché vedo gravi pulsioni contro la democrazia*, in *La Repubblica*, 8 settembre 2020; A. MORELLI, *Referendum e visioni della democrazia*; O. CHESSA, *Quorum ed equivoci*; G. de VERGOTTINI, *Una breve riflessione: perché NO*, tutti in *Iacostituzione.info*, risp. 19, 17 e 14 settembre 2020; nonché, se si vuole, la mia Intervista dal titolo *Giuristi a confronto sul referendum: il "No" di Fiammetta Salmoni*, in *Pagella politica*, 7 settembre 2020.

⁶⁸ Così, giustamente, L. TRUCCO, *Il referendum sulla riduzione dei parlamentari: tre ragioni per il Sì e tre per il NO*, in *giustiziainsieme.it*, 8 settembre 2020, 12.

ragionevole attendersi un suo peggioramento, perché ridurre i parlamentari significa caricare su meno persone il lavoro e le procedure immaginate per un numero maggiore di membri, quindi significa peggiorare, e di molto, il nostro sistema legislativo. Rendere il Parlamento più efficiente, invece, a mio sommo avviso, vuol dire consentirgli di svolgere le proprie funzioni in totale trasparenza e nel rispetto del principio democratico, vuol dire rilanciarne la centralità, perché la decisione politica deve rimanere in capo a chi rappresenta il popolo e se questo significa che i parlamentari di maggioranza e opposizione si possano confrontare -anche lungamente- nel luogo ove esercitano la loro funzione “principe” ben venga.

Vi è poi un'altra questione da risolvere, che riguarda la sproporzione tra i diversi territori che si è prodotta a seguito della revisione costituzionale e che comporterà un grave problema di disuguaglianza nella rappresentanza territoriale a meno che non si approvi rapidamente una riforma della legge elettorale, perché con quella attuale è innegabile che alcuni territori non hanno più (o hanno in misura assai ridotta) i loro rappresentanti in Senato, un problema che esisteva già, ma che con la riduzione del numero dei parlamentari si è acuito notevolmente⁶⁹.

Non dimentichiamoci neanche che sulla rappresentatività, intesa, con Martines, come potenziale consonanza tra rappresentanti e rappresentati è ovvio che riducendo il numero dei parlamentari è più difficile per determinate fasce sociali entrare in Parlamento e rappresentare i bisogni della collettività: meno parlamentari significa maggiore selezione all'ingresso e maggiore selezione significa aumentare il rischio di favorire candidati *in grado di garantirsi economicamente l'elezione*. Se poi la legge elettorale non dovesse cambiare o dovesse lasciare invariato il meccanismo del voto di lista bloccato, il potere dei segretari di partito si accrescerà ulteriormente, accentuando le tendenze oligarchico-*leaderistiche* dei processi di selezione del ceto politico, peraltro, anch'esse, da qualche anno a questa parte, già molto significative, perché da tempo ormai i partiti politici, i principali canali di partecipazione alla vita politica del Paese, sono in crisi, così come è in crisi la democraticità della loro organizzazione interna, tanto è vero che la dottrina si interroga da tempo sulla possibilità o meno di rifondare il modello di democrazia disegnato dall'art. 49 Cost.⁷⁰.

Quanto sin qui esposto, sarebbe già di per sé sufficiente a ritenere fortemente riduttiva del principio rappresentativo la revisione effettuata.

Ma non basta, perché stando alle dichiarazioni di Beppe Grillo del 23 settembre scorso, successive -quindi- alla riforma della Costituzione, l'obiettivo finale del Movimento sarebbe quello di eliminare il Parlamento, spazzando via decenni di costituzionalismo moderno. L'ex capo politico

⁶⁹ Da notare la proposta di riforma costituzionale mediante la quale si prevede la revisione degli artt. 57, comma 1 e 83, comma 3, Cost., da una parte, sostituendo la “base regionale” prevista per l'elezione del Senato, con una “base circoscrizionale”, rinviando, in questo modo, alla legge ordinaria la determinazione dell'ambito territoriale delle circoscrizioni per l'elezione dei senatori. Dall'altra, si propone di ridurre da tre a due il numero dei delegati regionali che partecipano all'elezione del Presidente della Repubblica (in sostanza riducendo di un terzo il loro numero in proporzione analoga a quanto deciso per il numero dei parlamentari). Cfr., A.C. 2238, proposta di legge costituzionale Fornaro ed altri, recante “Modifiche agli articoli 57 e 83 della Costituzione, in materia di base territoriale per l'elezione del Senato della Repubblica e di riduzione del numero dei delegati regionali per l'elezione del Presidente della Repubblica”. Rimane invariata la disposizione che assegna alla Valle d'Aosta un solo delegato, così come il vincolo di assicurare la rappresentanza delle minoranze.

⁷⁰ Cfr., G. FERRARA, La sovranità popolare e le sue forme, in costituzionalismo.it, 2006, ora in S. LABRIOLA, (a cura di), Valori e principi del regime repubblicano, Roma-Bari, 2006, 251 ss.; A. APOSTOLI, A proposito delle più recenti pubblicazioni sull'uso della Costituzione, in costituzionalismo.it, 2018, 68; L. FERRAJOLI, Democrazia e populismo, cit., 1, secondo il quale, giustamente, il discredito dei partiti si è poi trasferito sulle Istituzioni rappresentative (ivi, 3).

dei pentastellati, attuale garante del Movimento, infatti, intervenendo alla tavola rotonda *Ideas for a new world* organizzata dal presidente del Parlamento europeo, David Sassoli, ha affermato testualmente: “non credo più nella rappresentanza parlamentare, ma nella democrazia diretta fatta dai cittadini attraverso i referendum”⁷¹, perché “la democrazia rappresentativa è ormai «zoppicante» e si potrebbero estrarre «a sorte» i rappresentanti dei cittadini nelle istituzioni, anziché andare a votare”⁷².

7. LA RIFORMA DELLA LEGGE ELETTORALE E LA MORTIFICAZIONE DELLA RAPPRESENTANZA

Insomma, l’attuale riduzione del numero dei parlamentari sembra puntare ad un mal celato obiettivo finale ben più significativo: quello di declinare in maniera riduttiva la democrazia rappresentativa se non proprio mediante la soppressione “fisica” del Parlamento, quanto meno attraverso la sua “sterilizzazione”⁷³.

Sintomatica di questo approccio sembrerebbe essere anche la denominazione che, durante il primo governo Conte, a maggioranza 5 Stelle-Lega, fu data al ministero per i rapporti con il Parlamento che, allora, fu chiamato *Ministero per i rapporti con il Parlamento e la democrazia diretta* (una denominazione, in sé stessa, ossimorica), quasi a svelare -sin da subito- l’orientamento che ispirava l’azione riformatrice di governo.

Nel secondo governo Conte, invece, a maggioranza 5S-PD, questa denominazione è cambiata, diventando quella più istituzionale di *Ministero per i rapporti con il Parlamento e per le riforme*, sfumando, dunque, le tinte più accese di una sorta di antiparlamentarismo di fondo che, tuttavia, continua a pervadere le proposte riformistiche delle formazioni politiche di governo e non.

Infatti, anche a voler prendere le parole di Beppe Grillo come una mera provocazione, restano comunque almeno tre punti fermi e cioè, *in primo luogo*, che la rappresentanza parlamentare si è già ridotta di un terzo. *In secondo luogo*, che, proprio a causa del taglio lineare di deputati e senatori, la proposta di modifica dell’attuale legge elettorale rischia di svilire ulteriormente ruolo e funzionalità del Parlamento. *Infine*, che su una rappresentanza parlamentare così indebolita si innestano una serie di proposte di legge di altre revisioni

⁷¹ Si veda la riproduzione integrale del video del 23 settembre 2020, sul sito multimedia.europarl.europa.eu. Sulle contraddizioni che sembrerebbero caratterizzare il Movimento 5 Stelle, J. IACOBONI, *L'esperimento. Inchiesta sul Movimento 5 Stelle*, Bari-Roma, 2018, 7 ss.

⁷² Così la sintesi dell’intervento di Beppe Grillo al Parlamento europeo: Grillo: “Credo nella democrazia diretta, non nel Parlamento. Gli eletti? Meglio se estratti a sorte”. E difende Rousseau, su *La Repubblica* del 23 settembre 2020. In dottrina, sul punto, M. AINIS, *La cura*, Milano, 2009, passim; N. URBINATI, L. VANDELLI, *La democrazia del sorteggio*, Torino, 2020, 11 ss.; B. MANIN, *The principles of representative government*, Cambridge, 1997, 8 ss.

⁷³ Oltre alle proposte di legge ordinaria e costituzionale che cito nel testo, si pensi anche al tema del voto a distanza (su cui, di recente, R. CALVANO, *Brevi note su emergenza COVID e voto dei parlamentari a distanza. Rappresentanza politica, tra effettività e realtà virtuale*, in *federalismi.it*, 2020, 45 ss.), ma anche al problema, fondamentale, dell’abolizione del divieto di mandato imperativo, su cui, *ex plurimis*, A. MORELLI, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Napoli, 2018, 82 ss.; BELLETTI, *La crisi della rappresentanza alla base della crisi del divieto di vincolo di mandato*, in *Osservatorio AIC*, 2020, 142 ss.; G. MOSCHELLA, *L’incerta prospettiva della democrazia rappresentativa tra crisi della sovranità dello Stato e tendenze populistiche*, in *federalismi.it*, 19 giugno 2019, 8; G. GRASSO, *Mandato imperativo e mandato di partito: il caso del Movimento 5 Stelle*, in *Osservatorio AIC*, 2017, 1 ss.; N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull’art. 67 della Costituzione*, Milano, 1991, 1 ss.; C. DE FIORES, *Sulla rappresentazione della nazione. Brevi note sul divieto del mandato imperativo*, in *Diritto e società*, 2017, 19 ss.; I. MASSA PINTO, *Rappresentanza*, in *Rivista AIC*, 2017, 1 ss.; G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale. Tornare ai fondamentali*, Roma-Bari, 2016, 61 ss.

costituzionali, già all'esame delle Camere, che sembrano disegnare una forma di governo (e di Stato) in cui le istanze della democrazia rappresentativa rischiano di porsi continuamente in posizione competitiva, quando non conflittuale, con quelle della democrazia partecipativa, la cui implementazione, invece, se effettuata all'interno del perimetro costituzionale, sarebbe persino - per certi versi- auspicabile, sempre che rimanga in un ruolo residuale e non consegua il fine implicito di esautorare il Parlamento a tutto vantaggio di un rafforzamento dei poteri del governo⁷⁴.

Sulla modifica dell'attuale legge elettorale, ad esempio, non si può non segnalare che, come attualmente formulata e stante la riduzione del numero dei parlamentari, il testo all'esame delle Camere sembra produrre effetti che mortificano ulteriormente la rappresentanza politica, benché, come perentoriamente affermato dalla Corte costituzionale nella sua notissima sent. 1 del 2014, sussistano limiti oltre i quali non è consentito sacrificare la rappresentanza al fine di garantire la governabilità⁷⁵.

Detta proposta, infatti, pur prevedendo l'adozione di un sistema elettorale proporzionale, introduce una clausola di sbarramento al 5% per evitare la "frammentazione delle forze politiche", in favore della stabilità e, sempre per il medesimo motivo, abolisce i collegi uninominali ed il sistema dei collegamenti in coalizione sia alla Camera dei deputati, sia al Senato⁷⁶. Inoltre, elimina l'obbligo di presentare il programma elettorale (e l'indicazione del capo della forza politica), così come il tetto massimo di 4 candidati che ciascuna lista può presentare in ogni collegio

⁷⁴ Come esattamente affermato, poiché tutte queste proposte si affiancano alla riduzione drastica del numero dei parlamentari il loro «segno» cambia, caratterizzandosi "per un maggiore rischio di deriva antiparlamentare". Così, M. LUCIANI, *Audizione informale dinanzi alla I Commissione (Affari costituzionali) della Camera dei Deputati nelle proposte di legge costituzionale "C. 726 - Ceccanti e altri" e "C. 1173 - D'Uva e altri", di Modifica dell'articolo 71 della Costituzione in materia di iniziativa legislativa popolare*, 4 dicembre 2018, 1. In termini, A. MORELLI, *Il referendum propositivo: un'analisi costi-benefici*, in *federalismi.it*, 20 marzo 2019, secondo il quale "benché la revisione prospettata abbia un carattere puntuale, non sembra potersi fare a meno di considerare i possibili effetti sistemici dell'introduzione del nuovo istituto" anche in relazione alla revisione che ha comportato la riduzione del numero dei parlamentari" (*ivi*, 3). Sul punto, si veda anche M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione? L'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Milano, 2012, 142, secondo il quale l'equilibrio tra forma rappresentativa e forma partecipativa nell'impianto costituzionale "non costituisce condizione immobile e statica", ma è necessario scongiurare, come fece il Costituente "il rischio di una partecipazione senza struttura giuridica, di una partecipazione, per così dire, *extra ordinem*".

⁷⁵ Cfr., Corte cost., sent. 13 gennaio 2014, n. 1.

⁷⁶ Cfr., A.C. 2329, Proposta di legge d'iniziativa del deputato Brescia, recante "Modifiche al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, e al testo unico di cui al decreto legislativo 20 dicembre 1993, n. 533, in materia di soppressione dei collegi uninominali e di soglie di accesso alla rappresentanza nel sistema di elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Delega al Governo per la determinazione dei collegi elettorali plurinominali", che, nella sua Relazione illustrativa, aggiunge che per evitare la frammentazione delle forze politiche e alla luce del taglio dei parlamentari oltre all'innalzamento della soglia di sbarramento al 5%, deve essere contestualmente ridotta dal 20% al 15% la soglia regionale prevista per l'elezione del Senato. Al fine di garantire un diritto di tribuna alle formazioni politiche che non raggiungono le soglie di sbarramento, si prevede che alla Camera siano eletti i candidati delle formazioni che ottengono almeno tre quozienti in almeno due regioni e al Senato i candidati che ottengono almeno un quoziente nella circoscrizione regionale. Come descritto dal Servizio studi della Camera dei deputati nel suo dossier del 10 settembre 2020 su Sistema e procedimento elettorale, sono state altresì presentate altre proposte di riforma della legge elettorale: 1) proposta di legge A.C. 2346 (Molinari) propone di adottare come sistema elettorale quello utilizzato nelle elezioni del 1994, 1996 e 2001 (di cui alle leggi n. 276 e 277 del 1993 c.d. legge Mattarella) e tal fine procede all'abrogazione delle leggi successivamente approvate al fine di dare luogo alla reviviscenza di tale disciplina; 2) proposta di legge A.C. 2562 (Meloni) inserisce nel sistema vigente la previsione di un premio di maggioranza da attribuire alla lista o coalizione che ottenga almeno il 40 per cento dei voti e mantiene fissa la quota di seggi da assegnare nei collegi uninominali, nel numero di 231 per la Camera e 109 per il Senato (con prevalenza della componente maggioritaria nel caso di entrata in vigore della legge costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari); 3) proposta di legge A.C. 2589 (Sisto) interviene sulla quota di collegi uninominali in cui è suddiviso il territorio e sui criteri relativi all'individuazione e al numero di collegi plurinominali da prevedere. Mantenendo fissa la quota di seggi da assegnare nei collegi uninominali (nel numero di 231 per la Camera e 109 per il Senato) il sistema diviene a prevalenza maggioritaria nel caso di entrata in vigore della legge costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari.

plurinominale, fermo restando il numero massimo corrispondente al numero dei seggi attribuiti al collegio plurinominale, pari a 8⁷⁷. Con la nuova legge, infine, l'elettore disporrà di un voto da esprimere per la lista e i candidati saranno proclamati eletti in base all'ordine di lista⁷⁸.

Da quanto sopra, emergono almeno due problemi suscettibili di incidere sulla rappresentanza: in primo luogo, la drastica riduzione del numero dei parlamentari comporta che per eleggere un parlamentare ci sia bisogno di più voti, il che significa che, *rebus sic stantibus*, si verifica "un aumento della soglia implicita di elezione in direzione «maggioritarizzante». A ciò si aggiungano gli effetti della clausola di sbarramento al 5%, che, in virtù della diminuzione del numero dei parlamentari equivarrebbe a una percentuale, in concreto, ben più alta, che si andrà a sommare a quella implicita già segnalata. È lampante, infatti, che meno sono i seggi da assegnare più incide la clausola di sbarramento, dovendo quest'ultima rapportarsi anche all'ampiezza del collegio. Il 5% con 400 seggi da eleggere vuol dire, nella pratica, amplificare l'effetto dello sbarramento, che equivarrà non già al 5% indicato dalla norma legislativa, ma a un numero ben più importante, che penalizzerà significativamente le minoranze.

In secondo luogo, l'elezione mediante liste bloccate comporta la votazione non già dei singoli candidati, ma di una lista contenente i candidati *prescelti* dalle segreterie di partito. Un effetto abominevole, dunque, paventato già durante la campagna referendaria da parte dei sostenitori del "No" alla revisione costituzionale, perché, come accennato, in questo modo aumenta il rischio di un potenziamento della capacità di controllo dei parlamentari da parte dei *leader* dei partiti di riferimento, facilitato dal numero ridotto degli stessi componenti delle Camere, oltre al fatto che la scelta di chi sarà inserito nelle liste bloccate rafforzerà esponenzialmente il ruolo delle segreterie partitiche e la selezione dei candidati risponderà inevitabilmente a logiche di appartenenza⁷⁹.

8. LE ULTERIORI PROPOSTE DI REVISIONE COSTITUZIONALE: ANTIPARLAMENTARISMO E OMOLOGAZIONE DELLA RAPPRESENTANZA NELLE DUE CAMERE

Il 7 dicembre 2018, il Capo del dipartimento per le riforme istituzionali in entrambi i governi Conte, Lorenzo Spadacini, ha diffuso una nota particolarmente interessante, recante *Prospettive di riforma costituzionale nella XVIII legislatura*, che denuncia come "il problema di fondo del nostro assetto istituzionale sia legato alla capacità di costruire il consenso rispetto alle scelte pubbliche", con la conseguenza che si ha una "*crisi di rappresentanza* per incapacità di costruire il consenso necessario per assumere le decisioni politiche" che implica di "*potenziare gli strumenti di democrazia diretta, per dare nuova linfa alla nostra democrazia*, rilanciando la partecipazione dei cittadini alla vita politica del paese". L'obiettivo, dunque, "è quello di puntare ad un rinnovamento del sistema politico, sia potenziando l'apporto diretto dei cittadini alle scelte politiche

⁷⁷ Cfr., Modifiche al sistema elettorale della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, A.C. 2329, Schede di lettura n. 251, 14 gennaio 2020, 8.

⁷⁸ Ex art. 1, proposta di legge A.C. 2329, che modifica l'art. 18-bis, comma 1, del D.P.R. 30 marzo 1957, n. 361 e successive modifiche, *T.U. delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati*.

⁷⁹ Cfr., G. AZZARITI, La modifica del sistema elettorale secondo la proposta di legge dell'attuale maggioranza, in *Liber amicorum* per Pasquale Costanzo, su Consulta Online, 2020, 1 ss.

fondamentali, *sia* valorizzando la capacità del Parlamento di rappresentare le istanze dei cittadini e di costituire un solido ponte tra la società e le istituzioni”, nell’ottica non già di “una contrapposizione tra democrazia diretta e democrazia rappresentativa, ma (...) di un reciproco completamento” (il corsivo è mio)⁸⁰. Un completamento e bilanciamento tra le due classiche concezioni della democrazia, dunque, che, tuttavia, dalla revisione che ha approvato il taglio dei parlamentari alle altre proposte di riforma costituzionale all’esame delle Camere, non sembra emergere⁸¹. Anzi, tutto sembrerebbe condurre nella direzione indicata dal fondatore del MoVimento 5 Stelle durante l’intervento al Parlamento europeo poc’anzi richiamato.

Mi riferisco, ad esempio, alle proposte di revisione che portano ad un’ulteriore omologazione delle due Camere, un’omologazione piuttosto anomala per il nostro ordinamento dove il bicameralismo perfetto è oggetto di vivaci dibattiti dottrinali proprio nel segno di un suo superamento.

In questo senso, va evidenziata la proposta di modifica dell’art. 58, comma 1, Cost, che abbassa da 25 a 18 anni l’età per eleggere i componenti del Senato della Repubblica⁸² e alle altre proposte di revisione costituzionale, che modificano l’art. 58, comma 2, Cost., uniformando anche i requisiti per l’elettorato passivo per il Senato, riducendo l’età per essere eletti alla carica di senatore da 40 a 25 anni⁸³. Da questo punto di vista, una volta che le due Assemblee saranno esattamente identiche⁸⁴ e, quindi, il Senato non avrà più la sua caratteristica di “organo di riflessione” che gli veniva garantita dalla differenza dei requisiti per l’elettorato attivo e passivo, il passo per l’integrale eliminazione di una delle due Camere sarà davvero molto breve.

9. L’INTRODUZIONE DELL’INIZIATIVA LEGISLATIVA POPOLARE COME ALTERNATIVA CONFLITTUALE ALLA CENTRALITÀ DEL PARLAMENTO: UNA COMPETIZIONE SBAGLIATA TRA DEMOCRAZIA RAPPRESENTATIVA E DEMOCRAZIA PARTECIPATIVA

Ancor più significativa, per il ragionamento che si sta qui conducendo, appare la proposta di legge costituzionale che prevede: 1) la revisione degli artt. 71 e 75 Cost., rispettivamente sull’iniziativa legislativa popolare e il *quorum* strutturale del referendum abrogativo; 2) la modifica

⁸⁰ Cfr. L. SPADACINI, Prospettive di riforma costituzionale nella XVIII legislatura, sul sito riformeistituzionali.gov.it, su cui si vedano le acute osservazioni di A. MANGIA, Audizione nell’ambito dell’esame delle proposte di legge costituzionale C. 726 e C. 1173, recanti modifica all’articolo 71 della Costituzione in materia di iniziativa legislativa popolare, 7 dicembre 2018, 1 ss. del paper.

⁸¹ Su di esse, cfr., M. DELLA MORTE, Il peggiore architetto e l’ape migliore. Considerazioni sullo scenario post-referendario, in *Il Mulino*, 2020, 120 ss.

⁸² Cfr. A.C. 1585-B cost., già approvato dalla Camera e dal Senato in prima deliberazione nel medesimo testo.

⁸³ Cfr., A.C. 1511, proposta di legge costituzionale Bruno Bossio recante “Modifiche all’articolo 58 della Costituzione, in materia di elettorato attivo e passivo per l’elezione del Senato della Repubblica”; A.C. 1647, proposta di legge costituzionale Ceccanti recante “Modifica dell’articolo 58 della Costituzione, concernente l’uniformazione dei requisiti di elettorato attivo e passivo per le elezioni del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati”; A.C. 1826 proposta di legge costituzionale Brescia ed altri recante “Modifica all’articolo 58 della Costituzione, in materia di elettorato attivo per l’elezione del Senato della Repubblica”; A.C. 1873, proposta di legge costituzionale Meloni ed altri recante “Modifiche agli articoli 56 e 58 della Costituzione, concernenti i requisiti di età per l’elezione alle cariche di deputato e di senatore”.

⁸⁴ Identità verso la quale tende anche la summenzionata proposta di revisione dell’art. 57 Cost. in materia di base territoriale per l’elezione del Senato, che, se approvata, cancellerà la “base regionale” richiesta per la trasformazione dei voti in seggi al Senato, omologandola a quella circoscrizionale richiesta per la Camera dei deputati. Cfr., Proposta di legge costituzionale Fornaro ed altri recante “*Modifiche agli articoli 57 e 83 della Costituzione, in materia di base territoriale per l’elezione del Senato della Repubblica e di riduzione del numero dei delegati regionali per l’elezione del Presidente della Repubblica*” (A.C. 2238).

della legge costituzionale n. 1 del 1953, là dove disciplina il sindacato di ammissibilità delle richieste di referendum da parte della Corte costituzionale; 3) il rinvio ad una legge da approvarsi a maggioranza qualificata per la disciplina di alcuni ulteriori profili relativi all'iniziativa legislativa popolare⁸⁵.

Su di essa, la dottrina ha indicato diversi punti critici che vanno dall'introduzione del sindacato di legittimità costituzionale preventivo sull'atto di iniziativa legislativa popolare (come sembra più corretto definirlo); a quella del numero massimo delle proposte di iniziativa popolare o alla loro eventuale sovrapposizione la cui definizione è lasciata a una legge d'attuazione del nuovo istituto, da approvarsi a maggioranza assoluta⁸⁶; all'istituzione dell'organo terzo cui spetterebbe di verificare la presenza di modifiche "non meramente formali" del testo di iniziativa popolare da parte delle Camere; alla vischiosità dello stesso concetto di modifica "non meramente formale"; alla possibilità o meno di effettuare il rinvio da parte del Presidente della Repubblica e così via⁸⁷.

È proprio con questa proposta che, a mio avviso, emerge in tutta la sua portata lo spirito antiparlamentaristico che sta attraversando tutti i partiti sia di maggioranza, che opposizione⁸⁸.

A cominciare dalla relazione che l'ha accompagnata, il cui *incipit* la dice lunga sulla concezione della democrazia rappresentativa dei suoi sottoscrittori. Per costoro, infatti, "le istituzioni rappresentative (...) incontrano innumerevoli difficoltà nel rispondere ai bisogni e alle domande dei cittadini. Il senso di sfiducia nelle istituzioni rappresentative, che si riscontra in tutto l'Occidente, non solo si traduce in disimpegno e disaffezione verso la vita politica, ma esprime anche una grande domanda di maggiore e migliore partecipazione e coinvolgimento da parte dei

⁸⁵ Cfr., A.C. 1173, proposta di legge costituzionale D'Uva e altri, recante "Modifica all'articolo 71 della Costituzione in materia di iniziativa legislativa popolare", cui sono state abbinate le proposte di legge C. 726 Ceccanti e altri, recante "Modifica dell'articolo 71 della Costituzione, concernente l'iniziativa delle leggi e l'introduzione del referendum propositivo"; C. 727 Ceccanti e altri, recante "Modifica all'articolo 75 della Costituzione, concernente la determinazione del quorum per la validità del referendum abrogativo"; A.C. 1447, d'iniziativa del deputato Magi, recante "Modifiche agli articoli 71 e 75 della Costituzione, in materia di iniziativa legislativa popolare e di referendum".

⁸⁶ Cfr., tra gli altri, G. GRASSO, La balestra di Guglielmo Tell e l'iniziativa legislativa popolare. Note minime a proposito del disegno di legge costituzionale in materia di iniziativa legislativa popolare e di referendum, in Osservatorio AIC, 2019, 245 ss

⁸⁷ Le questioni problematiche sollevate in relazione a questa proposta di legge costituzionale sono state moltissime. In dottrina, le sintetizza efficacemente E. LEHNER, *Popular Initiative e responsività degli eletti: il fine giustifica i mezzi?*, in *Studi senesi*, 2019, 565-566 e, della stessa Autrice, si veda ora il bell'intervento dal titolo *Il progetto di riforma degli artt. 71 e 75 Cost.: il fine giustifica i mezzi?*, in *labriforme.info*, 3 novembre 2020. Nel merito, si vedano le *Audizioni informali dinanzi alla I Commissione (Affari costituzionali) della Camera dei Deputati nelle proposte di legge costituzionale "C. 726 - Ceccanti e altri" e "C. 1173 - D'Uva e altri"*, di *Modifica dell'articolo 71 della Costituzione in materia di iniziativa legislativa popolare*, dei Professori C. PINELLI, S. BONFIGLIO, E. PALICI DI SUNI, A. MORRONE,

A. PERTICI, M. VOLPI (3 dicembre 2018); G. GUZZETTA, G. D'ALESSANDRO, M. VILLONE, G. TARLI BARBIERI, V. ONIDA, D. PORENA, M. LUCIANI, G. AZZARITI, S. CURRERI, C. FUSARO (4 dicembre 2018); F. LANCHESTER, F. CLEMENTI (6 dicembre 2018); S. BELLOMIA, A. MANGIA (7 dicembre 2018). Si vedano, altresì, le *Audizioni davanti alla I Commissione Permanente del Senato della Repubblica (Affari Costituzionali) nell'ambito dell'esame del Disegno di legge costituzionale AS 1089, recante Disposizioni in materia di iniziativa legislativa popolare e di referendum*, dei Professori D. PORENA, E. PALICI DI SUNI, A. MORRONE (12 marzo 2019); M. LUCIANI, S. BELLOMIA, G. TARLI BARBIERI, F.S. MARINI, M. VOLPI, M. BELLETTI, (13 marzo 2019); S. CURRERI (9 aprile 2019); G. GRASSO (10 aprile 2019).

⁸⁸ Cfr., P. PASQUINO, *Popolo o élite? Il referendum propositivo e la retorica della democrazia diretta*, in *costituzione.info*, 23 aprile 2019, 1, secondo il quale "una parte della dottrina così come anche l'ideologia dei proponenti della riforma dell'art. 71 parte dall'ipotesi che esista qualcosa come una volontà legislativa popolare, che verrebbe delegata ai rappresentanti eletti. Sul modello del potere giudiziario nella monarchia assoluta, il nuovo sovrano, il popolo, ne conserverebbe una parte, sicché si potrebbe parlare di *pouvoir législatif retenu* da parte del popolo - come si parlava nelle Francia dell'antico regime di *justice retenue*, da parte del re -, un potere che il popolo recupererebbe con l'esercizio del referendum".

cittadini (...). Per rispondere a queste esigenze occorre potenziare e rendere effettivi gli strumenti di democrazia diretta”⁸⁹.

Cioè a dire: la democrazia rappresentativa è in crisi, quindi, aumentiamo gli strumenti di democrazia diretta⁹⁰. Un assunto che, di per sé, con tutti i dovuti distinguo, potrebbe anche essere parzialmente accettabile, se non fosse che nelle intenzioni del legislatore costituzionale sembra esserci, neanche tanto celata, una deriva antiparlamentaristica tutt’altro che condivisibile, oltre che un’intollerabile esaltazione della componente plebiscitaria degli istituti che si intendono riformare, che, per giunta, dovrebbero configurarsi, sempre e comunque, come di democrazia partecipativa e non di democrazia diretta, come, invece, sono stati impropriamente definiti in tutte le proposte di revisione costituzionale al riguardo⁹¹.

La proposta *de qua* prevede, in merito al referendum abrogativo, un abbassamento del *quorum* strutturale che non dovrà più raggiungere la metà più uno degli aventi diritto al voto, ma un ben più agevole 25% dei voti validamente espressi, vanificando di fatto la differenza tra *quorum* strutturale e *quorum* funzionale e rendendo più piana la strada per l’approvazione dei referendum abrogativi⁹².

Anche questo, ovviamente, incide sulla rappresentanza parlamentare, perché l’abrogazione è pur sempre normazione negativa e, dunque, rendere più semplice la fruibilità del referendum abrogativo equivale ad incoraggiare l’uso di uno strumento che trova la sua *ratio* nella cancellazione di quelle leggi approvate in Parlamento sulle quali, in base all’opinione del comitato promotore (e quindi di un gruppo di persone che si organizza *politicamente* e cerca di opporsi alla volontà parlamentare che si è fatta legge) non vi è più consonanza tra rappresentanti e rappresentati⁹³.

⁸⁹ Cfr., *Relazione*, A.C. 1173, cit., 1.

⁹⁰ Ha ragione, dunque, C. FUSARO, *Audizione*, cit., 2, quando sottolinea che il metodo della revisione puntuale della Costituzione “non consente un approccio bilanciato: in particolare non dà alcuna garanzia di un rafforzamento del ruolo del Parlamento contestuale con il proposto rafforzamento degli istituti di partecipazione popolare” e che “di più: il parallelo e distinto progetto di riduzione dei parlamentari all’esame del Senato si caratterizza, al contrario, proprio perché non solo *non rilancia in alcun modo il ruolo del Parlamento*, non scalfendo l’insostenibile bicameralismo indifferenziato che caratterizza il nostro ordinamento ma avrebbe l’effetto di perpetuarlo, mentre nel contempo avrebbe come ulteriore conseguenza il *rendere più problematico l’efficace esercizio della funzione rappresentativa* (a causa del forte innalzamento del rapporto fra singolo parlamentare e popolazione rappresentata)” (corsivi miei).

⁹¹ Sulla differenza tra democrazia diretta e democrazia partecipativa, si veda, per tutti, definitivamente, M. LUCIANI, *Il referendum abrogativo*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO, *Commentario della Costituzione*, Bologna, 2005, 1 ss. Secondo G. AZZARITI, *Dopo il referendum costituzionale. Crisi della rappresentanza e riforma del parlamento*, in *costituzionalismo.it*, 2017, X-XI, l’iniziativa legislativa popolare potrebbe rappresentare uno strumento “non solo di efficace partecipazione, ma persino pedagogico per ridare al popolo la fiducia sul ruolo delle istituzioni, se solo si ponesse in essere quel che da tempo è stato teorizzato: non c’è bisogno di nessuna grande riforma per resuscitare uno strumento ucciso dalla sordità del Parlamento. È l’assenza di ogni obbligo di discutere i disegni di legge popolare e la mancanza di una corsia privilegiata per tali disegni di legge che hanno reso queste iniziative solo fonte di frustrazione e rabbia, concorrendo alla delegittimazione del Parlamento. Credo sia giunto il momento per pretendere quella piccola modifica dei regolamenti parlamentari che da tempo è stata auspicata: si garantisca la calendarizzazione entro sei mesi dei disegni di legge di iniziativa popolare e l’obbligo di giungere a decidere nel merito”.

⁹² Cfr., A. MORRONE, *Audizione*, 3 dicembre 2018, cit., 1 ss. In questa sede, non analizzerò tutte le altre implicazioni e complicazioni che riguardano le proposte di revisione avanzate sul tema, circoscrivendo il tema a quello della crisi della rappresentanza e del Parlamento come organo di sintesi delle diverse posizioni politiche.

⁹³ Diversamente dall’opinione comune, il voto segreto previsto per la votazione sul referendum non deriva “da principi democratici, ma da altre considerazioni, in parte di giustizia in generale in parte di giustizia nel senso di un individualismo liberale”. Così, C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., 333.

Riguardo all'iniziativa legislativa popolare la questione si fa ancora più delicata⁹⁴.

La proposta di revisione costituzionale, infatti, prevede che all'iniziativa legislativa popolare già disciplinata dall'art. 71, comma 2, Cost., se ne aggiunga una seconda, che si attiverebbe laddove la proposta di legge fosse sottoscritta da almeno elettori (che, proprio per questo, si definirebbe "rinforzata")⁹⁵. In questo caso, si prospetterebbero quattro alternative:

- 1) entro diciotto mesi dalla sua presentazione le Camere *non approvano* l'iniziativa legislativa popolare e allora viene indetto un referendum per deliberarne l'approvazione da parte del popolo;
- 2) entro diciotto mesi dalla sua presentazione le Camere *approvano* la legge di iniziativa popolare *senza* modifiche o *con modifiche meramente formali*, nel qual caso la legge viene regolarmente promulgata e pubblicata;
- 3) entro diciotto mesi dalla sua presentazione le Camere *approvano* la legge di iniziativa popolare *con modifiche non meramente formali*, ma i promotori dell'iniziativa legislativa decidono di *rinunciare* alla votazione popolare e quindi la legge già approvata dal Parlamento viene promulgata e pubblicata;
- 4) entro diciotto mesi dalla sua presentazione le Camere *approvano* la legge di iniziativa popolare *con modifiche non meramente formali* e i promotori dell'iniziativa decidono di richiedere l'indizione del referendum sulla proposta presentata, sospendendo l'entrata in vigore di quella già approvata dal Parlamento e rimettendo il testo originario alla deliberazione del popolo⁹⁶.

In quest'ultimo caso si aprono due ulteriori scenari:

- a) la proposta di legge *non è approvata dal voto popolare* e allora si procede alla promulgazione della legge già approvata dalle Camere e momentaneamente "congelata";
- b) la proposta di legge è approvata dal voto popolare e allora è quest'ultima a venire promulgata e pubblicata.

Mi sembra evidente che ciò che si introdurrebbe in Costituzione -laddove tale modifica fosse approvata- è un istituto tutt'altro che armonico con l'impianto decisamente rappresentativo che disegna la nostra Carta costituzionale: né armonico, né ad essa complementare⁹⁷.

⁹⁴ Che si tratti di una proposta di riforma divisiva e controversa è sottolineato da E. CHELLI, *Iniziativa legislativa e referendum, le proposte di revisione costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 2019, 180 ss. Sull'iniziativa popolare si vedano anche le acute osservazioni di M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione?*, cit., 71 ss.

⁹⁵ Sono importanti i rilievi di chi ha sottolineato come, mediante l'istituto dell'iniziativa legislativa popolare, si riuscirebbero ad evitare le distorsioni provocate dai referendum manipolativi. Sul punto, I.A. NICOTRA, *Referendum propositivo e democrazia rappresentativa: alla ricerca di una sintesi*, in *federalismi.it*, 22 maggio 2019, 6.

⁹⁶ Sul punto, si vedano le osservazioni di M. LUCIANI, *Audizione*, 13 marzo 2019, cit., 11, che sottolinea la difficoltà nello stabilire in cosa potrebbero consistere le modifiche non meramente formali, affermando che "si potrebbe stabilire che al voto popolare si passa quando la legge ha modificato «i principi ispiratori della complessiva disciplina preesistente» ovvero «i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti»".

⁹⁷ "Il destino delle nostre forme di governo è rappresentativo ed è illusorio (...) immaginare di attivare una sorta di «presa diretta» fra cittadini e istituzioni attraverso gli strumenti della rete che sia in grado di fornire un soddisfacente rendimento democratico". Così, M. LUCIANI, *Audizione*, 4 dicembre 2018, cit., 1.

10. LA PROPOSTA DI REVISIONE COSTITUZIONALE SULL'INIZIATIVA LEGISLATIVA POPOLARE E LE QUESTIONI IRRISOLTE: VERSO UNA DELEGITTIMAZIONE DEL PARLAMENTO?

In questo “nuovo” art. 71, Cost., vi sarebbero -mi permetto di segnalare -, almeno sei questioni (ma in realtà, come accennato, sono molte di più) che rischiano di determinare una contrapposizione difficilmente sanabile -e finanche pericolosa- tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa⁹⁸.

In primo luogo, ogni volta che viene presentata un'iniziativa legislativa popolare rinforzata le Camere si troverebbero di fronte ad un'alternativa obbligata: o calendarizzare e approvare la proposta di legge senza modifiche sostanziali oppure vedersi sottrarre la propria potestà legislativa dal referendum approvativo (che poi non è neanche la denominazione corretta dell'istituto in commento, giacché in questo caso, come detto, sarebbe più esatto parlare di iniziativa popolare indiretta)⁹⁹. Credo che nelle intenzioni del legislatore una tale previsione sia stata introdotta per stimolare il Parlamento ad una valutazione seria e responsabile anche delle proposte di iniziativa popolare, finora certamente non tenute nella dovuta considerazione.¹⁰⁰ Ciononostante, è indubbio che in questo modo si ponga in essere una sorta di coercizione della volontà del Parlamento che a me pare poco compatibile con la nostra forma di Stato e di governo¹⁰¹. Una volta che si obbliga il Parlamento ad approvare la legge senza modifiche sostanziali altrimenti potrebbe darsi luogo al referendum approvativo, è impensabile immaginare che tale meccanismo non incida sulla sua libertà di scegliere sull'*an*, sul *quomodo* e sul *quando* approvare detto testo legislativo¹⁰². Come conciliare questa norma con l'art. 70, Cost., che attribuisce la funzione legislativa collettivamente a entrambe le Camere? ¹⁰³Si tratta di

⁹⁸ Cfr., M. BELLETTI, I rischi di sbilanciamento e di contrapposizione tra democrazia partecipativa e democrazia rappresentativa nel ddl AS n. 1089, recante Disposizioni in materia di iniziativa legislativa popolare e di referendum, in *federalismi.it*, 2019, 3 ss.

⁹⁹ Cfr., M. LUCIANI, *Audizione*, 4 dicembre 2018, *cit.*, 1, che giustamente afferma: “la precisazione terminologica è importante, perché il referendum è una votazione che tocca un *decisum* proveniente «dall'alto», mentre l'iniziativa popolare chiama gli elettori a pronunciarsi su un *decisum* che viene «dal basso»”.

¹⁰⁰ Come noto, sino ad oggi il numero di leggi di iniziativa popolare approvate è stato davvero esiguo. Sottolinea questo profilo A. PERTICI, *Audizione*, 3 dicembre 2018, *cit.*, 2, quando evidenzia che la proposta di legge in oggetto muove anche dall'intento di “rendere effettivo il potere d'iniziativa legislativa dei cittadini, le cui proposte sono oggi generalmente ignorate dalle Camere o assorbite in progetti relativi alla stessa materia ma dai contenuti molto lontani da quelli su cui erano state raccolte le sottoscrizioni popolari”. *Contra*, A. FUSARO, *Audizione*, 5 dicembre 2018, *cit.*, 6, che sottolinea come lo stesso problema abbia afflitto la “stragrande maggioranza, anzi la (della) quasi totalità delle iniziative di singoli parlamentari, quando non rappresentative di interi gruppi e non sostenute dalla maggioranza e dal Governo”.

¹⁰¹ Come egregiamente affermato, infatti, “la revisione riguarda la fase costitutiva del procedimento di formazione delle leggi, imponendo al Parlamento la mera ratifica di un articolato presentato da 500.000 elettori, in assenza della quale si attribuisce al corpo elettorale il potere di approvarlo o di respingerlo, mediante referendum deliberativo” (il corsivo è mio). Così, E. LEHNER, *Popular Initiative*, *cit.*, 566. Vi è anche chi sottolinea come “il fatto che la proposta di legge popolare debba essere preventivamente discussa dalle Camere e solo successivamente allo scadere di un termine prefissato in Costituzione, sia possibile l'avvio di un procedimento che sfoci in un referendum approvativo, testimonia della volontà di coordinare democrazia diretta e democrazia rappresentativa che caratterizza il documento”. Così, A. MANGIA, *Audizione*, 7 dicembre 2018, *cit.*, 9.

¹⁰² Cfr., Corte cost., sent. 2 novembre 1996, n. 379.

¹⁰³ Come afferma U. DE SIERVO, *Iniziativa legislativa e referendum, le proposte di revisione costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 2019, 236 ss., “il cuore di questa pericolosa progettazione” risiede “nello svuotamento radicale che si produrrebbe nella titolarità del potere legislativo da parte del nostro Parlamento a vantaggio dei soggetti che gestiranno le particolari iniziative legislative previste nel d.d.l. cost.: queste, infatti, o vengono approvate dal Parlamento entro diciotto mesi dalla loro presentazione o producono l'indizione di un referendum popolare su di esse, anche se il Parlamento avesse adottato in materia una legislazione sostanzialmente diversa”. Di opinione contraria G. D'ALESSANDRO, *Audizione*, 4 dicembre 2018, *cit.*, 4, “l'iniziativa popolare indiretta non sottrae in ogni caso alle Camere la funzione legislativa” perché è solo “la mancata o carente deliberazione delle Camere sul progetto d'iniziativa

un'iniziativa legislativa "privilegiata"? Avremo, dunque, iniziative legislative a "due velocità"? Iniziative dove, in un modo o in un altro, sussiste un ipotetico obbligo giuridico di arrivare ad una votazione su un testo di legge e iniziative per le quali tale obbligo non sussiste? È compatibile questo meccanismo con l'art. 72 Cost. che disciplina l'iter legislativo? È compatibile con l'architettura costituzionale repubblicana e con la forma di governo parlamentare? Quante deroghe implicite ad altri importanti articoli della Costituzione si danno attraverso l'introduzione di questo tipo di iniziativa legislativa popolare?¹⁰⁴

Non solo, ma *anche* dal punto di vista del cittadino avente diritto al voto mi sembra che in questa ipotesi che stiamo analizzando si abbia una qualche coercizione della sua volontà, giacché egli si troverà di fronte ad un'alternativa che suona più o meno così: o approvi la legge come proposta *ab origine* dal "popolo"¹⁰⁵ oppure entrerà in vigore la legge approvata dal Parlamento con modifiche sostanziali (non mi sembra, infatti, che sia prevista la possibilità di apportarne una volta indetto il referendum). E se il cittadino preferisse mantenere la legislazione vigente? Se la proposta di legge necessitasse davvero di modifiche sostanziali? Ricordiamoci che in fase di approvazione referendaria l'elettore si troverà di fronte a una mera alternativa: votare "Sì" o "No" a quel testo di legge predisposto dal Comitato promotore (cioè, da una *élite extraparlamentare*)¹⁰⁶ in fase di iniziativa¹⁰⁷, il che pone sul tavolo l'ulteriore problema relativo alla sua omogeneità, che, come giustamente sottolineato, se può sostenersi nel caso di iniziativa popolare, mal si concilia quando l'iniziativa è parlamentare¹⁰⁸.

In terzo luogo, il prevedere che il comitato promotore possa sottoporre a referendum approvativo una proposta di legge che è già stata formalmente approvata dal Parlamento (mi riferisco all'ipotesi di approvazione con modifiche sostanziali rispetto all'iniziativa popolare) appare davvero singolare. Si avrebbe, in questo caso, una sorta di competizione o giustapposizione tra la volontà popolare espressa dal canale rappresentativo e quella espressa dal canale partecipativo che pone in termini radicali l'alternativa tra l'una e l'altra "creando un modo di

¹⁰⁴ È chiaro, infatti, che la centralità dell'oggetto trattato fa sì che ogni scelta compiuta in questa materia si riverberi sull'intera architettura costituzionale. così, M. LUCIANI, *Audizione*, 4 dicembre 2018, *cit.*, 1.

¹⁰⁵ Che poi, ovviamente, non è il "popolo" a proporla, ma il corpo elettorale quindi una frazione di esso. Si tratta, infatti, "di una iniziativa di soggetti che non sono il popolo e che pretendono di esprimerne le domande alle quali un quarto degli elettori dovranno dare una risposta". Così, P. PASQUINO, *Popolo o élite?*, *cit.*, 2,

¹⁰⁶ Cfr., P. PASQUINO, *Popolo o élite?*, *cit.*, 2, secondo il quale il Comitato promotore è composto "da un gruppo di cittadini che si auto-erige al ruolo di rappresentanti, alternativi al Parlamento". Sul punto, le illuminanti riflessioni di C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, *cit.*, 317, che afferma "se un partito con un numero di iscritti sufficientemente grande organizzasse un ufficio per proporre stabilmente iniziative popolari, verrebbe allora a cadere il senso della regolamentazione legislativa costituzionale e si avrebbe quindi non più una iniziativa «del popolo», ma una iniziativa «del partito»".

¹⁰⁷ Ma, come acutamente sottolinea E. LEHNER, *Popular Initiative*, *cit.*, 569, nel caso di legge parlamentare conforme all'iniziativa popolare "la discussione non avrà avuto luogo, se non in ordine a questioni meramente formali, perché stavolta sarà stato il Parlamento a doversi limitare ad una votazione secca del progetto".

¹⁰⁸ Cfr., M. LUCIANI, *Audizione*, 13 marzo 2019, *cit.*, 5, che afferma "sebbene la disomogeneità della legge possa avere una qualche influenza sull'apprezzamento della sua ragionevolezza, essa non è mai direttamente viziente, né potrebbe esserlo, perché la legge trova in se stessa, nel suo procedimento parlamentare di approvazione, quella "matrice razionalmente unitaria" che la Corte costituzionale, con la sent. n. 16 del 1978, ha imposto al referendum abrogativo. Il limite dell'omogeneità, dunque, ha senso solo per la legge d'iniziativa popolare, non per la legge parlamentare. Nel testo approvato dalla Camera, però, i due piani si confondono". Sul punto, si veda altresì P. CARNEVALE, *A proposito del disegno di legge costituzionale AS n. 1089, in tema di revisione degli artt. 71 e 75 della Costituzione. Prime considerazioni*, in *Osservatorio AIC*, 2019, 184 ss.

produzione di leggi (...) palesemente sostitutivo rispetto a quello parlamentare”¹⁰⁹.

Inoltre, nelle more dell’esito referendario, cosa accadrebbe alla legge di approvazione parlamentare?¹¹⁰ Mi sembra evidente che la norma abbia tratto ispirazione dall’art. 138, Cost., che sospende l’entrata in vigore delle leggi di revisione costituzionale quando su di esse sia stato indetto un referendum costituzionale e sino all’esito di quest’ultimo. Con la differenza, non banale, che mentre in questo caso il referendum ha natura oppositiva¹¹¹, nel caso del referendum previsto dalla novella dell’art. 71, Cost., avrebbe natura approvativa. A meno di non voler ritenere che, per come si è affermato nel diritto vivente, anche il referendum costituzionale abbia natura approvativa (cosa a mio avviso difficilmente sostenibile stanti i soggetti legittimati a proporlo, tra i quali spicca per la sua importanza un quinto dei membri di ciascuna Camera)¹¹². Il rischio, comunque, di pericolose torsioni in senso plebiscitario non mi sembra peregrino.

Così come mi chiedo cosa potrebbe accadere se, sempre nelle more dell’esito referendario, le Assemblee approvassero un’altra disciplina legislativa sulla stessa identica materia soggetta al referendum, *ma di iniziativa legislativa parlamentare o governativa* (o degli altri soggetti cui la Costituzione ne attribuisce la potestà). L’approvazione di questa legge vanificherebbe il voto referendario? Si dovrebbe, cioè, non dare più corso alle operazioni referendarie per sopravvenienza di una nuova disciplina legislativa? Oppure, trattandosi di altro procedimento, si dovrebbe andare comunque al voto popolare? E, in ipotesi, l’approvazione della legge di iniziativa popolare insistente sullo stesso oggetto da parte del corpo elettorale cosa comporterebbe dal punto di vista della successione delle leggi nel tempo? La Corte costituzionale, durante il sindacato sull’ammissibilità del referendum approvativo avrebbe il dovere di controllare anche l’esistenza di proposte di legge di iniziativa *non* popolare sullo stesso oggetto? In caso affermativo dovrebbe dichiararne l’inammissibilità?¹¹³

¹⁰⁹ Come giustamente segnalato da P. PASQUINO, *Popolo o élite?*, cit., 4, “la proposta di riforma del 71 non suggerisce un controllo sul Parlamento, ma fa nascere un legislatore alternativo che origina, per quanto riguarda l’iniziativa della legge, dal Comitato promotore e per quanto riguarda la decisione da un limitato numero di elettori, che possono mettere in scacco la maggioranza scelta dagli elettori ed il governo”. Sul punto, si veda anche S. CECCANTI, *Abbiamo bisogno del referendum propositivo?*, in *Il Mulino*, 2019, 248; A. MORRONE, *Audizione*, 3 dicembre 2018, cit., 2, secondo il quale si postula “un mutamento relativo al rapporto tra cd. democrazia rappresentativa e cd. democrazia diretta, nel senso di un deciso rafforzamento di quest’ultima nella direzione di una potenziale concorrenza con la prima”. Ma, *contra*, G. D’ALESSANDRO, *Audizione*, 4 dicembre 2018, cit., 4, secondo il quale “prevedendo un’iniziativa legislativa popolare “indiretta”, e cioè, come si è detto, un intervento “approvativo” del corpo elettorale solo dopo l’inerzia o l’intervento delle Camere (con un controprogetto) non condiviso dai promotori, il nuovo istituto partecipativo non si presenta come una forma deliberativa «isolata», in cui si consente al popolo di agire in piena, totale e autonoma «sostituzione» rispetto alla volontà decisionale delle istituzioni rappresentative, ma come uno strumento potenzialmente attivabile là dove le Camere non abbiano deliberato nei termini costituzionalmente prefissati su un progetto di legge d’iniziativa popolare”.

¹¹⁰ Ritene che in questo caso “il voto popolare finirebbe comunque per risolvere un dissidio fra promotori e Parlamento”, M. LUCIANI, *Audizione*, 13 marzo 2019, cit., 9.

¹¹¹ Cfr., Corte cost., sent. 14 novembre 2000, n. 496, cons. dir. 4, che chiarisce “all’interno del procedimento di formazione delle leggi costituzionali il popolo interviene infatti solo come istanza di freno, di conservazione e di garanzia, ovvero di conferma successiva, rispetto ad una volontà parlamentare di revisione già perfetta, che, in assenza di un pronunciamento popolare, consolida comunque i propri effetti giuridici”.

¹¹² Indipendentemente dalla natura del referendum costituzionale, è stato giustamente sottolineato come in quel caso, “il corpo elettorale si *aggiunge* alle Camere, per confermare o per opporsi ad una decisione parlamentare, mentre con il referendum abrogativo e con quello propositivo il corpo elettorale si *sostituisce* interamente alle Camere per una decisione che spetterebbe alla competenza loro attribuita dall’art. 70 della Costituzione”. Così, E. PALICI DI SUNI, *Iniziativa legislativa e referendum, le proposte di revisione costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 2019, 212, 213.

¹¹³ Denuncia il rischio di politicizzazione del controllo di ammissibilità del referendum propositivo, A. MORELLI, *Il referendum propositivo*, cit., 5.

Altro problema, sul quale non mi pare si sia soffermato il legislatore costituzionale, è quello (che si collega a quanto poc'anzi accennato) della natura di questa fonte del diritto. Perché a me sembra che si tratti di una legge ordinaria proprio come quelle disciplinate dall'art. 72, Cost., almeno quando approvata in sede parlamentare. Ma laddove fosse approvata in sede referendaria? Di fronte a quale tipo di legge ci troveremmo? Sarebbe configurabile anch'essa come legge ordinaria? Quale sarebbe la sua efficacia? Si tratterebbe di una legge atipica?¹¹⁴ Di una legge rinforzata? Di una "legge referendaria" (il che è chiaramente un ossimoro)? E chi sarebbe il soggetto legittimato a modificarla e/o abrogarla in tutto o in parte? Lo stesso che l'ha approvata? Potrebbe il Parlamento apportare modifiche a questa legge approvandone una successiva che disciplini lo stesso oggetto dando luogo alla normale successione delle leggi nel tempo?¹¹⁵ Tutti interrogativi sui quali non si può, allo stato, dare una risposta e la cui risoluzione, se il testo non dovesse cambiare, sarà, come troppo spesso accade, delegata alla Corte costituzionale.

11. CRISI DELLA RAPPRESENTANZA, FINANZA GLOBALE E DISINTERMEDIAZIONE

Così prospettata, dunque, la questione appare alquanto perniciosa.

È vero, la rappresentanza è in crisi, ma bisognerebbe, interrogandosi sulle cause di questa crisi, cercare di risolverle nel quadro dello Stato democratico pluralista, non *oltre* o forse -persino- *contro* di esso. La crisi della rappresentanza e dei principi fondamentali sui quali essa si basa, il principio democratico su tutti, non è nata oggi, né si può affermare che sia una novità nel panorama giuridico mondiale. Essa si presenta (o, meglio, si ripresenta) oggi, in tutta la sua ampiezza, sulla spinta dei fenomeni populistici cui abbiamo accennato, ma di certo non è un fenomeno nuovo¹¹⁶.

Il perché di questa crisi, è noto, risiede in più di una ragione ed attiene alla crisi dello Stato, che è poi crisi delle Costituzioni e del costituzionalismo moderno, di cui essa rappresenta uno dei corollari più importanti (insieme alla crisi dello Stato sociale)¹¹⁷.

Le sue cause? Moltissime, endogene ed esogene al fenomeno statale.

Endogene, perché da tempo le istanze della rappresentanza, da una parte, sono sovrastate da quelle della governabilità, che si estrinsecano attraverso l'uso ormai costante della decretazione d'urgenza e dei *maxi-emendamenti*, la pratica, instaurata sempre più

¹¹⁴ Cfr., A. MORELLI, *Il referendum propositivo*, cit., 7-8.

¹¹⁵ Il problema si pone riguardo ai limiti che l'approvazione del referendum imporrebbe alle facoltà del legislatore, analogamente a quanto accade con il referendum abrogativo. Cfr., D. PORENA, *Referendum "legislativo" e istituti di democrazia partecipativa: si scorge all'orizzonte l'ipotesi di un modello di produzione normativa di tipo "binario" e "semi-rappresentativo?"*, in *Rivista AIC*, 2020, 202 ss.

¹¹⁶ Cfr., ex plurimis, A. RUGGERI, *Crisi della rappresentanza politica e "Stato giurisdizionale"* (nota minima su un'annosa e irrisolta questione), in *federalismi.it*, 28 novembre 2018, 2 ss.; F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello stato rappresentativo*, Padova, 2000, 192 ss.; L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, 2013, 250, che afferma "la democrazia, nelle sue diverse e complesse forme, dimensioni e livelli, è una costruzione artificiale, la quale dipende dalla politica, dalle lotte sociali a suo sostegno e anche dal ruolo critico e progettuale della scienza giuridica e della cultura politica".

¹¹⁷ Cfr., G.P. FONTANA, *Parlamento: contributo ad un dizionario di storia costituzionale*, in *dirittoestoria.it*, 2020, che afferma "particolarmente evidenti e significativi risultano essere, peraltro, i legami del parlamentarismo con la teoria e la prassi del costituzionalismo, tanto da poter considerare il diritto parlamentare come avanguardia del diritto costituzionale". Sulla crisi del costituzionalismo, G. AZZARITI, S. DELLAVALLE, *Crisi del costituzionalismo e ordine giuridico sovranazionale*, Napoli, 2014, 13 ss.

frequentemente dal Governo, di porre la questione di fiducia sulla maggior parte dei suoi disegni di legge e così via¹¹⁸. Dall'altra, sono fiaccate dalla dissoluzione del concetto di partito politico, ormai considerato prevalentemente una mera macchina elettorale¹¹⁹, il luogo principe degli intrighi e della spartizione del potere¹²⁰, invece di essere visto, come dovrebbe, come il luogo nel quale i cittadini concorrono a determinare (*anche* attraverso le elezioni), con metodo democratico, la politica nazionale¹²¹. Una connotazione fortemente negativa, dunque, cui consegue un'alta percentuale di astensionismo elettorale (che è un altro dei motivi sui quali si basano le critiche dei populismi contemporanei), che dimentica la lezione dei classici per cui "la consistenza della democrazia nello Stato dipende dalla cura della democrazia nei partiti"¹²².

A questi argomenti, è necessario aggiungere anche quello, di recente utilizzato anche dai sostenitori della riforma sul taglio dei parlamentari, della sostituzione della rappresentanza nazionale con quella degli altri organi elettivi -Parlamento europeo, Consigli regionali, consigli comunali, ecc.-, per cui essa, secondo un'autorevole dottrina, dal mio punto di vista non condivisibile, potrebbe trovare un'espressione parcellizzata in altri luoghi istituzionali, giacché "nel nostro sistema costituzionale la rappresentanza politica è diffusa"¹²³. Una tesi, quest'ultima, che, peraltro, si scontrerebbe anche con quanto sostenuto dalla Consulta nella sua notissima sentenza n. 106 del 2002, dove ha chiarito che "solo il Parlamento è sede della rappresentanza politica nazionale, la quale imprime alle sue funzioni una caratterizzazione tipica ed infungibile"¹²⁴.

Vi sono, poi, una serie di fattori *esogeni* al fenomeno statuale, che hanno contribuito a fiaccare il costituzionalismo e il principio rappresentativo ad esso consustanziale. È, infatti,

¹¹⁸ Cfr., *ex plurimis*, D. ALTMAN, *Citizenship and Contemporary Direct Democracy*, Cambridge, 2019, 26 ss., che afferma "la delegittimazione della democrazia rappresentativa si acutizza attraverso una serie di proposte che vanno dal rafforzamento dei poteri dell'Esecutivo, con accentuate tendenze plebiscitarie, fino all'introduzione di strumenti atti a instaurare una vera e propria democrazia diretta".

¹¹⁹ Mentre il voto dovrebbe andare ben oltre, come giustamente afferma F. BILANCIA, "Ri- porcellum" e giudicato costituzionale, in *costituzionalismo.it*, 2015, 1 ss.; L. RONCHETTI, Rappresentanza politica come rappresentanza costituzionale, in *costituzionalismo.it*, 2015, 19-20.

¹²⁰ Di "decadimento culturale e morale, al limite, certe volte, della connivenza col mondo criminale" parla Ezio Mauro in E. MAURO, G. ZAGREBELSKY, *La felicità della democrazia. Un dialogo*, Roma-Bari, 2011, 16. Si vedano, altresì, G. CASALEGGIO, B. GRILLO, *Siamo in guerra*, Milano, 2011, 14, nota 1, che affermano "la democrazia diretta non tollera l'intermediazione dei partiti, non delega il proprio futuro a dei leader televisivi di cartapesta. A cialtroni che si autoeleggono rappresentanti per lucro o per visibilità".

¹²¹ Cfr., Corte cost., sent. 20 luglio 2018, n. 170, cons. dir. 6, che afferma "la rappresentanza politica, nella Costituzione repubblicana, è in principio rappresentanza attraverso i partiti politici, i quali, ai sensi dell'art. 49 Cost., sono le associazioni che consentono ai cittadini di concorrere, con metodo democratico, a determinare, anche attraverso la partecipazione alle elezioni, la politica nazionale". Il partito politico deve essere "lo strumento essenziale perché la trasmissione del potere dalla società civile alla società politica si compia e si compia in forme consone al principio democratico". Così, M. LUCIANI, *Sul partito politico, oggi*, in *Dem. diritto*, 2010, 164. Sul punto, si veda anche A. MASTROPAOLO, *Crisi dei partiti o decadimento della democrazia?*, in *costituzionalismo.it*, 2005; M. GREGORIO, *Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento*, Giuffrè, Milano 2013, *passim*; nonché, M. MANETTI, *Costituzione*, cit., 383, che afferma "I partiti, assieme ai media tradizionali, sono accusati senza distinzione di complicità, se non di intesa corruttiva, con i potentati economici, dando luogo alla immagine di un *establishment* compatto e inattaccabile nelle sue diverse componenti: politiche ed economiche, sociali e culturali".

¹²² E. FRAENKEL, *La componente rappresentativa e plebiscitaria nello Stato costituzionale democratico*, Torino, 1994, 93.

¹²³ Così, U. DE SIERVO, *Sì al taglio dei parlamentari per ridurre il potere delle lobby*, in *Sussidiario.net*, 2 settembre 2020.

¹²⁴ Cfr., Corte cost., sent. 12 aprile 2002, n. 106, cons. dir. 4. su cui si vedano le osservazioni di F. CUOCOLO, Parlamento nazionale e «parlamenti» regionali; C. PINELLI, Continuità e discontinuità dell'impianto repubblicano nella prima pronuncia sul nuovo Titolo V; N. ZANON, La funzione unitaria del Parlamento nazionale e la revisione del titolo V; A. MANGIA, I consigli regionali e la fine della rappresentanza politica, tutte in *Giur. cost.*, 2002, risp. 873 ss.; 878 ss.; 884 ss.; 885 ss.; N. LUPO, Dalla Corte costituzionale uno "stop" (definitivo) ai Parlamenti regionali. Nota a Corte cost. n. 106/2002, in *amministrazioneincammino.luiss.it*, 10 luglio 2002.

acclarato che eventi come la globalizzazione e la transnazionalizzazione dell'economia, la crisi economico-finanziaria mondiale, la cessione della sovranità in favore di organismi sovranazionali a preminente cultura ordoliberal, l'esaltazione della tecnocrazia¹²⁵, fino al proliferare di organizzazioni e Istituzioni internazionali che disciplinano l'economico nell'interesse delle *élites* finanziarie mondiali incuranti del disagio sociale e delle fratture socio-politiche ad esse conseguenti¹²⁶, hanno affondato la loro lama fin dentro il cuore delle Costituzioni democratiche del secondo dopoguerra, provocando ferite laceranti¹²⁷.

Tra questi, un posto particolare lo occupa la trasformazione del concetto di finanza, che consegue alla definitiva trasformazione di quello di "capitale" che non è più inteso come uno strumento *del* potere, bensì ormai come *potere in sé per sé*, perché "viene impiegato, investito, fatto circolare sui mercati finanziari allo scopo di produrre immediatamente una maggior quantità di denaro", senza più passare per le strade della produzione¹²⁸.

Da qui, le nuove strade della finanza, quelle del capitale fluido e virtuale che passa di mano in mano, veloce, immateriale, su canali paralleli a quelli statuali e non soggetti ad alcun controllo democratico, destinato ad aumentare il benessere di pochi a scapito dei molti. Questi ultimi, sedotti dall'idea del guadagno "facile" e alla portata di tutti, da questo *mercato finanziario possibile ed egualitario*, dove si vive l'illusione di essere tutti uguali, perché tutti abbiamo la stessa possibilità di accrescere le nostre ricchezze nell'attimo di un *click*, hanno investito i risparmi di una vita per entrare nel *Paese delle meraviglie*, inconsapevoli, tuttavia, della "immensità del male" e del fatto che ad ogni loro *click*, dall'altra parte del mondo, c'è qualcuno che accumula ricchezze scommettendo sulla loro inesperienza e guidando le masse di capitali verso la loro concentrazione nelle mani di pochi fortunati¹²⁹.

¹²⁵ Cfr., G. CERRINA FERONI, *Organismi sovranazionali e legittimazione democratica. Spunti per una riflessione*, in C. BASSU, G.G. CARBONI (a cura di), *Rappresentanza e globalizzazione*, Torino, 2016, 45 ss. Sul problema della tecnocrazia, sia consentito rinviare a F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001, *passim*.

¹²⁶ Le ben note cleavages individuate da S.M. LIPSET, S. ROKKAN, *Cleavages Structures, Party Systems and Voter Alignments: An Introduction*, in S.M. LIPSET, S. ROKKAN (a cura di), *Party Systems and Voter Alignments: Cross National Perspectives*, New York, 1967, 1-67.

¹²⁷ La perdita di sovranità esterna "determina inevitabilmente una progressiva perdita di senso delle costituzioni, cui finisce per sfuggire la materia prima del loro disporre, e cioè il potere". Così, M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 163. Sul punto, si veda anche L. FERRAJOLI, *Democrazia e populismo*, cit., 7, anch'egli concorde nel ritenere che "il fattore principale della crisi risiede (...) nel ribaltamento prodottosi del rapporto tra politica ed economia". Lo stesso Autore individua un nesso tra liberisti e sovranisti-populisti in L. FERRAJOLI, *L'alleanza perversa tra sovranismi e liberismo*, in *costituzionalismo.it*, 2019, 3 ss., sottolineando però che "per la prima volta nella storia, la sfida globale lanciata alla ragione da queste minacce impone una politica altrettanto globale, basata su una cooperazione mondiale cui nessuna potenza potrà sottrarsi, e su un costituzionalismo mondiale che dovrà essere preso sul serio perché nell'interesse di tutti, non soltanto alla pace ma alla stessa sopravvivenza del genere umano". Così, L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, cit., 252.

¹²⁸ Così, L. GALLINO, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Torino, 2011, 11. Aveva intuito questa trasformazione già M. LUCIANI, *L'antisovrano*, cit., 168, quando scriveva "la libertà di investimento del capitale è (invece), nella società globalizzata, una libertà (l'unica) nella quale è percepibile solo il suo versante individuale: nessun valore collettivo le si contrappone, perché non esiste nessuna collettività cui imputare quel valore, e comunque non esiste nessun potere sociale che possa imporre il suo rispetto". Si veda anche M. BATTINI, *Storia in corso della democrazia autoritaria*, in L. CERASI (a cura di), *Genealogie e geografie dell'anti-democrazia nella crisi europea degli anni Trenta. Fascismi, corporativismi, laburismi*, 2019, 265, che afferma "il nazional-populismo italiano costituisce una reazione alle politiche della nuova «grande trasformazione» finanziaria globale che hanno affrancato il capitale da ogni controllo giuridico, fiscale e territoriale e hanno allargato la forbice tra l'aumento del prodotto interno lordo e l'aumento del benessere e dell'istruzione, sino a generare ineguaglianze tali da mettere a rischio i valori meritocratici ed egualitari della democrazia".

¹²⁹ fr., M. HINDMAN, *La trappola di internet. Come l'economia digitale costruisce monopoli e mina la democrazia*, Torino, 2019, 8 ss., che sottolinea come la finanza virtuale sia in grado di aggirare il controllo dei mercati.

Tutto questo è reso possibile da quel fenomeno che conosciamo come *disintermediazione*, nato per essere applicato all'economia prima e alla finanza poi e in virtù del quale tutte le attività intermedie si riducono grazie al ricorso diretto ai mercati mondiali attraverso la rete¹³⁰.

Ed è proprio questo concetto che, di fatto, è diventato uno dei punti cardine intorno al quale ruota il *metodo* degli odierni populismi: il sistematico ridimensionamento delle Assemblee parlamentari e delle loro prerogative, cui ho fatto cenno, si colloca esattamente nell'ottica della *disintermediazione politica* che punta alla trasformazione della democrazia rappresentativa in democrazia "diretta" anche grazie all'uso delle nuove tecnologie e della rete¹³¹.

12. STATO PLURICLASSE E CENTRALITÀ DEL PARLAMENTO: LA RAPPRESENTANZA COME GARANZIA DELLA DEMOCRAZIA

Provando ora a tirare le fila del discorso, nel nostro ordinamento giuridico è possibile immaginare un rapporto tra elettori ed eletti che renda superflua la mediazione dei partiti politici? È possibile sostituire la democrazia rappresentativa con quella diretta? È possibile comprimere il ruolo del Parlamento e della rappresentanza in maniera compatibile con i principi fondamentali della nostra Carta costituzionale?

La risposta, a mio avviso, non può che essere negativa.

Come la Corte costituzionale ha più volte affermato, infatti, "la Costituzione repubblicana ha instaurato una democrazia parlamentare, intendendosi dire che, come dimostra anche la precedenza attribuita dal testo costituzionale al Parlamento nell'ordine espositivo dell'apparato statuale, ha collocato il Parlamento al centro del sistema, facendone l'istituto caratterizzante l'ordinamento"¹³².

Questo perché il Parlamento ha un legame indissolubile e privilegiato con la sovranità popolare, che "costituisce inconfutabilmente un portato dei principî democratico-rappresentativi" e, pur non descrivendo i termini di una relazione di identità, è l'organo dello Stato maggiormente espressivo della sovranità popolare¹³³.

Affermazioni che lasciano pochi dubbi sulla centralità del Parlamento e sul ruolo della rappresentanza politica disegnati dal Costituente, ma anche sull'impossibilità di dare spazio a una

¹³⁰ Cfr., I. DIAMANTI, *Alla periferia della crisi*, cit., 120. Il concetto di disintermediazione è stato elaborato per la prima volta da P. HAWKEN, *The Next Economy*, New York 1984, 133 ss. Si vedano, ora, J.M. ROBLES-MORALES, A.M. CORDONA-HERNANDEZ, *Digital Political Participation, Social Networks and Big Data. Disintermediation in the Era of Web 2.0*, Cham, 2019, 2, che affermano "Disintermediation is a process that may be reversing a key aspect of our cultural, social and economic models. The rise of industrial culture brought with it the problem of how to handle many of our everyday problems directly ourselves. Our societies are structured around organizations whose role is to intervene between ordinary citizens and the spheres where the decisions that affect them are taken". Cfr., altresì, sul punto S. RODOTÁ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Bari-Roma, 2004, *passim*.

¹³¹ Cfr., A. STERPA, Come tenere insieme la "disintermediazione" istituzionale e la rappresentanza della Nazione?, in *federalismi.it*, 19 dicembre 2018, 2 ss.; F. CLEMENTI, Il fenomeno dell'associarsi politico tra crisi della rappresentanza e globalizzazione. Spunti problematici, in C. BASSU, G.G. CARBONI (a cura di), *Rappresentanza e globalizzazione*, cit., 137 ss.; M.G. RODOMONTE, Il "populismo sovranista" e l'Europa: a proposito di crisi della democrazia e del processo di integrazione europea, in *Nomos*, 2019, 3. Criticamente, sul punto, P.A. TAGUIEFF, *L'illusione populista*, cit., 38 ss. e 58 ss.

¹³² Cfr., Corte cost., sent. 23 maggio 1985, n. 154, cons. dir. 5.1.

¹³³ Cfr., Corte cost., sent. 106 del 2002, *cit.*, cons. dir. 3.

diversa forma di democrazia non più rappresentativa, bensì diretta, quanto meno nella sua “purezza” concettuale. Il riferimento alla purezza del concetto, ovviamente, non è casuale. Non vi è dubbio, infatti, che per democrazia diretta si intenda la decisione presa dal popolo “senza interruzione adunato”, ossia dal popolo *compresente* nella pubblica piazza, così come non vi è dubbio che “una vera democrazia non è mai esistita e non esisterà mai”.¹³⁴

Sono i classici che, come sempre, ci illuminano la via della conoscenza¹³⁵.

Gli istituti partecipativi, che pure sono stati previsti in Costituzione e che, come detto, potrebbero essere del tutto legittimamente (e forse anche auspicabilmente) rivisti e potenziati a patto che non fungano da grimaldello per un contestuale rafforzamento dei poteri dell'Esecutivo, sono fondamentali non tanto perché volti alla sostituzione di un certo *tipo* di democrazia con un altro, ma perché, integrando in senso democratico l'ordinamento, ne rafforzano proprio il principio rappresentativo¹³⁶.

Oggi, invece, il problema viene posto nei termini di una vera e propria contrapposizione tra rappresentanza e democrazia, una sorta di scelta ontologica tra la prima e la seconda opzione, che, però, pone l'alternativa in termini non corretti. È vero che la locuzione “democrazia rappresentativa” appare come una *contradictio in adiecto*, ma è altrettanto vero che con l'avvento dello Stato pluriclasse si trasforma l'organizzazione della società, il suo costume, la sua composizione. Con l'evolversi delle complessità sociali, economiche e politiche ed il moltiplicarsi dei bisogni avvertiti dalla collettività come fondamentali si sono moltiplicate anche le domande e gli interessi meritevoli di tutela, con la conseguenza che lo Stato ha visto lievitare a dismisura i propri compiti al punto che null'altro può esistere per garantire la democrazia se non la rappresentanza politica.

La rappresentanza, insomma, è una garanzia e un mezzo per perseguire le finalità di carattere generale cui lo Stato democratico-pluralista deve tendere¹³⁷.

Il *continuum* attraverso il quale si estrinseca la sovranità popolare è consustanziale al concetto stesso di democrazia e passa sempre attraverso la partecipazione del popolo alla determinazione della politica nazionale (grazie e) mediante i partiti politici, all'assunzione delle decisioni, formalizzate in scelte legislative di indirizzo, da parte dei rappresentanti eletti, nel quadro della funzione di indirizzo e coordinamento il cui titolare è il Parlamento, alla direzione della politica generale del governo da parte del Presidente del consiglio ex art. 95 Cost., soggetto, comunque, all'attività di controllo delle Camere e così via¹³⁸.

¹³⁴ Cfr., J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, trad. it. Maria Garin, con l'Introduzione di T. MAGRI, Roma-Bari, 2010, 97.

¹³⁵ Sul significato del termine “democrazia” sono stati versati fiumi di inchiostro. Non è, quindi, possibile, in questa sede, rendere conto della sterminata bibliografia in argomento.

¹³⁶ Cfr., M. LUCIANI, Il referendum abrogativo, cit., 13; L. CARLASSARE, Sovranità popolare e Stato di diritto, in S. LABRIOLA (a cura di), Valori e principi del regime repubblicano, cit., 163 ss.; M. DELLA MORTE, Rappresentanza vs. partecipazione?, cit., 31 ss.

¹³⁷ Cfr., G. FERRARA, Democrazia e rappresentanza politica, in *costituzionalismo.it*, 2005, 1 ss.

¹³⁸ Cfr., G. SILVESTRI, Popolo, populismo e sovranità. Riflessioni su alcuni aspetti dei rapporti tra costituzionalismo e democrazia, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO., P. VERONESI (a cura di), Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite del potere, Napoli, 2009, 2002. Che il continuum tra sovranità popolare e rappresentanza democratica sia una *fictio* nulla toglie alla sua validità nel quadro dell'attuale Costituzione democratico-rappresentativa. Sulle “finzioni” nel diritto costituzionale, R. MICCÙ, Le finzioni nel diritto pubblico. I percorsi teorici, Roma, 1999, passim; E. OLIVITO, Le finzioni nel diritto costituzionale, Napoli, 2013, passim.

È solo sulla base di queste fondamenta, dunque, che gli istituti di democrazia partecipativa possono trovare un loro armonico impianto all'interno dell'attuale quadro costituzionale evitando le radicalità portate avanti dagli odierni populismi.

13. LA MOLTIPLICAZIONE DEI POPOLI E DELLE ÉLITES: IL PRINCIPIO DEMOCRATICO E LA SUA CONCRETIZZAZIONE ATTRAVERSO LA RAPPRESENTANZA

Così impostata la questione, il tentativo di depotenziare il Parlamento, di fiaccare le istanze della rappresentanza attraverso “correttivi” tipici della democrazia partecipativa e di sostituirla le funzionalità mediante l'adozione di atti normativi e decisioni politiche dotate di valenza giuridica adottate al di fuori di esso sconta un peccato originale difficilmente sanabile, che consiste in una fallace semplificazione concettuale dell'attuale estrema complessità sociale, politica e giuridica.¹³⁹

Si dimentica, insomma, che per rispondere ai molteplici ed eterogenei bisogni della collettività la decisione politica necessita di elaborazioni speculative complesse, che non sembrano trovare spazio nella sostanziale sostituzione della rappresentanza politica con gli strumenti della partecipazione popolare (*i.e.* il referendum, l'iniziativa legislativa o l'approvazione *tout court* di proposte di leggi), dove il popolo, chiamato a votare esprimendosi esclusivamente con un “sì” o con un “no” non può dare voce alle proprie opinioni e addivenire alla decisione finale mediante la normale dialettica democratica, né far valere le proprie istanze in maniera articolata e neanche concorrere a determinare la politica del Paese, se non in forma semplificata¹⁴⁰.

In altri termini, in questo modo si ha una “moltiplicazione di soggetti che parlano per il «popolo»”, da cui discende l'evidente “moltiplicazione e contrapposizione fra eletti e non eletti – non pluralismo – la quale mina la validità dell'ordinamento rappresentativo”, che ha come unico risultato quello, poc'anzi segnalato, di accrescere il ruolo delle *élites extraparlamentari*.¹⁴¹

Con la conseguenza che, in questi casi, non si ha *più* democrazia, ma *meno* democrazia, perché il risultato di queste votazioni vale “come decisione di tutto il popolo, perciò anche come volontà di quelli che sono vinti nella votazione, inoltre come volontà di quelli che non hanno preso parte alla votazione e di quelli che non hanno diritto di voto”.¹⁴²

L'eguaglianza sostanziale prevista dall'art. 3, comma 2 Cost., è l'obiettivo primario e

¹³⁹ *Contra*, A. LUCARELLI, *Populismi e rappresentanza democratica*, cit., 67, secondo il quale “la rappresentanza del popolo, quale elemento fondativo dello Stato, dotato di rilevanza giuridica, non preclude forme di populismo che (...) si declinano in una complessità di modelli e variabili. Il tema centrale, apparentemente metagiuridico, è la visibilità, nella sua dimensione reale; ovvero quanto le esigenze del popolo siano visibili e rilevanti nell'ambito dei processi decisionali; quanto la sovranità popolare sia effettivamente rappresentata, attraverso gli istituti e gli strumenti classici della partecipazione democratica”.

¹⁴⁰ In termini, M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, cit., 397, che sottolinea come la semplificazione inevitabile del quesito referendario “essa si aggrava, alterando il senso della consultazione, quando il dibattito pubblico appare impoverito e deteriorato”, con la conseguenza che sono improponibili “oggi, e sino a quando non sarà adeguatamente rivitalizzata la sfera pubblica (...) ampliare ulteriormente le manifestazioni della c.d. democrazia diretta”. Sul punto, si veda anche P. PASQUINO, *Popolo o élite?*, cit., 2., che giustamente afferma “Il popolo (...) non può essere soggetto della legislazione, poiché esso non è in grado di formulare questioni né di discuterle suggerendo ad esempio modifiche o emendamenti”.

¹⁴¹ Cfr., P. PASQUINO, *Popolo o élite?*, cit., 2. Si veda però l'opinione di A. LUCARELLI, *Populismi e rappresentanza democratica*, cit., 58, che afferma “Istanze di maggiore equità, di rispetto della dignità delle persone, dei lavoratori, dei pensionati, in forma non soltanto sindacale, ma anche de- strutturata, sono state poste con forza sul tavolo politico, senza l'intermediazione dei partiti politici e dei sindacati”.

¹⁴² Cfr., C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., 316.

qualificante della nostra democrazia, assai diverso nella forma, e ancor di più nella sostanza, da quell'«uno è uguale uno», che ricalca quel voto personale, eguale, libero e segreto previsto dall'art. 48 Cost., fondamentale dal punto di vista della pari dignità di ciascuno, ma che nella sua essenzialità manifesta l'esigenza di un'eguaglianza meramente formale, che caratterizza le istanze populistiche di quei movimenti che oggi invocano la democrazia "diretta", concentrandone le aspirazioni unicamente nel momento dell'espressione del voto (referendario, approvativo, ecc.).¹⁴³

Ma ridurre la democrazia ("diretta" o partecipativa) ad una mera ratifica di proposte pensate, scritte e dettagliate da altri soggetti -un comitato promotore, un gruppo di saggi ovvero un mero estensore materiale della proposta su cui il popolo, anzi, il corpo elettorale, è chiamato a pronunciarsi-, non vuol forse dire, ancora una volta, attribuire a "pochi" il potere di elaborare tali proposte, ricadendo dunque proprio in quella *intermediazione* tra governanti e governati che si pretende di eliminare, con l'aggravante di coartare la possibilità di scelta del popolo e contraddicendo quel principio democratico che si intende esaltare, incidendo di fatto sulla libertà del voto stesso, in violazione degli artt. 1 e 48 della Costituzione?¹⁴⁴

Se è vero che il primo capoverso dell'art. 1, comma 2, Cost., nel disporre che "la sovranità appartiene al popolo", estrapolato dal resto della Costituzione, quasi fosse una monade, risulta essere integralmente fruibile da qualunque "tipo" di democrazia, inclusa quella invocata dagli attuali populismi, ponendo al centro del proprio universo interpretativo un concetto -forse-monolitico di popolo¹⁴⁵, è anche vero che la successiva disposizione pone un limite invalicabile alla sostituzione della democrazia rappresentativa con quella partecipativa o "diretta"¹⁴⁶.

Un limite radicato nella possibilità, per il popolo, di esercitare la propria sovranità esclusivamente "con le forme e nei limiti della Costituzione". È qui, dunque, in questa norma che risiede l'essenza della diversità tra "le" differenti democrazie e tra esse e il populismo. La Costituzione come limite del potere e al potere, questa è la democrazia costituzionale contemporanea, che si estrinseca anche e soprattutto nel principio rappresentativo: la sovranità appartiene al popolo, che -attraverso la rappresentanza- concretizza quotidianamente il principio democratico¹⁴⁷.

In questo modo la democrazia diretta e la sua rivendicazione populistica paiono chiaramente distinte e contrapposte con quanto predicato dal costituzionalismo moderno¹⁴⁸.

¹⁴³ Cfr., G. CASALEGGIO, B. GRILLO, *Siamo in guerra*, cit., 14, i quali, tuttavia, denotano una certa confusione terminologica e concettuale, nel momento in cui definiscono la democrazia diretta come quella forma di Stato nella quale "i cittadini non solo eleggono i propri rappresentanti, ma possono anche proporre e votare leggi attraverso diverse forme di partecipazione, quali la petizione popolare o il referendum". Confusione perché, come detto, mentre la democrazia diretta non prevede che il popolo decida mediante rappresentanti eletti, la democrazia rappresentativa può ben prevedere la sua contaminazione con istituti tipici della democrazia partecipativa.

¹⁴⁴ Mi esprimo volutamente, nel testo, con le stesse parole utilizzate dalla Corte costituzionale nella sua storica sentenza 16 del 1978 sul referendum abrogativo. Cfr., Corte cost., sent. 7 febbraio 1978, cons. dir. 5.

¹⁴⁵ Sulla difficoltà di considerare il popolo in maniera unitaria, G. FERRARA, *Alcune osservazioni su popolo, stato e sovranità nella Costituzione italiana*, in *Rass. di dir. pubbl.*, 1965, 269 ss.

¹⁴⁶ Ciò che importa, come insegna C. ESPOSITO, *Commento all'articolo 1 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 10, è che il popolo sia il titolare dell'esercizio della sovranità, specialmente sotto la forma di potere costituito.

¹⁴⁷ Cfr., M. BENVENUTI, *Divagazioni su popolo e populismo*, cit., 281. La bibliografia sul concetto di sovranità è sterminata. Per questo motivo ho limitato i riferimenti bibliografici ai soli Autori che ho direttamente coinvolto nel testo per sviluppare le mie riflessioni.

¹⁴⁸ *Contra*, E. LACLAU, *La ragione populista*, cit., XXXII, secondo il quale, invece, nell'addio al populismo c'è "l'addio alla politica tout

14. PULISMO, DEMOCRAZIA DIRETTA E AGORÀ TELEMATICA

Né mi sembra utile avventurarsi lungo la strada impervia e scivolosa della sostituzione della democrazia rappresentativa con quella diretta svolta nell'agorà telematica¹⁴⁹.

Oggi come oggi, la rivendicazione *democratista*¹⁵⁰ di utilizzare la Rete come *situm* delle decisioni politiche per sostituire o anche solo affiancare il Parlamento nell'espressione della volontà popolare è effettuata impropriamente, perché neanche la Rete consente l'esercizio di una democrazia diretta in senso tecnico, nonostante, per certi versi, essa possa rappresentare una straordinaria opportunità per accrescere la consapevolezza del corpo elettorale mediante un'informazione sempre più accessibile a tutti. Tuttavia, un conto è apprezzarne gli effetti positivi sul piano dell'accessibilità alle fonti di informazione, che consente la formazione di un'opinione pubblica (*rectius*, di una cittadinanza) più consapevole nel momento in cui viene chiamata a concorrere alle scelte politiche, altro è sostenere la sostituzione della democrazia rappresentativa con quella diretta della piazza telematica¹⁵¹.

Quest'ultima ipotesi è afflitta da un'evidente incompatibilità con l'attuale Costituzione repubblicana ed i suoi principi fondamentali, proprio per questo motivo insuperabile attraverso gli strumenti "ordinari" della revisione costituzionale.

Ma anche a voler ipotizzare un percorso che conduca in una qualche maniera all'instaurazione di una vera e propria democrazia diretta da esercitarsi attraverso la Rete, sussistono diversi problemi, già messi in luce da accorta dottrina, che rendono impraticabile siffatta idea e vanno dall'impossibilità di garantire che il voto sia personale, libero e segreto, come richiesto dall'art. 48 Cost.¹⁵², al tema della facoltà di intervento e di emendamento in un'agorà alla quale partecipano milioni di persone, amplificato dalla circostanza che "la democrazia elettronica per sua natura non favorisce, anzi tende ad ostacolare, quei processi deliberativi ponderati e quella efficace interazione tra le parti politiche che sono l'essenza e, insieme, la ragione di ogni moderna democrazia parlamentare"¹⁵³, a quello, non banale, dell'accesso al mezzo, al solipsismo che esso produce e molti altri ancora.

court, abbinato all'idea che la gestione di una comunità spetti a un potere amministrativo che trae legittimità dal sapere in che cosa consiste, a conti fatti, una «buona» comunità», con la conseguenza per cui il populismo rappresenta "l'elemento democratico nei sistemi rappresentativi contemporanei" (*ivi*, 168). Sul punto, si veda però la giusta riflessione di P. CIARLO, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete*, in *Rivista AIC*, 2018, 4, che, afferma "noi costituzionalisti sappiamo bene che il conflitto, culturale, politico o sociale che sia, per potersi esprimere liberamente deve essere regolato, altrimenti il più forte prevale sul più debole e il conflitto «finisce»".

¹⁴⁹ "È evidente che sull'orizzonte originario di Internet si staglia, nitido, il mito fondativo della democrazia: l'agorà di Atene". Così, S. RODOTÁ, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Bari, 2014, 13.

¹⁵⁰ Di *democratismo*, riferito alla democrazia diretta, parla anche M. LUCIANI, *L'antisovrano*, cit., 159.

¹⁵¹ Di *cyberpopulismo* parla M. REVELLI, *Populismo 2.0*, Torino, 2017, 47. Sulla democrazia elettronica, oltre agli Autori citati nelle altre note, *ex multis*, P. COSTANZO, *La democrazia elettronica: note minime sulla c.d. E-democracy*, in *Dir. inf. e dell'inf.*, 2003, 465 ss. e dello stesso A., *Il fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, in AA.VV., *Costituzionalismo e globalizzazione, Atti del XXVII Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, Salerno, 22-24 novembre 2012, Napoli, 2014, 43 ss.; M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Dir. inf. e dell'inf.*, 2015, 275 ss.; P. BECCHI, *Democrazia diretta, democrazia digitale e M5s*, in *Cyberspazio e Diritto*, 2017, 243 ss.; A. MORELLI, *Rappresentanza politica*, cit., 12 ss.

¹⁵² Cfr., T.E. FROSINI, *Internet e democrazia*, cit., 223; V. PAZÉ, *Cittadini senza politica. Politica senza cittadini*, Torino, 2016, 71.

¹⁵³ Cfr., F. GALLO, *Democrazia 4.0. La Costituzione, i cittadini e la partecipazione*, in *Rivista AIC*, 2020, 491.

La formazione della decisione pubblica, dunque, anche in questo caso (come in quello tradizionale della democrazia rappresentativa oggi sotto continuo attacco), dovrà essere “gestita”: dovrà esserci qualcuno che necessariamente formula le domande su cui sono chiamati a decidere i cittadini e che determini anche il “come” e il “quando” della consultazione popolare diretta.

Con il che, mi sembra evidente, si ricade ancora una volta nell’idea della alterità tra governanti e governati, tra minoranze strutturate egemoni e cittadini attivi, contro cui si scaglia l’odierna propaganda populistica¹⁵⁴. Saranno sempre le parti organizzate e privilegiate della popolazione (che possono accedere al mezzo o persino esserne proprietari), le vere e proprie nuove *élites* della *e-democracy* e la loro intermediazione sarà sempre e comunque necessaria¹⁵⁵.

La rappresentanza, dunque, cacciata dalla porta, rientra in forma diversa e forse, a mio avviso, più subdola, dalla finestra, con la veste della *rappresentazione*¹⁵⁶.

Se è vero che *Internet* “rappresenta il più largo spazio pubblico che l’umanità abbia conosciuto, la salvaguardia di questa sua «natura» implica (...) la concreta possibilità di esercitare «virtù civiche», dunque di dar corpo ad una cittadinanza attiva”, che sia una risorsa per la democrazia e non “la forma congeniale ai nuovi populismi”¹⁵⁷.

Questo è un punto cruciale dell’attuale riflessione giuridica: i movimenti populistici denigrano la democrazia rappresentativa, comprimono il ruolo del Parlamento sino ad auspicarne l’eliminazione, irridono i partiti politici tradizionali¹⁵⁸, inneggiano ad una maggiore e diretta governabilità sia favorendo il rafforzamento dell’Esecutivo, sia mediante l’uso esclusivo, frequente e costante di istituti della democrazia partecipativa quali i referendum elettronici (trasformati in strumenti di consenso plebiscitari)¹⁵⁹ e si autoproclamano gli unici depositari della Verità

¹⁵⁴ Nel Movimento 5 Stelle si proclama populisticamente che gli eletti sarebbero solo dei “dipendenti” degli elettori. Sul punto, G. GRASSO, *Un coup d’œil sur l’Italie. Le «Mouvement 5 étoiles» et les défis de la démocratie représentative*, relazione al 10ème Congrès de l’Association Française des Constitutionnalistes, Lille, 22-24 giugno 2017, 6 ss. del paper.

¹⁵⁵ Cfr., M. LUCIANI, *Il referendum abrogativo*, cit., 111 ss. Come afferma giustamente M. BATTINI, *Storia in corso della democrazia autoritaria*, cit., 270, la democrazia “di Internet è la versione tecnologica di forme di rappresentazione identitaria implementate «direttamente», senza l’intermediazione che è intrinseca alla rappresentanza”.

¹⁵⁶ Cfr., N. URBINATI, *Io, il popolo. Come il populismo trasforma la democrazia*, Bologna, 2020, 42, secondo la quale il populismo “non elimina l’élite, ma istituisce un nuovo tipo di élite”. Sul punto, si veda anche P. ROSANVALLON, *La legittimità democratica. Imparzialità, riflessività, prossimità*, Torino, 2015, 45; V. PAZÉ, *Crisi della rappresentanza e mandato imperativo*, in *Teoria politica*, 2014, 286, che sottolinea come, nel caso del Movimento 5 Stelle, il vincolo di mandato “lega i rappresentanti non tanto agli elettori – chiamati a ratificare decisioni già prese – ma al capo indiscusso del movimento, nonché proprietario del relativo marchio”. Sulla differenza tra rappresentanza e rappresentazione, cfr., almeno, H. HOFMANN, *Rappresentanza-rappresentazione. Parola e concetto dall’antichità all’Ottocento*, Milano, 2007, 33 ss.; E.W. BÖCKENFÖRDE, *Democrazia e rappresentanza*, in *Quad. cost.*, 1985, 227 ss., che giustamente sottolinea come il popolo si esprima sempre su sollecitazione delle élites. Dello stesso Autore, si veda anche, ovviamente, *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Milano, 2006, 377 ss.

¹⁵⁷ Cfr., S. RODOTÁ, *Una Costituzione per Internet?*, in *Pol. dir.*, 2010, 350, che mette sul tavolo un problema centrale dell’odierna riflessione politica e giuridica, assente nel suo più risalente *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, 10 ss.

¹⁵⁸ Che l’ostilità nei confronti dei partiti fosse ostilità nei confronti della democrazia lo aveva già egregiamente colto H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, cit., 55 ss. Come afferma M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, cit., 382 e 385 ss., “Chiarire che il bersaglio della critica populista è la democrazia dei partiti, e non lo Stato costituzionale nel suo complesso, non significa tuttavia negare che tale critica possa condurre, in circostanze determinate, all’instaurazione di regimi autoritari, dove la sovranità popolare è ridotta all’acclamazione del leader e le garanzie dei diritti vengono cancellate”. Si vedano, sul punto, anche F.R. DE MARTINO, *L’“uso” della Costituzione nel dibattito sulle riforme*, in *costituzionalismo.it*, in part. 96 e C. DE FIORES, *Dai partiti democratici di massa ai partiti post-democratici del leader. Profili costituzionali di una metamorfosi*, entrambi in *costituzionalismo.it*, 2018, risp. 65 ss. e 211 ss.

¹⁵⁹ Cfr., S. RODOTÁ, *Iperdemocrazia. Come cambia la sovranità democratica con il web*, Roma- Bari, 2013, 19, che afferma “Le

accusando i media tradizionali di complottismo¹⁶⁰.

Il tutto, facilitato dall'*agorà* telematica, che sottrae il potere politico ai controlli delle Istituzioni democratiche e della Costituzione¹⁶¹.

A ciò si aggiunga che, quando i movimenti populistici usano la Rete e i *social media* per la comunicazione, informazione e creazione del consenso, il rapporto con la libera stampa diventa estremamente conflittuale. *Internet* consente al capo carismatico di avere un filo diretto con i propri sostenitori, relegando la stampa indipendente nel ruolo del nemico mistificatore della realtà: la propaganda insinua continuamente l'idea che i tradizionali mezzi di comunicazione siano esclusivo appannaggio dei poteri forti e, in quanto tali, culla di complotti antidemocratici da smascherare¹⁶².

In questo senso, la piazza telematica e il rapporto diretto che, per il suo tramite, il *leader* populista riesce ad instaurare con la sua "base", parlando attraverso una voce non mediata e non contraddetta, invece di facilitare il dibattito aperto e la formazione di una coscienza politica pluralista rischia di uniformare il pensiero, favorendo acclamazioni identitarie e involuzioni autoritarie della democrazia¹⁶³.

Come è stato efficacemente affermato, insomma, "una comunità politica organizzata plebiscitariamente sarà (...) più facilmente incline ad accontentarsi di una rappresentanza che simbolizzi la volontà collettiva attraverso una singola persona, che non a tollerare una rappresentanza che rifletta attraverso un parlamento la differenziazione sociale"¹⁶⁴.

Spesso, inoltre, i movimenti populistici si scagliano contro la casta proponendo la sostituzione della democrazia rappresentativa con la democrazia diretta, suggerendo di realizzarla attraverso piattaforme informatiche che però sono di proprietà di soggetti privati, gestite in maniera verticistica, senza alcuna garanzia di trasparenza dei processi decisionali pubblici e senza

nuove possibilità tecnologiche assegnano al referendum un ruolo prima impensabile, per la rapidità e la frequenza con cui diventa possibile ricorrere ad esso. Scompare ogni possibile mediatore sociale. La casa/terminale elettronico può essere trasformata in una cabina elettorale permanente. Privata del confronto e della comunicazione reciproca, circoscritta al gioco della domanda e della risposta, la nuova democrazia di massa assumerà i caratteri di una living room democracy, di una soffocante «democrazia del tinello».

¹⁶⁰ Un rischio che, beninteso, può sussistere anche quando la Rete sia usata non da movimenti tipicamente populistici, ma anche dai tradizionali partiti politici, con la differenza che, in quest'ultimo caso, essa è solo uno dei mezzi usati per trasferire le informazioni, non l'unico, e gli effetti positivi del decentramento della discussione politica e dell'interazione tra i partecipanti dovrebbero prevalere sui rischi poc'anzi evidenziati.

¹⁶¹ Afferma giustamente C. PINELLI, *Populismo, diritto e società. Uno sguardo costituzionale*, in *Questione giustizia*, 2019, 33, che "le garanzie costituzionali sono (...) totalmente estranee ai populistici, in quanto sono preordinate a limitare il potere politico, per cui la minaccia investe la loro ragion d'essere". Sul punto, si veda anche P. COSTANZO, *La «democrazia digitale» (precauzioni per l'uso)*, in *Dir. Pubbl.*, 2019, 71 ss. Di democrazia del pubblico parla B. MANIN, *The principles of representative government*, cit., 206 ss.

¹⁶² Cfr., A. SPADARO, *Costituzionalismo versus populismo. (Sulla c.d. deriva populistico- plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee)*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO., P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite del potere*, Napoli, 2009, 2035; G. DI COSIMO, *Personale e digitale: le metamorfosi del partito*, in *Forum di Quad. cost.*, 17 gennaio 2019, 1 ss.; P. CHIANTERA-STUTTE, *Rappresentanza politica e populismo*, cit., 103 ss.

¹⁶³ "L'idea che la voce non mediata e non contraddetta del *leader* rappresenti la verità opera in *tandem* con la storia secondo cui i media tradizionali non offrono all'opinione pubblica altro che bugie". Così, F. FINCHELSTEIN, *Dai fascismi ai populismi. Storia, politica e demagogia nel mondo attuale*, Roma, 2019, 99. Per A. LUCARELLI, *Populismi e rappresentanza democratica*, cit., 130, nella rete, in realtà, si sviluppa "un'apparente libertà e democrazia, incapace di mettere in collegamento strutturale e funzionale la società con le istituzioni, ma soprattutto sottoposta al controllo degli oligopoli dell'ICT".

¹⁶⁴ Cfr., E. FRAENKEL, *La componente rappresentativa*, cit., 44.

una reale organizzazione nel Paese¹⁶⁵. Ciò, oltre all'impraticabilità della democrazia diretta attraverso la Rete per i motivi già esposti, è uno degli aspetti meno rassicuranti dell'*e-democracy*¹⁶⁶. Quasi sempre, infatti, tali piattaforme sono in grado di influenzare significativamente le decisioni individuali e collettive mediante la manipolazione dei dati e la diffusione di notizie talvolta false¹⁶⁷.

Il populismo contemporaneo, dunque, a differenza di quello delle sue origini, cela "un mostro niente affatto mite, armato di quella violenza sottile che è il consenso plebiscitario, *macroanthropos* animalizzato, rivestito di luccicanti panni partecipativi, che nascondono la nuda vita della cessione di sovranità dalla nuova plebe all'ultimo capo, nemmeno carismatico" per cui è necessario "battere il populismo, nella forma della democrazia populista: perché nasconde il rapporto di potere"¹⁶⁸.

E l'unica strada percorribile mi sembra quella consueta, confortevole e rigorosa del "dover essere" tracciata dalla Costituzione repubblicana e dell'esercizio della sovranità popolare entro i limiti da essa stessa disegnati.¹⁶⁹

Perché, come ha scritto un grande Maestro dei nostri tempi, Gianni Ferrara, in un 2008 che sembra ormai lontano anni luce, ma che, invece, rivela oggi tutta la sua attualità "all'inizio del ventunesimo secolo, non possiamo aver dubbi: la democrazia o è rappresentativa o non è. Perché quella antica, esaltata come diretta, si rivelò essere schiavista ed imperialista, quella identitaria si è identificata nel totalitarismo fascista e nazista, quella consiliare si è esaurita nel solo slancio rivoluzionario. Se non è da escludere che altre qualificazioni potranno intervenire per connotarla, è risultato vero che a definirla sono comunque le istituzioni che la hanno conformata, che possono, e forse devono, arricchirla ma solo dispiegando le potenzialità che ne fecondino

¹⁶⁵ Ad esempio, Mark Zuckerberg ha cercato di organizzare un referendum su *Facebook*, su cui S. RODOTÁ, *Vivere la democrazia*, Bari-Roma, 2018, 32. Critica, sul punto, anche M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, cit., 389. L'esempio più eclatante di piattaforma privata usata da un movimento dichiaratamente populista per instaurare la democrazia diretta è la piattaforma Rousseau del MoVimento 5 Stelle, su cui G. CASALEGGIO, D. FO, B. GRILLO, *Il grillo canta sempre al tramonto. Dialogo sull'Italia e il Movimento 5 Stelle*, Milano, 2013, 8 ss.

¹⁶⁶ Sulla piattaforma Rousseau, ad esempio, non c'è un modo per garantire l'affidabilità del voto. Cfr., L. MOSCA, *Problemi e limiti del modello organizzativo 'cybercratico' nell'esperienza del Movimento 5 Stelle*, in *Ragion Pratica*, 2015, 37 ss.

¹⁶⁷ Come afferma P. CIARLO, *Democrazia, partecipazione popolare*, cit., 8, "le consapevolezza alla base dell'art. 21 della Costituzione, ad esempio sulle fonti di finanziamento della comunicazione, conservano intatte la loro ragioni. Stiamo uscendo dall'era del convincimento per entrare in quella della persuasione politica (occulta)". Cfr., S. CANNAVÓ, *Da Rousseau alla piattaforma Rousseau*, Roma, 2019, 10 ss.; A. DAL LAGO, *Clic! Grillo, Casaleggio e la demagogia elettronica*, Napoli, 2013, 36, che avverte "Casaleggio e Associati è parte fondamentale del sistema, in quanto organizza le strategie di Grillo, cura il suo *blog* e ha controllato le procedure di voto alle «parlamentarie». L'azienda è dunque il cervello del sistema «Casaleggio-Grillo-M5S», ma nessuno ne conosce il funzionamento, e gli obiettivi a lungo termine. Essa opera nel silenzio e nel segreto, come «lato oscuro» di quel Giano politico imprenditoriale di cui Grillo costituisce la faccia visibile e ubiqua".

¹⁶⁸ Cfr., M. TRONTI, *Popolo*, cit., 13-14. Giustamente, G. BUCCI, *Dal governo democratico dell'economia alla crisi come dispositivo di governo*, in *Rivista AIC*, 2020, 387, sottolinea che "Questi soggetti - pur presentandosi «come anti-sistema» e «anti-casta» - una volta pervenuti al potere, si sono rivelati tuttavia «funzionali» al rafforzamento del sistema e quindi delle sue diseguaglianze e discriminazioni".

¹⁶⁹ Cfr., M. RUOTOLO, *A mo' di introduzione*, in *costituzionalismo.it*, 2008, 1 ss.; G. AZZARITI, *Democrazia e costituzione*, cit., 237-238, che afferma "In questo contesto instabile sembra riaffacciarsi la necessità di una capacità normativa delle costituzioni, affiancata da una richiesta di giustizia e di tutela dei diritti fondamentali sia a livello nazionale sia a livello planetario (...) Una nuova lotta per la costituzione e la democrazia nei grandi spazi della contemporaneità è possibile, forse necessaria", per cui "se è vero che il capitalismo globalizzato è liberale (e liberista) ma non democratico, è anche da rilevare che le istanze di un costituzionalismo democratico che riesca ad operare sul piano globale si affacciano ormai sulla scena mondiale" non ancora mature per potersi affermare "ma ciò vuol semplicemente dire che è ancora lunga la strada che dobbiamo percorrere".

l'essenza"¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Cfr., G. FERRARA, *La mutazione del regime politico italiano*, cit., 4.

